

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVIII
SEGUNDA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXVIII
SEGUNDA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1994

RELATORA: Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

Impreso en los talleres de la Empresa Editorial de Cundinamarca Antonio Nariño - EDICUNDI
Santafé de Bogotá, D. C.

CONSEJO DE ESTADO

TERCER TRIMESTRE

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
1994

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Nubia González Cerón

SECCIONPRIMERA
Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCIONSEGUNDA
Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos A. Orjuela Góngora
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Dr. Julio César Uribe Acosta

Dra. Lola Elisa Benavides López
Secretaria

SECCION CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra. Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
Dr. Delio Gómez Leyva

Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas
Secretario

SECCION QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Jaime Betancur Cuartas

Dra. Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. Juan Carlos Henao
2ª Dra. Libia Zuluaga Uribe
3ª Dr. Jairo Maya Betancourt
4ª Dra. María Eugenia Samper R.
5ª Dra. Edné Cohen Daza
6ª Dra. Inés Hurtado Cubides
7ª Dra. Margarita Olaya de Obando
8ª Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9ª Dra. Luz Stella Peña de Méndez
10ª Dr. Félix Arturo Mora
(Hasta el 10 de agosto)
Dra. Alicia Rubiano Amézquita
(Desde el 11 de agosto)

RELATORES

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dra. María Claudia Suescún de Salazar (Hasta septiembre 21)

SECCION TERCERA

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Reajuste/**PLAZO**-Ampliación/**EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO**

Las ampliaciones del plazo para la ejecución del contrato fueron plenamente consentidas por la contratista sin que adujera, para nada, el rompimiento de la ecuación financiera del contrato; si se aplicasen, de modo estricto, estas reglas que corresponden a reiteradas soluciones jurisprudenciales, es claro que la actora no tendría derecho e indemnización alguna. Sin embargo, en el *sub-lite* obra un ingrediente que cambia fundamentalmente las cosas y que conduce a una solución diferente, sin que ella signifique una variación de la jurisprudencia, puesto que responde a las muy concretas circunstancias del caso; se está aludiendo a la disposición, al ánimo positivo del departamento de reconocer a la contratista un reajuste en razón de que las demoras en la iniciación y en la finalización de las obras desequilibraron la ecuación económica inicial, en desmedro de la contratista; ya se ha dicho que el oficio del 5 de octubre de 1987 no configura un acto administrativo; pero no hay duda de que en él -sumados los oficios de 23 de septiembre y 2 de octubre del mismo año- se está consignando una propuesta concreta que favorece a la contratista, en cuanto le propone un reajuste de $2.010.896.38, circunstancia que sería injusto desconocer.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiuno de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6952. Actor: Soc.Cingher Ingenieros Ltda. Demandado: Departamento de Santander.

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander el 18 de julio de 1991, por virtud de la cual declaró "inhibido para conocer de fondo las pretensiones de la demanda".

ANTECEDENTES

1.- El 22 de julio de 1989, por intermedio de apoderado idóneo, la sociedad CINGHER INGENIEROS LTDA. formuló demanda, con fundamento en las acciones relativas a contratos, en contra del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, con el objeto de satisfacer las siguientes pretensiones:

"4.1. Que se declare que el Departamento de Santander, incurrió en incumplimiento de los términos de la licitación pública SPD-LP 03-86 para la construcción de la línea de conducción El Común-Villanueva-Barichara, Acueducto Regional de Villanueva.

"4.2. Que se declare que el Departamento de Santander es responsable de haber suscrito el contrato No. 155 de 1986 para la construccion de la línea de conducción El Común-Villanueva-Barichara, por fuera de los términos establecidos en la licitación pública que lo precedió y por ello del retardo en la iniciación y ejecución de las obras.

"4.3. Que se declare que el Departamento de Santander es responsable del desequilibrio financiero de las prestaciones del contrato No. 155 de 1986 y del enriquecimiento sin causa en su favor y en perjuicio del contratista CINGHER INGENIEROS LTDA.

"4.4. Que se condene al Departamento de Santander a pagar los mayores valores que se deriven de la revisión de las condiciones económicas a cargo de la administración para restablecer el equilibrio.

"4.5. Que se condene al Departamento de Santander a pagar el mayor valor del contrato que se establezca de acuerdo con la variación del índice de precios al por mayor o al consumidor, que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística o el organismo que haga sus veces, para el período comprendido entre el 20 de febrero de 1987 y el 22 de julio de ese mismo año; más la indemnización de los perjuicios representados por los intereses comerciales a que haya lugar y la corrección monetaria del valor del reajuste que se derive de dicha operación, causados desde la fecha de iniciación de los trabajos enero 23 de 1987, hasta la del pago efectivo del reajuste.

"4.6. Que se proceda a la liquidación de la condena de acuerdo al trámite del art. 308 del C.P.C." (fls. 295 a 296 C. Ppal.).

2.- En apoyo de su *petitum*, la demandante adujo una serie de hechos que la Sala resume en los siguientes:

a.- La Gobernación de Santander abrió la licitación pública No. SPD-LP-03-86 para la construcción de la línea de conducción El Común-Villanueva-Barichara, el suministro y colocación de tubería PVC de diámetros 10", 8", 6" y 4", cámaras de quiebre, cajas de válvulas y anclajes, del acueducto regional de Villanueva.

b.- En los pliegos respectivos se previó el cierre de la licitación para el 21 de julio de 1986, debiendo producirse la adjudicación dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de cierre; la firma del contrato dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación; la legalización del mismo dentro de los 10 días siguientes a la firma del Gobernador; y la ejecución, en un plazo máximo de 180 días a partir de la orden de iniciación que impartiera la interventoría. El incumplimiento de estos plazos acarreaba sanciones para el contratista.

c.- "Los precios unitarios y los precios por suma global, se dijo, deben cubrir los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato, inclusive los imprevistos y utilidades del contratista; precios que son firmes y no estarán sujetos a revisiones, cambios ni escalaciones (Item 2.8 del Capítulo II, condiciones generales). Y al final de este referenciado Item, el pliego dijo: **"LOS PRECIOS DE LA OFERTA SON VALIDOS POR CIENTO VEINTE (120) DIAS CALENDARIO A PARTIR DE LA FECHA DE CIERRE DE LA LICITACION".** (fl. 297 C. Ppal.).

d.- Por medio de la resolución No. 1533 del 11 de agosto de 1986, notificada al día siguiente, fue adjudicada la licitación a la Sociedad demandante. Hubo, pues, un retraso de 6 días.

e.- El contrato se firmó el 10 de septiembre de 1986, con un retraso de 21 días, por culpa de la administración consistente en las fallas cometidas en la elaboración del contrato que generaron observaciones de la Contraloría.

f.- La carencia de autorización para contratar exigió la expedición de la Ordenanza No. 02 de 1986 y la suscripción de un otrosí al contrato, el 13 de noviembre del referido año. Son 64 días más de retraso en la iniciación de los trabajos. Luego se equivocó de nuevo la Gobernación al remitir el contrato al Tribunal Administrativo para su revisión.

g.- Tampoco se cumplió con los términos pactados en el contrato: 15 días calendario posteriores a la suscripción, para iniciar las obras; y 180 después de esa fecha, para su ejecución.

h.- La iniciación de las obras se dilató, además, por los "problemas generados en el convenio interinstitucional celebrado entre el Departamento de Santander y la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- y a la designación del personal de interventoría de la obra".

i.- En consecuencia, los trabajos que se debían iniciar el 25 de agosto de 1986 y terminar el 20 de febrero de 1987, sólo se pudieron comenzar el 23 de enero de 1987 y concluir el 22 de julio de ese mismo año; hay, pues, un retraso de 152 días.

j.- Teniendo en cuenta el proceso inflacionario, que se presenta como hecho notorio, el contratista debió soportar mayores costos que, correlativamente, constituyen un enriquecimiento para la administración.

k.- "... El contrato fue liquidado por las partes el 20 de agosto de 1988 y el contratista y demandante, como consta expresamente en el acta de liquidación, se reservó la facultad de reclamar y ejercer las acciones contenciosas administrativas tendientes al pago de los reajustes, aceptados por el Departamento de Santander en su esencia, pero discutidos en su cuantía, así como también, a la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento del contratante le ha reportado".

3.- El Departamento de Santander contestó la demanda (fls. 315-325 del C. Ppal); aceptó unos hechos; dejó otros a las resultas de la prueba; e hizo, respecto de los demás, estas precisiones:

a.- El Contratista suscribió el contrato sin formular reproche alguno, vale decir, aceptando la ampliación de validez de la oferta, de acuerdo con el numeral 2.8 del capítulo II de las condiciones generales del contrato.

b.- Quien debía estar en disponibilidad de iniciar las obras, cinco días después de suscrito el contrato era el contratista y no el Departamento, pues el parágrafo primero del artículo 57 del estatuto contractual Departamental lo prohibe.

c.- La adjudicación, de acuerdo con el artículo 67 del mismo estatuto (Decreto Departamental No. 1395 de 1985), la debía hacer el Consejo de Gobierno; y así se procedió en la reunión del 6 de agosto de 1986, vale decir, dentro del término previsto en los pliegos.

d.- La contratista suscribió, sin reparos, el otrosí al contrato, con lo cual su aceptación es plena.

e.- El contratista estaba al tanto de que el contrato se sometiera a la revisión del Tribunal Administrativo, según la cláusula 20, pactada de acuerdo con el artículo 114 del estatuto contractual.

f.- "... es cierto que el contrato fue liquidado por las partes el 28 de agosto de 1989 y que el contratista se reservó la facultad de reclamar y ejercer acciones tendientes al pago de reajustes; sin embargo, si se observa detenidamente el acta de liquidación del contrato 155-86 se verá que esta manifestación que hace el contratista es unilateral y fue hecha con posterioridad a la suscripción y aceptación del contenido del acto por ambas partes: Departamento y contratista. Se observa un contrasentido, puesto que si el demandante no estaba de acuerdo con la liquidación que allí se consignaba, y

consideraba tener derecho a reajustes, bien podía haberse negado a firmarla y proceder a iniciar las acciones correspondientes".

Con estas razones se opone a las pretensiones deprecadas por la actora y propone la excepción de caducidad de la acción, pues, a su juicio, el término "de dos años que tenía el demandante para iniciar la acción correspondiente (inciso 7o. artículo 136 del Código Contencioso Administrativo) venció según los hechos señalados en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1988 y enero del año en curso".

4.- En el alegato de conclusión la entidad demandada reitera los argumentos con que ha sostenido su posición en el proceso y agrega: "No es procedente tampoco como pretende el demandante la revisión periódica de los precios por variaciones ocurridas en los factores determinantes en los costos. De la lectura del artículo 88 *ibídem* del Decreto Ley 222 de 1983, puede deducirse fácilmente que esta situación fue prevista por el legislador como una "**posibilidad**" (el subrayado es mío) para la entidad pública contratante. Para el caso que nos ocupa el pliego de condiciones que sirvió de base a la negociación previó en el numeral 2.8 condiciones generales, cuál sería el sistema de contratación y así fue aceptado por el contratista: "A precios unitarios fijos", los cuales debían cubrir costos de materiales, mano de obra, prestaciones sociales, herramienta, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato "**Inclusive los imprevistos y utilidades del contratista; estos precios serán firmes y no estarán sujetos a revisiones, cambios ni escalaciones".** Significa esto que el contratista conocía de antemano las reglas del negocio que iba a celebrar y sobre esta base presentó su propuesta dentro de la cual ha debido preveer los trámites necesarios para el perfeccionamiento del proceso negocial, los cuales por otra parte estaban previstos tanto dentro del pliego de condiciones como en el contrato mismo".

La demandante por su parte, en la misma oportunidad, refiere que en el addendo No. 2 se indicó a los proponentes, "no se tienen previstas demoras o dificultades para la iniciación de los trabajos, por lo tanto no se consideran demoras en plazos ni reembolsos en los costos por esta causa", pese a lo cual tales retardos se produjeron, si bien reconoce que "no es frecuente que se afiance la pretensión de revisión en hechos que anteceden a la ejecución del contrato".

Respecto a la caducidad de la acción, precisa que, el término correspondiente, se debe comenzar a contar a partir de la liquidación y no de retrasos ocurridos con antelación a la celebración del contrato.

Señala que "el plazo de validez de la oferta" comienza con ésta y no a partir de la adjudicación; hace el parangón con el retraso de los pagos con el fin de mostrar que el retardo en la iniciación de las obras genera también perjuicios, que obedecen a procesos de economía inflacionaria, y que debe soportarlos quien propicia el retardo y no quien los padece.

Aduce que la renuncia del contratista para reclamar sus derechos debe ser "expresa e inequívoca", manifestación que no existe en este caso en el cual, por el contrario, dejó las salvedades pertinentes en la diligencia de la liquidación.

Insiste en que las demoras son imputables a trabas burocráticas de la entidad pública que había enunciado, en los pliegos, que no se presentarían, resultando, por lo tanto, imprevisibles e irresistibles para el proponente y contratista; además se presentaron después de haber depositado la propuesta quebrantando el principio de la buena fe.

El señor agente del Ministerio Público ante el *a-quo* expone:

> "Como se demandan hechos relacionados con el incumplimiento del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública y todo guarda estreña (sic) relación y se legaliza es con la suscripción del respectivo contrato entre las partes, quiere decir, que la Sociedad disponía de dos años a partir de septiembre 10/86 a septiembre 10/88, lo que significa que la demanda se presentó fuera del término de los dos años que disponía la actora para iniciar la acción respecto a los hechos reclamados. La demanda se relaciona al incumplimiento de la administración de las pautas y condiciones fijadas con la firma del contrato entre las partes y ese término de dos años venció el 10 de septiembre de 1988, hallándose por tanto caducada la acción. Por lo tanto, considera el Despacho que le asiste razón a la parte demandada y en consecuencia prospera la excepción". (fl. 408 C.1).

Añade que, cuando la contratista firmó el contrato No. 155 de 1986, el otrosí y la prórroga, sin ningún reparo, "estaba aceptando tácitamente las demoras en la firma del contrato y la iniciación de los trabajos"; sin embargo, sostiene que "... si hubo una aceptación de la administración como puede establecerse de las comunicaciones visibles a los folios 262 a 293 del cuaderno principal, estima el despacho que es porque le asiste razón a la Sociedad y que realmente obtuvo pérdida y perjuicios por el incumplimiento de la Gobernación en la legalización y ejecución o iniciación de las obras que debía ejecutar la actora", por lo cual, concluye, que deben prosperar las pretensiones de la demanda.

5.- El *a-quo,* luego de historiar los antecedentes del proceso y de relacionar los medios de prueba de que se va a servir en el fallo, estima que no se ha configurado la caducidad de la acción, pues, "... si bien es verdad que el contrato original quedó suscrito el 10 de septiembre de 1986, no debe pasar inadvertido, que hubo contratos adicionales para modificar tanto el precio como el plazo, el 13 de noviembre del mismo año y el 6 de agosto de 1987. De donde resulta, que si tomara esta fecha para contar los dos años de caducidad, la demanda se habría presentado oportunamente. Pero además, debe tenerse en cuenta que es a partir de la liquidación efectuada mediante acta del 28 de agosto de 1988 cuando se evidencian y materializan en definitiva los presuntos perjuicios sufridos por la contratista". (fl. 420 C.1).

Sin embargo estimó que la sentencia debía ser inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda; este planteamiento lo desarrolla de la siguiente manera:

"... según consta en los autos, la entidad demandada -Departamento de Santander- ante la solicitud del contratista para que le reajustara los precios presuntamente mayores que hubo de pagar debido a los retardos en el trámite de legalización, produjo un acto administrativo contenido en el oficio fechado el 5 de octubre de 1987, según el cual "... se determinaron los reajustes respectivos", atendiendo criterios de la interventoría y del supervisor de la misma. Al reclamante se le anexaron los documentos contentivos de tales criterios según los cuales el valor total del reajuste era de $2.010.896.38. No conforme con tal respuesta, la firma CINGHER insistió en sus puntos de vista para lograr el reconocimiento de los reajustes por mayor valor mediante memorial recibido en la Gobernación de Santander el 23 de octubre de 1987.

"Ante las actuaciones descritas, la Sala estima que era forzoso para la demanda impugnar la validez del acto administrativo que le reconoció parcialmente el reajuste. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 87 y 136 último inciso del C.C.A. era necesario para obtener un fallo de fondo sobre los derechos discutidos, solicitar la nulidad del acto administrativo, que en verdad fue la actuación mediante la cual el Departamento hizo tangible la presunta transgresión de sus derechos. Ello es así, porque mientras el acto como decisión ejecutoria esté vigente, es de forzosa observancia según lo preceptúa el mismo C.C.A., en su artículo 64. Y, no puede el Tribunal hacer caso omiso de su existencia para hacer pronunciamientos en contrario, cuando se ha cuestionado su validez". (fl.421. C.1).

6.- Para el apelante, el oficio de octubre 5 de 1987 no produjo el daño ni es causante del litigio; tal cosa ocurre con el acta de liquidación; el oficio en cuestión no constituye acto contractual porque no es una decisión; se trata de un simple informe; y nada tiene que ver con el desequilibrio económico que se reclama en el proceso. Finalmente señala que, incluso de estimar que el oficio mencionado configura un acto administrativo, se debe pronunciar sentencia de mérito por aplicación del principio *jura novit curia.*

Las partes callaron en esta instancia. El escrito del apelante visible a folios 448-450, es extemporáneo.

El señor agente del Ministerio Público opina que "Si el actor estimó que con la liquidación final se afectaron sus prestaciones contractuales, ha debido impugnarla para que, mediante el ejercicio de la acción contractual, se revisaran y se reajustaran los precios a fin de restablecer el equilibrio de la ecuación económica del contrato y establecer la suma a cargo de la entidad contratante.

"Dentro de ese marco conceptual, es preciso concluir que el fallo apelado se debe confirmar, no por las razones que expuso el Tribunal, sino porque no se demandó la liquidación final del contrato". (fl.447 C.1).

LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de hacer, con posterioridad, las deducciones que en derecho correspondan, inicialmente se hará una relación de los hechos que, siendo relevantes para la definición de la controversia, aparecen probados en el proceso.

Son los siguientes:

a.- El departamento de Santander abrió la licitación pública codificada como SPD-LP-03-86, con el objeto de contratar, por el sistema de precios unitarios fijos, la "construcción de la línea de conducción El Común-Villanueva-Barichara, del acueducto regional de Villanueva" (fls. 13 del C. 1); en los pliegos de condiciones quedaron establecidas las fechas de apertura y cierre de la licitación: 7 y 21 de julio de 1986, respectivamente; se previó igualmente (No. 2.14) que la adjudicación se haría dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de cierre (fls.29); que el adjudicatario firmaría el contrato dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la adjudicación y que el contrato se debería legalizar en los 10 días hábiles siguientes a la firma del Gobernador; que el contratista debería estar en condiciones de iniciar trabajos, cinco días hábiles después de la firma del contrato y una vez "impartida el acta de iniciación" (fls. 30); el plazo para la ejecución de la obra se determinó en 180 días contados a partir de la orden de iniciación dada por la interventoría; en el numeral 2.8 de los pliegos se dijo: "los precios de la oferta son válidos por ciento veinte (120) días calendario a partir de la fecha de cierre de la licitación".

b.- En el segundo addendo del pliego se dejó establecido que "no se tienen previstas demoras o dificultades para la iniciación de los trabajos, por lo tanto no se consideran demoras en plazos ni reembolsos en los costos por esta causa".

c.- Por resolución se extendió el plazo para el cierre de la licitación hasta el 28 de julio de 1986 (fls.105).

d.- El 6 de agosto de 1986, el Consejo de Gobierno Departamental autorizó adjudicar la licitación a la firma CINGHER INGENIEROS LTDA. (fls.178) y el 11 de agosto siguiente se produjo la resolución disponiendo tal adjudicación (fls. 176-177).

e.- El contrato, que se distinguió con el No. 155, se suscribió el 10 de septiembre de 1986 (fls. 179 y ss. del C. 1 y 5-9 del C. 3), y en él se estipuló; que "el plazo para la ejecución de las obras es de 180 días calendario contados a partir del acta de iniciación de las mismas, la cual debe ser suscrita en un plazo máximo de 15 días calendario a partir de la firma del presente contrato por las partes" (c1. 2a.); que el valor del contrato estaba determinado por los precios unitarios fijos señalados en el anexo 1, los cuales servirían de base para los mayores volúmenes de obra que fuese menester ejecutar (c1. 5a.); que el contrato requería la revisión del Tribunal Administrativo de Santander (c1. 25).

f.- Parece que frente a las observaciones que la Contraloría Departamental formuló sobre el contrato (fls. 210), se produjo la Ordenanza No. 02 de diciembre 5 de

1986 que autorizó al gobernador para "ratificar los contratos y demás operaciones que haya demandado y demande la ejecución presupuestal de la vigencia de 1986". Llama la atención que la fecha de las observaciones de la Contraloría (25 de agosto de 1986), sea anterior a la del contrato (10 de septiembre).

g.- El 7 de octubre de 1986 el Tribunal Administrativo de Santander se consideró sin competencia para revisar el contrato (fls. 79 y 80 del C. 3).

h.- El 16 de noviembre de 1986, las partes suscriben un otrosí al contrato (fls. 235), en el cual se modifica el plazo de ejecución a 180 días contados a partir del acta de iniciación de obra, la cual se debía "suscribir en un plazo máximo de diez (10) días a partir de la fecha de la legalización del contrato.

i.- El 17 de diciembre de 1986, las partes suscriben un acuerdo para "suspender el plazo del contrato No. 155/86 por el término de treinta y siete (37) días con el objeto de efectuar los trámites pertinentes para la legalización del convenio interinstitucional de interventoría" (fls.259).

j.- El acta de iniciación de obra se produce el 23 de enero de 1987 (fl. 269).

k.- El 28 de julio de 1987, se suscribe el primer contrato adicional por el cual se prorroga el plazo para la ejecución de las obras hasta el 6 de agosto de ese año, dejando vigentes las demás estipulaciones del contrato original (fls. 331 y 332).

l.- El 5 de agosto de 1987 la sociedad contratista solicitó la revisión y reajuste de precios, por los hechos que sostienen la demanda, en la suma de $9.507.296,57.

m.- El 6 de agosto de 1987 se celebra el segundo contrato adicional (fls. 238-239) en el cual se adiciona en $171.477,66 el valor del contrato.

n.- El 5 de octubre de 1987 se produce la respuesta a la solicitud de revisión y reajuste de precios (ver literal L), con el siguiente texto:

"Señores
"CINGHER INGENIEROS LTDA.
"Att: Dr. Guillermo Aguilera A.
"Gerente
"E. S. D.

"REF: Contrato No. 155-86 para la construcción de la línea de conducción El Común-Villanueva-Barichara.

"En atención a su solicitud de reajuste para las obras contempladas en el contrato de la referencia, me permito informarle que una vez revisados los documentos del Contrato y Actas de acuerdo suscritos entre las partes, se establecieron criterios pertinentes por parte de la Interventoría y el supervisor de la Interventoría y consecuentemente se determinaron los reajustes respectivos.

"Los resultados de lo antes anotado fue remitido a este Despacho mediante oficios de fecha septiembre 23 y octubre 2 del presente año, copia de los cuales les envío". (fl. 286 C. Ppal).

Los oficios a que alude esta comunicación expresan:

"23 de septiembre de 1987.
"Doctor
"ROQUE ANTONIO BALLESTEROS VEGA
"Secretario de Obras Públicas
"Gobernación de Santander
"Bucaramanga

"Ref: Solicitudes de reajuste de precios de los contratos Nos. 155 y 156 de 1986.

"Teniendo en cuenta que la Secretaría Jurídica del Departamento consideró jurídicamente viables las solicitudes de reajuste de precios presentados por las firmas Cingher Ingenieros y Clavijo Delgado para las obras objeto de los contratos de la referencia y atendiendo su solicitud de buscar fórmulas que permitan establecer un valor de los reajustes, nos permitimos dar los siguientes conceptos:

"1. Las Licitaciones se cerraron el 28 de julio de 1987.

"El numeral 2.8, página 16, dice que los precios de la oferta son válidos por ciento veinte (120) días calendario a partir de la fecha de cierre de Licitación y el numeral 2.16 dice que los precios unitarios del formulario de la propuesta no sufrirán reajustes durante el desarrollo del Contrato, puesto que estos se consideran firmes.

"2. Como transcurrieron aproximadamente ciento ochenta (180) días, desde la fecha de cierre de la Licitación hasta la iniciación de las obras, consideramos que los precios se deben reajustar de acuerdo con los índices del Ministerio de Obras, tomando como Io el del mes en que se habrían ejecutado las obras, si los trámites de legalización del contrato se hubieran cumplido en un tiempo normal e I el del mes en que realmente se ejecutaron.

"3. En el cálculo de los reajustes no se deben tener en cuenta los costos de suministro de tubería, pues el departamento pagó la tubería antes de instalarla, precisamente para garantizar los precios ofrecidos por los Contratistas. Tampoco se deben tener en cuenta los precios no previsto en el Contrato, pues éstos se fijaron con base en costos actualizados de materiales, mano de obra y equipo.

"4. No consideramos lógico calcular los reajustes analizando las variaciones totales de precios entre la fecha de la propuesta y la de ejecución de las obras,

pues por tratarse de un contrato a precios fijos, los proponentes deben tener en cuenta los posibles incrementos de precios durante el tiempo de legalización del Contrato y el plazo de ejecución de las obras y por lo tanto los reajustes en este caso sólo deben compensar la demora en la iniciación de los trabajos.

"Cordialmente,

"JULIO CESAR PINILLA GUTIERREZ
"Director de Interventoría

"GUILLERMO CARDOZO CORREA
"Supervisor de Interventoría

"JOSE MARIA PINZON AGUILAR
"Ing. Residente Interventoría" (fls. 287 a 288 C. 1).

"Bucaramanga, 2 de octubre de 1987.
"Doctor
"ROQUE ANTONIO BALLESTEROS VEGA
"Secretario Obras Públicas
"E. S. D.

Ref : Reajuste de Contratos No. 155/86.

"Efectuando el análisis de precios tomando el criterio expuesto por la Interventoría, en cuanto a los Indices del Ministerio de Obras Públicas, se determinó el siguiente valor, descontando de las Actas el valor de la tubería pagada y de las obras no previstas cuyos precios se habían determinado ya con los correspondientes reajustes.

"1. Contrato No. 155/86 (CINGHER INGENIEROS LTDA.)

"Acta No.	Valor a reajustar	Factor	Reajuste
"1	$1.981.777.15	1.07	$138.724.40
"2	7.903.123.59	1.06	386.666.75
"3	7.018.512.07	1.05	354.507.56
"4	1.966.771.03	1.05	107.781.72
"5	7.363.786.79	1.05	367.754.90
"6	10.561.120.74	1.06	628.890.18
"7	296.140.30	1.09	26.670.87

"Total valor del reajuste de Contratos No. 155/86:
DOS MILLONES DIEZ MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y OCHO CTVS. MCTE. ($2´010.896.38).

"En lo de la primera acta corresponde al mes de octubre/86 y el I de la misma al mes de febrero/87 y así sucesivamente para las siguientes actas.

"Sin otro particular.

"ARTURO ALDANA VERA	"JOSE MARIA PINZON AGUILAR
"Ing.Supervisor de Interventoría	"Ing. Interventor Residente" (fls. 289-290 C.1)

o.- El 28 de agosto de 1988 se liquidó el contrato y en el acta respectiva la actora dejó esta constancia:

> "El Contratista se reserva la facultad de reclamar y ejercer las acciones Contenciosas Administrativas tendientes al pago de los reajustes, aceptados por el Departamento de Santander en su esencia, pero discutidos en su cuantía, así como también a la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento del Contratante nos ha reportado". (fl. 261 C. 1)

Sobre los hechos anteriores está montada la controversia que debe resolver la Sala; la demandante deduce de ellos incumplimiento contractual y desequilibrio financiero en su contra e imputables a la entidad demandada; el Departamento de Santander alega la aceptación, por la actora, de las demoras en el procedimiento contractual, sin reparo alguno; el *a-quo* encuentra que los documentos transcritos en el literal n. de la relación que precede, configuran un acto administrativo no cuestionado por la actora, circunstancia que, a su juicio, impide un pronunciamiento de fondo.

Este último será el punto inicial a decidir, pues de tomar partida por la tesis del Tribunal, no es posible abordar el debate de fondo.

Se tiene establecido que CINGHER INGENIEROS LTDA. dirige, el 5 de agosto de 1987, una petición de revisión y reajuste de precios, en cuantía de $9.507.296,57 (letra L. anterior); el Departamento remite la solicitud a la Secretaría Jurídica, dependencia que emite opinión favorable a lo pedido. (Ver la parte inicial del oficio de 23 de septiembre de 1987, letra n. anterior); con ese concepto, el asunto se remite al director, al supervisor y al ingeniero residente de interventoría para "**buscar fórmulas que permitan establecer un valor de los reajustes**" (parte inicial del mismo oficio); los indicados funcionarios de la interventoría elaboran unas pautas generales (cuatro en total) que, a su juicio, se deben tener en cuenta para calcular los reajustes y las consignan en el oficio de 23 de septiembre de 1987 que dirigen al secretario departamental de Obras Públicas; con fundamento en esas reglas, elaboran la liquidación que arroja un total de $2.010.896,38, la cual se remite al mismo secretario, en oficio de 2 de octubre de 1987 (letra n); cumplido lo anterior, el secretario de Obras Públicas envía a la demandante tales oficios explicándole que "en atención a su solicitud de reajuste", por la interventoría y el supervisor de interventoría "se establecieron los criterios pertinentes ... y consecuentemente se determinaron los reajustes respectivos".

A juicio de la Sala, el oficio de 5 de octubre de 1987 no contiene ninguna decisión de la administración respecto de la solicitud de la contratista, y, por lo tanto, no configura un acto administrativo; se trata simplemente de una manifestación que hace una de las partes en el contrato, dentro del proceso de negociación de reajustes en los precios, sin que revista carácter ejecutorio; en otros términos, es solamente un punto en una negociación que, finalmente, no fructificó; la prueba es que, el 22 de octubre siguiente, la firma contratista dirige al secretario de Obras Públicas una comunicación (fls.291 a 293) haciendo críticas al "estudio del reajuste" y al "concepto emitido por la comisión", para concluir: "consideramos que es de elemental justicia un nuevo estudio de reajuste"; más contundente aún es el hecho de que la cuantía deducida, para el reajuste, por la comisión de la interventoría, no fuera incluída en el acta de liquidación final del contrato; es posible que haya una "apariencia de acto administrativo" para usar los términos de José María Boquera Oliver ("Estudios sobre el Acto Administrativo", 3a. ed. págs. 85) que puede confundir al intérprete, pero al que le faltan elementos esenciales de dicha institución, tales como la **naturaleza decisoria y el contenido de poder, de imperio, de autoridad del Estado** que es inherente a la sustancia misma del acto administrativo unilateral.

Es normal que en el proceso de ejecución de un contrato, y aún en las etapas posteriores a ella, se presenten divergencias que las partes sujetan a mecanismos de arreglo directo a través de negociaciones que adelantan, al interior del contrato, respecto del punto concreto sobre el cual verse la diferencia; tales negociaciones requieren de manifestaciones de voluntad, de parte y parte, con el propósito de buscar puntos de acuerdo definitivos que se concreten en convenios mutuos, o que, fracasados, desencadenan posibilidades **para la administración** de desplegar sus prerrogativas de poder público **e imponer** su voluntad al contratista; en este último caso expide un acto administrativo.

En el *sub-lite*, el asunto no llegó a ninguno de los estadios que se dejan explicados; las diferencias en cuanto a los reajustes se sometieron, como era obvio, a los estudios preliminares de los expertos; ellos rindieron su informe y la administración **dio traslado del mismo al contratista** (es el oficio del 5 de octubre) quien expresó sus puntos de vista contrarios (comunicación de octubre 22), sin que el proceso negocial progresara más allá de ese cruce de propuestas, y sin que la administración estimase del caso hacer uso de sus prerrogativas para definir el asunto de modo unilateral, a través de un acto administrativo.

En conclusión, el oficio de 5 de octubre de 1987 no es constitutivo de acto administrativo unilateral; en consecuencia, como fue la apreciación contraria la premisa fundamental para el fallo inhibitorio del *a-quo,* es obvio que se deba revocar para pronunciar sentencia de mérito.

La relación estrictamente cronológica del procedimiento contractual muestra que, efectivamente se produjeron retrasos en relación con el programa inicial para el comienzo y finalización de las obras contratadas.

Sin embargo, la razón no favorece a la demandante que, con su conducta, aceptó sin reparos la ocurrencia de las demoras sobre las cuales funda su reclamación.

Veamos:

En relación con el atraso que aduce la demandante para la producción del acto de adjudicación, vale decir, dentro del procedimiento precontractual y su confrontación con el término de validez de la oferta que los pliegos de condiciones fijaron en 120 días, no hay duda de que la suscripción del contrato No. 155, ocurrida el 10 de septiembre de 1986, sin objeción alguna por el contratista, es un acto de convalidación que le quita piso a la reclamación de la demanda; en el efecto, allí se determinó el valor del contrato a esa fecha (10 de septiembre de 1986) como fruto de los precios unitarios en él pactados para ese mismo día; se determinó también el plazo de ejecución y la fecha a partir de la cual debía comenzar su conteo; y sobre ninguno de tales puntos ni sobre las demás estipulaciones contractuales, el contratista puso obstáculo alguno; por el contrario, en la cláusula 5a. se convino que los precios unitarios allí pactados servirían de base para calcular los mayores volúmenes de obra que se hiciesen necesarios, lo cual indica a las claras que la contratista no se entendía perjudicada con los mismos ni se resentía del equilibrio financiero existente al momento de formular la propuesta.

Es cierto que el departamento, con miras a perfeccionarlo, remitió el contrato al Tribunal Administrativo y que éste se abstuvo de revisarlo por falta de competencia; este trámite, sin embargo, era de conocimiento previo de la contratista pues así se dejó expresamente previsto en la cláusula 25 del contrato, circunstancia que le impide aducir culpa, exclusivamente del lado de la administración.

Posteriormente en la etapa de ejecución contractual, la contratista suscribe, sin protesta, reclamación ni petición alguna, los siguientes actos jurídicos:

1.- El otrosí al contrato, modificando el plazo de ejecución (literal h. de la relación de hechos probados).

2.- La suspensión del plazo por 37 días, acuerdo que se suscribió el 17 de diciembre de 1986 (literal i, de la aludida relación).

3.- Los contratos adicionales 1 y 2, del 28 de julio y 6 de agosto de 1987, modificando el plazo y el valor del contrato inicial.

Obsérvese que el segundo contrato adicional se suscribe en vísperas del vencimiento del plazo del contrato.

En estas condiciones, fluye claramente que las ampliaciones del plazo para la ejecución del contrato fueron plenamente consentidas por la contratista sin que adujera, para nada, el rompimiento de la ecuación financiera del contrato; si se aplicasen, de modo estricto, estas reglas que corresponden a reiteradas soluciones jurisprudenciales, es claro que la actora no tendría derecho a indemnización alguna.

Sin embargo, en el *sub-lite* obra un ingrediente que cambia fundamentalmente las cosas y que conduce a una solución diferente, sin que ella signifique una variación de la jurisprudencia, puesto que responde a las muy concretas circunstancias del caso; se está aludiendo a la disposición, al ánimo positivo del departamento de reconocer a la contratista un reajuste en razón a que las demoras en la iniciación y en la finalización de las obras desequilibraron la ecuación económica inicial, en desmedro de la contratista; ya se ha dicho que el oficio de 5 de octubre de 1987 no configura un acto administrativo; pero no hay duda de que en él -sumados los oficios de 23 de septiembre y 2 de octubre del mismo año- se está consignando una propuesta concreta que favorece a la contratista, en cuanto le propone un reajuste de $2´010.896,38, circunstancia que sería injusto desconocer.

Lo dicho sirve de sustento para reconocer esta suma en favor de la demandante; y sobre ella, se hará la actualización respectiva, a la fecha de este fallo, tomando en cuenta los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y se liquidará, sobre el monto actualizado, el doble de interés legal civil, es decir el 12% anual, a título de intereses moratorios, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 1o. del Decreto 679 de 1994.

Esta decisión se adopta por cuanto la Sala estima que el ordinal 8o. del artículo 4o. de la Ley 80 de 1993 es aplicable al presente caso, respondiendo a razones de justicia y de equidad.

Año	I.P.C./año	Valor histórico $2´010.896.38	Intereses 12% anual
1987	6.00 %*	$2´131.550.16	$ 63.946.50
1988	28.12 %	$2´731,794.68	$ 327.815.36
1989	26.12 %	$3´445.339.45	$ 413.440.73
1990	32.36 %	$4´560.251.30	$ 547.230.15
1991	26.82 %	$5´783.310.69	$ 693.997.28
1992	25.13 %	$7´236.656.66	$ 868.398.79
1993	22.60 %	$8´872.141.06	$1´064.656.92
1994	14.68 %**	$10´174.571.37	$ 610.474.28
		$10´174.571.37	$4´589.960.01

TOTAL:
$14´764.531.39

NOTAS: * EL I.P.C. DURANTE 1987 FUE 24.02%, QUE PROPORCIONALMENTE PARA EL PERIODO OCTUBRE-DICIEMBRE ES DEL 6.00%. INTERESES 3%.

** EL I.P.C. CERTIFICADO PARA EL PERIODO ENERO-JUNIO ES DEL 14.68% LOS INTERESES PARA ESTE MISMO PERIODO CORRESPONDEN AL 6%.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: **REVOCASE** la sentencia apelada.

SEGUNDO: Declárase la responsabilidad patrimonial del Departamento de Santander por la ruptura del equilibrio financiero del contrato que afectó a la sociedad CINGHER INGENIEROS LTDA., en el contrato No. 155 de 1986.

TERCERO: Condénase al Departamento de Santander a pagar en favor de la Sociedad CINGHER INGENIEROS LTDA., la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($14´764.531,39).

Esta suma devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de esa fecha.

CUARTO: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia, fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha julio catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS-Custodia/**CARGA DE LA PRUEBA/OBLIGACION DE RESULTADO**

Al momento de realizar la apertura del paquete y hacer la entrega del dinero a su propietario, se constató por la misma entidad que el paquete no contenía la suma que en él se indicaba, existiendo un faltante de US$29.600; ello demuestra que esta suma de dinero desapareció estando en poder de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, lo cual implica que su obligación de custodia sobre dichos valores que debía entregar al particular fue cumplida inadecuadamente, configurándose en consecuencia la falla en el servicio por parte de la Superintendencia de Control de Cambios. Lo que acontece en casos como el presente es que la carga de la prueba de dicha falla no pesa sobre el particular demandante, porque la obligación incumplida por la adminis-tración que causó el perjuicio es una obligación de resultado, lo que determina que en el evento en que dicho resultado no se produzca, se presumirá la existencia de dicha falla y será a la administración a la que le corresponderá acreditar la existencia de una causa extraña que destruya la imputabilidad que a ella se le hace de la causación del perjuicio.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA/ CULPA GRAVE/ ACCION DE REPETICION

El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondían al funcionario llamado en garantía, configura su culpa

grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil que siguiendo al Derecho Romano la asimila al dolo, es aquella que consiste "en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios". Toda vez que el perjuicio por el cual debe responder la entidad demandada, tuvo como causa una conducta gravemente culposa de su agente, dicha entidad deberá repetir contra él, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 90 de la C. N.

CULPA PERSONAL

No resulta coherente que un caso como el presente se juzgue como un evento de falla anónima del servicio, pues aquí la culpa personal del agente evidencia la falla del servicio. No puede admitirse la responsabilidad de la administración por la pérdida de dineros que estaban bajo su custodia y exonerarse al funcionario bajo cuya responsabilidad se encontraba dicha operación, simplemente con base en dos declaraciones que dan fe de su buena conducta anterior; como si el hecho no tuviera responsables; como si el dinero pudiera desaparecer por arte de magia, o como si la administración no tuviera dolientes. Aquí la responsabilidad de la Administración surge de la relación de causalidad existente entre el perjuicio recibido por el demandante y la actividad que ésta desarrolló. Pero esa responsabilidad no se deriva de un funcionamiento irregular del servicio, en el cual no se puede determinar la culpa de uno de sus agentes. Aquí dicha culpa está determinada y su naturaleza es grave; luego la responsabilidad personal del agente también resulta comprometida en los términos anteriormente indicados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 8483. Indemnizaciones. Actor: Anselmo España Quiroz. Demandada: Superintendencia de Control de Cambios.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 25 de febrero de 1993, la cual en su parte resolutiva dispuso:

"PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la NACION - SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS - por la pérdida de US$29.600.oo de propiedad de ANSELMO ESPAÑA QUIROZ.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la demandada a pagar a ANSELMO ESPAÑA QUIROZ la suma de $11´279.071.12, que deberá actualizarse en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia. La misma suma sin actualizar devengará intereses al 6% anual desde el 5 de julio de 1989 hasta la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: Absuélvase al citado en garantía HENRY MARIANO ORTIZ de los cargos formulados por la entidad oficial.

CUARTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el Superior".

I. ANTECEDENTES

1.- El presente proceso tuvo origen en la demanda formulada por ANSELMO ESPAÑA QUIROZ contra la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, con el objeto de que dicha entidad fuera declarada responsable del faltante de US$29.400, que se verificó el día 5 de julio de 1989, cuando la citada entidad debía entregar al demandante la suma de US$157.900 y sólo le entregó la suma de US$128.300.

2.- Señala el demandante:

A.- Que, por parte de la DIJIN le fue decomisada la suma de US$157.900; suma esta que fue entregada a la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, de acuerdo con el acta que suscribieron, por parte de la SIJIN, JESUS EMETERIO LADINO GONZALEZ, CIRO ALFONSO BUENO JEREZ, y, por parte de la entidad demandada, los funcionarios AMPARO MANJARREZ ARIZA, DIANA ALMANZA DE NOSSA y ALBERTO BELTRAN AMORTEGUI; acta en la cual consta que las divisas fueron contadas, verificándose que el número total recibido fue de US$157.900.

B.- Que la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS constituyó un depósito en custodia en el Banco de la República (título por los valores recibidos No. B-144527) en cuya descripción se señala que dicho Banco recibió un paquete cerrado, sellado y lacrado en el cual se indicó, por la entidad demandada, que contenía la suma de US$157.900, retenidos al demandante.

C.- Que, luego de culminada la investigación contra el demandante, en la cual se ordenó entregarle la suma decomisada, se constató, al momento de cumplirse dicha diligencia, que el paquete no contenía la suma que en él se mencionaba, existiendo un faltante por valor de US$29.400.

3.- La entidad demandada al contestar la demanda aceptó su responsabilidad en la pérdida de la suma reclamada por el demandante y formuló llamamiento en garantía contra HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL, quien en el momento en que suce-

dieron los hechos se desempeñaba como Jefe de la Seccional Bogotá y le correspondía la guarda y cuidado de la suma de dinero decomisada de conformidad con lo establecido en el artículo 9, literal F del Decreto 624 de 1974.

Dicho funcionario, señaló la entidad demandada, "actuó por lo menos con culpa grave por ser él el responsable directo del recibo y entrega de las divisas".

4.- Mediante auto del 20 de septiembre de 1990 el Tribunal de primera instancia admitió el llamamiento en garantía contra el citado HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL, quien compareció al proceso y dio contestación al llamamiento, oponiéndose a la condena que contra él se pidió por considerar que cumplió sus deberes con celeridad, cuidado y prudencia.

5.- En la sentencia de primera instancia (F. 183), el Tribunal fundamentó su condena contra la entidad demandada en el régimen de la responsabilidad objetiva indicando que, dentro del mismo, "bastará para la persona titular de los derechos sobre la cosa, demostrar la pérdida de ella, para que la Administración se vea obligada a indemnizar".

La absolución del funcionario llamado en garantía se sustentó en lo manifestado por los dos testigos que rindieron declaración en el curso del proceso, de cuyos dichos dedujo el Tribunal que "la conducta asumida por el Dr. HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL, llamado en garantía por la entidad, fue en todo y por todo ajustada a la ley, razón por la cual se le exonerará de todo cargo".

6.- El recurso de apelación de la entidad demandada se dirige contra la absolución del funcionario llamado en garantía señalándose que "no sólo es la Nación - Superintendencia de Control de Cambios -, la llamada resarcir el perjuicio ocasionado al señor ANSELMO ESPAÑA QUIROZ, sino también el funcionario encargado de recibir y custodiar las divisas, quien no actuó con la suficiente diligencia y cuidado en el ejercicio de sus funciones".

II.- CONSIDERACIONES

La responsabilidad de la entidad demandada

Para la Sala resulta claro que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la entidad demandada debe ser declarada responsable de los perjuicios sufridos por el actor, pero no con fundamento en un régimen de responsabilidad objetiva, sino por cuanto los hechos demostrados evidencian la existencia de la falla en el servicio por parte de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS.

Si dicha entidad recibió, como producto de un decomiso, la suma de US$157.900, de acuerdo con el acta suscrita el 22 de julio de 1985 (F. 21), en la cual esta suma aparece contabilizada detalladamente; luego remitió un paquete sellado, lacrado y firmado al Banco de la República para constituir un depósito en custodia indicando

contener la misma cantidad y, al momento de realizar la apertura del paquete y hacer la entrega del dinero a su propietario, se constató por la misma entidad que el paquete no contenía la suma que en él se indicaba, existiendo un faltante de US$29.600 (F. 16); ello demuestra que esta suma de dinero desapareció estando en poder de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS, lo cual implica que su obligación de custodia sobre dichos valores que debía entregar al particular fue cumplida inadecuadamente, configurándose en consecuencia la falla en el servicio por parte de la Superintendencia de Control de Cambios.

No se trata entonces de que la responsabilidad del Estado surja aquí en forma objetiva; ella surge, por el contrario, de una falla del servicio que produjo un daño que la Administración debe resarcir. Lo que acontece en casos como el presente es que la carga de la prueba de dicha falla no pesa sobre el particular demandante, porque la obligación incumplida por la administración que causó el perjuicio es una obligación de resultado, lo que determina que el evento en que dicho resultado no se produzca, se presumirá la existencia de dicha falla y será a la administración a la que le corresponderá acreditar la existencia de una causa extraña que destruya la imputabilidad que a ella se le hace de la causación del perjuicio.

La obligación de entregar una suma de dinero, que fue la obligación incumplida por la Administración en este caso, es entonces una obligación de resultado. Si ella es incumplida, surge inmediatamente la obligación de reparar el perjuicio, porque de su sólo incumplimiento, que es el hecho que debe acreditar el demandante, se presume la existencia de la falla por parte de la Administración.

La responsabilidad del funcionario llamado en garantía

1.- En lo que tiene que ver con la responsabilidad del funcionario llamado en garantía por la entidad demandada, considera la Sala, en contra de lo expresado en la sentencia de primera instancia, que las pruebas obrantes en el expediente sí demuestran su culpa grave en la pérdida de los US$29.600, desaparecidos en poder de la entidad.

En efecto, los documentos allegados al expediente, acreditan:

A.- **HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL,** que para el 22 de julio de 1985 se desempeñaba como Jefe de la Seccional Bogotá, de la Superintendencia de Control de Cambios, comisionó a AMPARO MANJARREZ ARIZA, DIANA ALMANZA DE NOSSA Y ALBERTO BELTRAN, para recibir las divisas remitidas retenidas por la "DIJIN", al señor ANSELMO ESPAÑA QUIROZ (F. 20).

B.- En esa misma fecha, esto es el 22 de julio de 1985, los funcionarios comisionados reciben las divisas incautadas, las cuales son relacionadas detalladamente en el acta que obra de los folios 21 al 50 del expediente, la cual aparece firmada por los funcionarios de la DIJIN que la entregaron y por AMPARO MANJARREZ ARIZA, DIANA ALMANZA DE NOSSA Y ALBERTO BELTRAN, que fueron los funcionarios de la Superintendencia que comisionó **HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL.**

C.- Recibida la suma por los funcionarios comisionados y suscrita el acta a que se hace referencia anteriormente, la firma de los mismos no vuelve a aparecer en los documentos suscritos en las fechas posteriores.

A partir de dicho momento, ya sólo aparece que **HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL** al día siguiente, el 23 de julio, remite un paquete con el dinero al Secretario General, para que sea guardado en la Caja Fuerte.

D.- El 24 de julio, **HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL,** nuevamente solicita que le sea entregado el paquete para tramitar el respectivo depósito en custodia, y en dicha fecha comisiona a los funcionarios ADALBERTO BELTRAN y JORGE ANGULO para que "efectúen el depósito correspondiente" (F. 56).

E.- En la misma fecha, esto es el 24 de julio, se constituye el depósito en un paquete sellado y lacrado que dice contener la cantidad de US$157.900, pero que sólo aparece firmado por el Jefe de la Seccional Bogotá, **HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL.**

Textualmente se señala en el depósito:

> "Paquete cerrado, sellado y lacrado que dice contener dólares con un rótulo adherido que dice: "República de Colombia, Superintendencia de Control de Cambios. Una caja cerrada, sellada y lacrada que contiene la suma de 157.900 dólares que fueron retenidos al señor Anselmo España Quiroz y Otros por funcionarios de la División de Policía Judicial Dijín Henry Marino Ortiz Vergel - Jefe de la Seccional Bogotá". (F. 59).

F.- Por último, en el acta de entrega del depósito por el Banco de la República a los funcionarios de la Superintendencia, se constató primero que la caja no presentaba ninguna señal de violación (F. 18); y posteriormente se verificó el faltante de un fajo de billetes de 100 dólares por valor total de US 29.000, respecto de la relación recibida por la Superintendencia dela Dijín.

2.- De los documentos anteriores, que no fueron tachados ni objetados de alguna manera por el llamado en garantía, se deduce que luego de que los funcionarios comisionados contabilizaron y recibieron las divisas de parte de los funcionarios de la SIJIN, fue él quien se hizo responsable de ellas.

Es él quien únicamente aparece firmando el paquete sellado y lacrado en el que, se indica, se encuentran los 157.900 dólares y que en realidad sólo contenía US 128.300.

No se puede determinar si él los recibió detalladamente de los funcionarios que había comisionado, pues no obra al expediente un acta de recibo que indique este hecho. Pero lo que sí aparece claro es que la caja en que se introdujeron los dólares y que fue sellada y lacrada antes de remitirla al Banco de la República fue firmada solamente por HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL. Allí ya no aparece la firma de los funcionarios comisionados, lo que indica que a él le fue entregada y que sólo él es el responsable de

que la suma completa se introdujera en la caja que se selló, se lacró y en la cual sólo se incluyó su firma.

3.- Tiene razón el apoderado de la entidad demandada que el escrito sustentatorio de su recurso expresa:

> "En el acta de recibo no se indica qué se hizo con las divisas una vez que terminó el conteo de las mismas, sino que el siguiente paso fue que el doctor ORTIZ VERGEL remitió a la Secretaría General con el oficio SB-2817 del 23 de julio de 1985, una caja cerrada que "dice contener la suma de ciento cincuenta y siete mil novecientos dólares (US$157.900) (F. 49); esto indica que ni el mismo doctor Ortiz Vergel revisó que el contenido de la caja que remitió a la Secretaría General correspondiera a la suma mencionada".

4.- No puede admitirse que cuando ORTIZ VERGEL recibió la suma de dinero se limite a afirmar que remite un paquete que "dice contener" una suma de dinero. Si alguien se hace responsable, porque sus funciones se lo imponen, de manejar una suma de dinero no puede simplemente manifestar que el paquete "dice contener" para que de tal forma quede diluída la responsabilidad y que en últimas nunca se sepa en manos de quién se produce la pérdida.

Resulta claro en esta actuación que el funcionario llamado en garantía, quien con su sola firma respaldaba la operación, debía ser cumplida a cabalidad y que no obró con el máximo de cuidado y de prudencia que la naturaleza de la operación exigía.

5.- El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondían al funcionario llamado en garantía, configura su culpa grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil que siguiendo al derecho Romano la asimila al dolo, es aquella que consiste "en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

Respecto de este tipo de culpa señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. "Su autor no ha querido realizar el daño,pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender "*quod omnes intellgunt*" para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño. "De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre culpa grave aquel que ha "obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves..." (Derecho Civil Parte II, Vol. II, página 110).

Claro Solar, acerca de ella señala que "esta culpa se opone a la buena fe y en materias civiles equivale al dolo, es decir que contiene en sí una presunción de fraude porque aquel que no hace lo que sabe que debe hacer se reputa que obra con intención dolosa "*Magna culpa dolus est*" (Lecciones de Derecho Civil Chileno T.I., página 150) (subrayas fuera de texto).

Si se tiene en cuenta aquí la naturaleza de la operación que desarrollaba el funcionario llamado en garantía, el riesgo que ella conllevaba de que se perdiera parte del dinero decomisado, la probabilidad de que en su desarrollo ocurriera dicho riesgo, precisamente porque se trataba del manejo de valores en efectivo, debe concluirse que efectivamente es de naturaleza grave la falta cometida por el dicho funcionario.

> "Se admite generalmente que la falta grave es aquella que procede de un comportamiento anormalmente deficiente. Es entonces la amplitud de la diferencia constatada entre la conducta del demandado y aquella que él debería haber asumido, lo que revela su existencia. Otro elemento que debe tomarse en consideración para la apreciación de la gravedad de la falta, tiene que ver con la posibilidad que tenía el demandado de conocer el riesgo que efectivamente se produjo y de medir su amplitud". (Jacques Ghestin Traité de Droit Civil T. IV página 726).

6.- En consecuencia, toda vez que el perjuicio por el cual debe responder la entidad demandada, tuvo como causa una conducta gravemente culposa de su agente, HENRY MARIANO ORTIZ VERGEL, dicha entidad deberá repetir contra él, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 90 de la C.N.

7.- No resulta coherente que un caso como el presente se juzgue como un evento de falla anónima del servicio, pues aquí la culpa personal del agente evidencia la falla del servicio. No puede admitirse la responsabilidad de la administración por la pérdida de dineros que estaban bajo su custodia y exonerarse al funcionario bajo cuya responsabilidad se encontraba dicha operación, simplemente con base en dos declaraciones que dan fe de su buena conducta anterior; como si el hecho no tuviera responsables; como si el dinero pudiera desaparecer por arte de magia, o como si la administración no tuviera dolientes.

Aquí la responsabilidad de la Administración surge de la relación de causalidad existente entre el perjuicio recibido por el demandante y la actividad que ésta desarrolló. Pero esa responsabilidad no se deriva de un funcionamiento irregular del servicio, en el cual no se pueda determinar la culpa de uno de sus agentes. Aquí dicha culpa está determinada y su naturaleza es grave; luego la responsabilidad personal del agente también resulta comprometida en los términos anteriormente indicados.

8.- Comparte la Sala las manifestaciones hechas por el apoderado de la entidad demandada en su escrito de alegaciones de primera instancia en el que se lee (F.151):

> "Pero como la aplicación de la teoría de la falla del servicio busca fundamentalmente el resarcir los perjuicios ocasionados a los particulares, debe aceptarse en esta medida que aunque haya existido culpa personal del funcionario sea en principio la administración la llamada a resarcir esos perjuicios, lo que difiere de afirmar que se halle la responsable. Por no serlo, debe facultársela para que pueda repetir contra el funcionario...".

Citando a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, expresa:

> "La administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la ley la faculta para actuar en vía de regreso y exigirle de forma unilateral y ejecutoria sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada...".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.-**Confírmanse**los ordinales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 25 de febrero de 1993.

2.- **Revócase** el ordinal tercero y en su lugar se dispone:

Declárase igualmente responsable a **HENRY MARIANO ORTIZ**, de los perjuicios ocasionados al demandante, por los cuales debe responder la entidad demandada. Esta, una vez efectúe el pago, deberá repetir contra el llamado por el valor de la condena aquí impuesta.

La constancia de pago y la copia auténtica de esta sentencia, servirán de título ejecutivo a la entidad demandada contra el mencionados señor **HENRY MARIANO ORTIZ.**Expídanse copias para el cumplimiento con destino a las partes y al Ministerio Público.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de julio de 1994.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

REGISTRO UNICO DE PROPONENTE/INSCRIPCION-Transición/**CONTRATACION ADMINISTRATIVA/ALCALDE MAYOR-**Facultades/**SISE/ JUNTA DIRECTIVA-**Facultades/**SUSPENSION PROVISIONAL-**Improcedencia

> **Los artículos 13 -transitorio-, y 14 transitorio- del Acuerdo 11 de 1992, establecen: El primero, una facultad al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, para que dicte, dentro de un término específico, las disposiciones que se requieran para armonizar las normas de este acuerdo con las del Acuerdo No. 6 de 1985; el segundo también faculta al mismo funcionario para que expida un reglamento que permita la transición de los inscritos al nuevo régimen del Registro Unico de Proponentes. Siendo así, la Sala no percibe, al efectuar una simple comparación, que se dé una violación palmaria entre el acto acusado y estas disposiciones, pues para determinarlo así se exigiría un estudio más profundo.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9361. Actor: Camilo E. Cortés Bruschi.

Resuelve la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la parte actora, contra el auto proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de noviembre de 1994, en cuanto negó la suspensión provisional del acto acusado.

ANTECEDENTES

El día 7 de octubre de 1994, el doctor CAMILO E. CORTES BRUSCHI, obrando en nombre propio, compareció al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y presentó demanda, con fundamento en el art. 84 del C.C.A., solicitando la nulidad de la Resolución Reglamentaria No. 010 del 24 de junio de 1993, expedida por la Junta Directiva del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE".

Dentro del mismo libelo, en capítulo separado, solicitó que se decretara la suspensión provisional de la resolución acusada; la cual hizo en los siguientes términos recapitulados por el *a-quo*, así:

> ""**SUSPENSION PROVISIONAL.**
>
> "Solicito que en el mismo auto admisorio de la demanda la Sala decrete la suspensión provisional de la resolución acusada, teniendo en cuenta que por tratarse de una acción de simple nulidad, basta para la procedencia de la medida, que la infracción de la norma o normas de superior jerarquía sea evidente y manifiesta.
>
> "En la demanda planteada, la contradicción entre el estatuto acusado y las normas positivas de superior jerarquía que se han señalado como violadas es clara y ostensible y puede advertirse a primera vista con la sola comparación de sus textos.
>
> "De otro lado, la falta de competencia de la Junta Directiva respectivas del SISE para expedir el estatuto reglamentario, que es también evidente y manifiesta, implica violación de las normas superiores que atribuyen esa competencia a otra oficina de la Administración Distrital.
>
> "**FUNDAMENTOS DE DERECHO.**
>
> "La acción instaurada tiene como fundamento lo dispuesto por el artículo 84 y el artículo 137 numeral 4o. del Código Contencioso Administrativo.
>
> "El principio de legalidad en los actos de la Administración consagrado por el artículo 25 de la Carta, es base fundamental del derecho público y está encaminado a asegurar que todas las actuaciones de los funcionarios y organismos de la Administración Pública deben estar subordinados a la ley que les atribuye competencia para actuar, de manera que sólo puedan efectuar aquellos para los cuales han sido expresamente autorizados. Las actuaciones en órbitas de competencia distintas o los actos que no correspondan a las atribuciones del funcionario u organismo oficial que los dicta, son nulos y por tanto ni obligan ni pueden ser ejecutados válidamente.
>
> "En el acápite de disposiciones violadas y concepto de violación se expresan, sin necesidad de reiteraciones innecesarias, las normas legales o reglamentarias de jerarquía superior violadas con la expedición del reglamento impugnado y el concepto en que dichas normas superiores han sido vulneradas".

"Al efecto la Sala decide previas las siguientes consideraciones:

""**Procedencia de la suspensión provisional.**

El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

"1.- Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

"2.- Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

"3.- Si la acción es distinta de la nulidad, además se deberá demostrar aunque sea sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor".

"Otra parte del concepto de violación para la medida cautelar se presenta en la demanda así:

""El estatuto acusado es violatorio, en su integridad, de los siguentes preceptos:

"Artículo 121 de la Constitución Nacional que consagra el principio de la legalidad en todos los actos de la Administración Pública. La violación del precepto constitucional es en el concepto de infracción directa, por flagrante desacato del mandato en ella contenido, al haberse arrogado la Junta Directiva del SISE una función que no le había sido otorgada por la ley, ni por el Acuerdo del Concejo ni por el decreto del Alcalde.

"Artículo 9o. del Decreto Ley 1355 de 1970 que dispone en relación con la reglamentación de los Acuerdos Municipales sobre ciertas materias que cuando estos necesiten de alguna precisión para aplicarlos, el Alcalde podrá dictar el reglamento con esa única finalidad, siéndole vedado expedir normas de conducta no contenidas en el respectivo Acuerdo. La violación de la norma es también en el concepto de infracción directa, al haber expedido la Junta Directiva del SISE y no el Alcalde, un acto reglamentario contrariando el ordenamiento de la norma superior.

"Artículo 13 (Transitorio) del Acuerdo 11 de 1992 del Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., que autoriza de manera exclusiva al Alcalde Mayor para dictar las disposiciones necesarias para armonizar las normas del Acuerdo 11 con las del Acuerdo 6 de 1985 expedido por el mismo Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.

"Artículo 14 (Régimen de Transición) del mismo Acuerdo 11 de 1992 del Concejo de Santafé de Bogotá D.C., que autoriza al Alcalde Mayor para expedir

el reglamento transición de los inscritos al nuevo régimen del R.U.P., violación que se produjo en el concepto de quebranto directo, al haber expedido la Junta Directiva del SISE el acto acusado, con manifiesto desacato de lo ordenado en el texto del Acuerdo.

"El artículo 2o., Inciso 2o., del Decreto 133 del 15 de marzo de 1993 dictado por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., reglamentario de los Acuerdos 6 de 1985 y 11 de 1991 del Concejo Distrital, que señala a la Junta Directiva del SISE la simple función de "proferir un concepto" sobre el proyecto de reglamento que debía elaborar el R.U.P., por extralimitación de función otorgada y consiguiente violación de los artículos 13 y 14 del Acuerdo 11 de 1992 que atribuían la competencia para dictar el reglamento a otros a nivel de la Administración Distrital". (fls. 55, 56 y 57 C. Principal).

El Tribunal, para efectos de negar la medida provisoria, reflexionó de la siguiente manera:

"Del contenido de las normas citadas como infringidas se desprende que ellas pretenden mostrar la falta de competencia de la Junta Directiva del SISE para expedir el Estatuto Reglamentario.

"De otra parte se observa que la resolución 010 de junio 24 de 1993 que se acusa, expedida por el Centro de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE" adopta el reglamento para la inscripción y actualización ante el Registro Unico de Proponentes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que aspiren a celebrar contrato de obras públicas con la Administración Distrital.

"Lo anterior lleva a la Sala a deducir, que de las normas citadas para la medida cautelar no se observa violación ostensible pues el Decreto 1355 de 1970 es el Código Nacional de Policía y el acto demandado no se ajusta a la materia; en el Acuerdo 11 de 1992 el artículo 13 transitorio autorizó al Alcalde Mayor para dictar las disposiciones necesarias para armonizar las normas del Acuerdo 11 con las del Acuerdo 6 de 1985, el artículo 14 transitorio reglamentó transición de los inscritos al nuevo régimen del R.U.P. y la Sala a *prima facie* no observa en el acto acusado ataña a dicha circunstancia de transición; en cuanto al Decreto 133 de 15 de marzo de 1993 se tiene que es reglamentario del Acuerdo 11 de 1992 y éste en el artículo 6o. otorgó como función de la Junta Directiva la de proferir un concepto sobre el proyecto de reglamento que debía elaborar el R.U.P., pero en realidad el acto demandado aduce como fundamento de derecho el Acuerdo 11 de 1992 que en el artículo 6o. señala como función del Consejo Directivo del SISE la de preparar el proyecto de Reglamento para consideración de la Junta Directiva del SISE, o sea que es a este organismo al que corresponde dictar dicho reglamento. En el estudio de fondo de este proceso se analizará si el decreto reglamentario citado como norma violada desbordó o no el acto reglamentado". (fls. 57, 58 y 59 C. Principal).

La parte actora en desacuerdo con la decisión, que al respecto, adoptó el Tribunal, recurre en apelación la providencia, manifestando su inconformidad así:

"El fundamento de la medida provisional impetrada está en la falta de competencia de la Junta Directiva del SISE, empresa industrial y comercial del Distrito de Santafé de Bogotá, D.C. para expedir actos reglamentarios de carácter general para regular las relaciones entre la Administración Distrital y los particulares. Los organismos y entidades del Estado tienen restringido el ámbito de sus respectivas funciones en obedecimiento al artículo 121 de la Carta Constitucional, según el cual ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y las leyes.

"Este principio que es básico en derecho público, subordina todas las actuaciones de la Administración a la ley que lo crea, dándole su razón de ser dentro de la organizacion del Estado, "de modo -como lo ha dicho el Consejo de Estado- que sólo puedan efectuar aquello para lo cual están autorizadas por esa ley, dentro de las prescripciones, formas y procedimientos en ella señalados y en la oportunidad y para los fines previstos en dicha norma".

"Ni el Acuerdo 15 de 1974 creador de la entidad SISE ni el Decreto 410 del mismo año que le atribuyó a la entidad el carácter de empresa industrial y comercial del Distrito, otorgan a dicha entidad función reglamentaria alguna. Los objetivos para los cuales fue creada y las funciones que el Acuerdo creador y el Decreto Reglamentario del mismo Acuerdo señalan, excluyen del ámbito de sus funciones, la expedición de actos reglamentarios para regular las relaciones entre los particulares y la administración distrital. Ello puede constatarse con la simple lectura de las funcione que le fueron otorgadas a la Junta Directiva.

"Luego al haberlo hecho la Junta Directiva del SISE extralimitando la órbita de sus funciones específicas, violó el principio de legalidad, dictando un acto nulo por falta de competencia. "Las actuaciones administrativas por fuera o contra esas regulaciones de la ley son nulas" ha dicho reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado.

"No parece válido el argumento de que como el literal a) del artículo 6o. del Acuerdo No. 11 del Consejo de Bogotá señala como una de las funciones de la Junta o Consejo Directivo del RUP la de preparar el proyecto de reglamento del Registro Unico de Proponentes para "consideración" de la Junta Directiva del SISE, debe concluirse que es a esta Junta a la que corresponde dictar el Reglamento, porque esa conclusión está en desacuerdo con dos normas reglamentarias que rechazan tal interpretación, a saber:

"a) El literal e) del mismo artículo 6o. que dispone que después de pasar a "consideración" de la Junta Directiva del SISE el proyecto de reglamento, debe ser presentado en la Comisión de Gobierno del Concejo Distrital para "su aprobación". Y

"b) El artículo 2o. del Decreto No. 133 de 1993 de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá D.C., que señala el itinerario del proyecto de reglamento del Registro Unico de Proponentes así:

"El Consejo Directivo del RUP prepara el proyecto de Reglamento y lo somete a consideración de la Junta Directiva del SISE.

"La Junta Directiva del SISE debe proferir un concepto sobre este proyecto, previo a su remisión a la Comisión de Gobierno del Consejo Distrital.

"El proyecto debe ser aprobado por esta Comisión de Gobierno.

"Cuando el literal a) del artículo 6o. dice que el proyecto de reglamento elaborado por el Consejo Directivo del RUP debe ser enviado a "consideración" de la Junta Directiva del SISE no le está dando competencia a ésta para que dicte el Reglamento, porque como hemos visto, esta Junta no tiene entre sus atribuciones la de dictar reglamentos para regular las relaciones entre el Distrito y quienes aspiren a celebrar contrato con él.

"Presentar "a consideración" tiene aquí la connotación de presentar a la reflexión o al análisis de la Junta con atención y cuidado. De allí no puede deducirse que presentar a consideración equivale a darle competencia para dictar el estatuto que, previa aprobación del Concejo Distrital debía ser dictado por el Alcalde".(fls. 71, 72 y 73 C. Principal) .

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará la decisión impugnada por las siguientes razones:

La parte actora pretende, en el ejercicio de esta petición especial, que el juez Administrativo, deje sin efectos, mientras se dicte sentencia definitiva, la Resolución Reglamentaria No. 010 del 24 de junio de 1994, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA EL REGLAMENTO PARA LA INSCRIPCION Y ACTUALIZACION ANTE EL REGISTRO UNICO DE PROPONENTES, DE LAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS, NACIONALES O EXTRANJERAS QUE ASPIREN A CELEBRAR CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS CON LA ADMINISTRACION DISTRITAL", expedida por la Junta Directiva del "SISE"; por cuanto ella no tenía competencia para expedir este estatuto reglamentario.

El *ad-quem* observa, que es procedente el estudio de la medida provisional, pues el peticionario cumplió con los requisitos de forma que exigen las disposiciones pertinentes, para que esta Sala asuma su conocimiento.

El artículo 152 del C.C.A., establece que los órganos de esta jurisdicción contencioso administrativa, Consejo de Estado y Tribunales, podrán suspender los actos administrativos. Para que se proceda al decreto de la suspensión provisional de

un acto de esta naturaleza, como en el caso *sub-exámine*, es suficiente que se den los supuestos previstos en el numeral 2o. de la norma en cita, donde se dispone que: "2) Si la acción es de nulidad, Basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

De lo anterior se colige, como bien lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación, que para que se proceda a decretar la medida cautelar en acciones de nulidad, se hace necesario que el acto que se acusa viole en forma flagrante y directa disposiciones de mayor rango o jerarquía, pero que para llegar a esa conclusión no necesite el juzgador hacer mayores elucubraciones al respecto que le impidan visualizar cuándo y en qué momento el acto demandado violó la norma superior, es decir, que de la simple comparación o cotejo entre ellas se perciba, *prima facie*, la violación que allí se ha suscitado.

En el caso *sub-exámine*, se afirma que con la expedición de la resolución No. 010 del 24 de junio de 1993, supuestamente se infringieron las siguientes normas, que la Sala analiza:

El Decreto 1355 de 1970 "por el cual se dictan normas sobre policía", en su artículo 9o., establece un procedimiento especial y determinado, para que los Alcaldes y gobernadores puedan expedir reglamentos que faciliten la aplicación de normas de "Policía", cuando para ello se requiera de alguna precisión. Luego, esta disposición legal no se compadece, en nada, con el acto acusado.

Los artículos 13 -transitorio-, y 14 -transitorio- del Acuerdo No. 11 de 1992, establecen: El primero, una facultad al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, para que dicte dentro de un término específico, las disposiciones que se requieran para armonizar las normas de este acuerdo con las del Acuerdo No. 6 de 1985; el segundo también faculta al mismo funcionario para que expida un reglamento que permita la transición de los inscritos al nuevo régimen del Registro Unico de Proponentes.

Siendo así, la Sala no percibe, al efectuar una simple comparación, que se dé una violación palmaria entre el acto acusado y estas disposiciones, pues para determinarlo así se exigiría un estudio más profundo.

En cuanto al artículo 2o., inciso 2o., del Decreto 133 del 15 de marzo de 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, donde se dispuso que: "La Junta Directiva del SISE deberá proferir un concepto sobre este proyecto previo a su remisión a la Comisión de Gobierno del Concejo Distrital, que deberá surtirse por conducto de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor".

Aquí tampoco detecta, a simple vista, que la transgresión de esta disposición por el acto acusado, se advierta en forma ostensible o manifiesta.

Así las cosas, en el caso *sub-judice* y para concluir, si la Junta Directiva del SISE estaba facultada para expedir acto impugnado, lo cual será precisado en un análisis

posterior, donde el Juez Administrativo se exija de razonamientos más profundos que finalmente lo llevan a adoptar una decisión justa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de noviembre de 1993, en cuanto negó la suspensión provisional de la resolución No. 010 del 24 de junio de 1994, expedida por la Junta Directiva del SISE.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

TRANSITO CONSTITUCIONAL/COSA JUZGADA-Inexistencia/**INSUBSISTENCIA DE LA LEGISLACION PREEXISTENTE/INSUBSISTENCIA DE LA LEGISLACION PREEXISTENTE/CONSTITUCION/LEY REFORMATORIA/LEY DEROGATORIA/REFINACION DE PETROLEOS**

La normatividad ahora acusada fue declarada constitucional, en providencia del 14 de noviembre de 1967, pero eso no empece para que pueda ser nuevamente cuestionada a la luz de la filosofía jurídica y política que informa la Constitución de 1991. Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, NADA IMPIDE QUE CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE UNA NUEVA CARTA DICHA NORMA RESULTE INCONSTITUCIONAL, LO CUAL HACE PRECEDENTE UN NUEVO JUICIO, SIN QUE PUEDA HABLARSE DE COSA JUZGADA...". La regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto NO BASTA UNA SIMPLE DIFERENCIA...". Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9 de la Ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por el contrario, de acuerdo con el mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 9496. Actor: Héctor R. Rodríguez Pizarro. Demandada: Ministerio de Minas y Energía.

- I -

Procede la Sala a resolver el **RECURSO DE SUPLICA** interpuesto por el demandante contra el auto calendado el día veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Consejero conductor del proceso, en virtud del cual se **INADMITIO LA DEMANDA**, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del proveído impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

> "El señor Héctor R. Rodríguez Pizarro, en ejercicio de la acción pública de nulidad, pretende la nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o. y 6o. literal d), este último en la parte que dice "o privados" del Decreto Reglamentario 2657 de octubre 26 de 1964, referentes a la reglamentación de la refinación de petróleos. Adicionalmente solicita la suspensión provisional de tales normativas.
>
> "Desde el punto de vista formal la demanda reúne las exigencias de ley, pero no podrá ser admitida por las siguientes razones: a) Mediante sentencia de 14 de noviembre de 1967, la Sección Primera del Consejo de Estado**NEGO** la nulidad de las normas que hoy nuevamente se demandan, en virtud de que no las halló violatorias de normatividad superior, vale decir Constitución y leyes vigentes para entonces. El propio demandante en la página 2 de su demanda (folio 5 del expediente) consignó:
>
> ""**Los artículos demandados fueron a la luz de la Constitución Política de 1886, motivo de declaratoria de constitucionalidad en virtud de la providencia de noviembre 14 de 1967, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente doctor Alfonso Meluk, no publicada en los Anales del Consejo de Estado del año de 1967, pero publicada en el Diario Jurídico, año XVI volumen XVIII del 27 de abril de 1968, número 866. Por considerar que a la luz de la nueva Constitución Política de 1991 los artículos demandados violan la misma, no existe frente al nuevo orden constitucional para la sentencia mencionada el principio de la cosa juzgada, por haber perdido toda eficacia y en consecuencia las disposiciones demandadas no pueden ser aplicadas por autoridad alguna,**

ni exigírsele a los particulares su acatamiento. En consecuencia, hay lugar a que esa Corporación declare la nulidad absoluta de los artículos aquí demandados por inconstitucionalidad sobreviniente, como lo demostraré, con base en el artículo cuarto de la Constitución Nacional vigente, que dispone: "´La Constitución es norma de normas´. En todo caso de incompatiblidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales´".

""En concordancia con el artículo noveno de la Ley 153 de 1887, que dispone: ´La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

"La anterior apreciación pone de presente que de tener razón el demandante, cuestión que no es del caso analizar ahora, no habría lugar a tramitar un proceso judicial con aspiraciones a que se decrete la nulidad de las normas enjuiciadas, puesto que se trataría del fenómeno de la insubsistencia legal que se presenta cuando la normatividad anterior al advenimiento de normas superiores, se entienda derogada, así sea de manera tácita. Más aún cuando se trata del advenimiento de una nueva Constitución, la de 1991, que de manera expresa derogó la Constitución anterior con todas sus reformas y enmiendas (art. 380), la que por ser norma de normas, la contradicción entre ella y la ley, u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (art. 4). Deberá, pues, inaplicarse tales normas insubsistentes o derogadas.

"Lo anterior pone de presente que el fenómeno de la derogatoria alegada por el actor, o insubsistencia de las normas demandadas no requerirá de declaración judicial de nulidad, como se aspira con las pretensiones del libelo demandatorio, por la elemental razón de que si ya no existen, mal puede declarárselas nulas. Dicho de otra manera, la acción de nulidad está asignada para el juzgamiento de normas jurídicas y actos administrativos de carácter general **EXISTENTES** y que por lo mismo se encuentran amparados con la presunción de legalidad". (folios 37 a 40).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DEL DEMANDANTE

En el escrito que obra a folios 41 y siguientes del cuaderno número 1, el actor hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"La demanda busca que esa Corporación determine si las normas impugnadas en la demanda inadmitida, conservan o no su vigencia a la luz del inciso primero

del artículo 58 del Código de Petróleos vigente, y a la luz de la normatividad constitucional de 1991.

""En el auto recurrido, se transcribe textualmente el punto 2 de mi demanda (página 2), que es una mera introducción para ilustrar al fallador que trata de la historia en el tiempo de las normas demandadas. En el punto 1, página 1 de la demanda se transcribe textualmente las normas demandadas como lo exige el artículo 84 y demás normas concordantes del Código Administrativo. El auto señala al terminar la transcripción del punto 2 de la demanda, que a pesar de que la demanda reúne las exigencias de ley, afirma que se abstiene de conocerla, por cuanto:

""La anterior apreciación pone de presente que de tener razón el demandante, cuestión que no es del caso analizar ahora, no habría lugar a tramitar un proceso judicial con aspiraciones a que se decrete la nulidad de las normas enjuiciadas, puesto que se trataría del fenómeno de la insubsistencia legal que se presenta cuando la normatividad anterior al advenimiento de normas superiores, se entiende derogada, así sea de manera fáctica ...".

"Discrepo de la decisión que sirve de fundamento para inadmitir mi demanda de nulidad, porque ella envuelve denegación de justicia. Por cuanto, al inadmitirse mi demanda se viola de una parte el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución vigente, y por la otra desconoce el principio de legalidad en el tiempo de los actos administrativos.

"Es labor del intérprete determinar si una norma jurídica ha sido derogada en forma tácita como en el presente caso, pero esta interpretación no tiene el efecto de hacer cesar para todos los efectos legales la vigencia en el tiempo de la norma que se considera derogada en forma tácita, ella solamente ocurre cuando un tribunal competente, observando las reglas propias de cada proceso profiere una sentencia proferida con carácter de cosa juzgada.

"Ahora bien, sobre la interpretación de la validez en el tiempo de las normas acusadas existen dos posiciones jurídicas encontradas de una parte la del Ministerio de Minas y Energía y por la otra la nuestra.

"El Ministerio de Minas y Energía tomando como base el principio de legalidad que ampara las normas jurídicas demandadas, viene insistiendo en que ellas ya han sido objeto de un pronunciamiento que las declaró ajustadas a la Constitución Política de 1886 y a las leyes vigentes en virtud de la sentencia proferida por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de noviembre de 1967, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, ponente Dr. Alfonso Meluk, y que en su opinión las mismas no han sido derogadas a la luz de la Constitución Nacional de 1991, y por la otra nuestra interpretación según la cual, ni el Ministerio de Minas y Energía ni cualquier otra entidad a ella vinculada pueden

en los actuales momentos valerse de la sentencia de 1967 que declaró ajustados a la normatividad constitucional entonces existente las normas demandadas, porque en el *interim* esa normatividad cambió. Es ingenuo pensar que el propio Ministerio de Minas y Energía vaya en aras de la defensa del principio de legalidad a expedir un decreto reglamentario que derogue las normas demandadas por considerar que se ha producido la inconstitucionalidad sobreviniente, a pesar de que como bien lo afirma en su auto, las normas demandadas tácitamente se consideran que han quedado insubsistentes.

"Como a la fecha existen estas dos interpretaciones, la nuestra y la del Ministerio, considero que es preciso escuchar al Ministerio dentro del proceso de nulidad que he incoado para garantizar el principio constitucional al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y desarrollado por los artículos 1o. a 6o. de la Ley 153 de 1887 las cuales, como lo expresa claramente el artículo 1o. de la citada ley, están dirigidas a "las autoridades de la República y especialmente las judiciales..." en concordancia con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, como máximo Tribunal de control de la constitucionalidad, en relación con el tema atinente a la denominada inconstitucionalidad sobreviniente. Esta es la razón de ser de la demanda de nulidad que se impetra, y no podría entenderse de otra forma el sentido de mi petición tomando en cuenta, de una parte el exceso de normas jurídicas que regulan la actividad petrolera, y de otra parte el grado de arbitrariedad de que hacen gala los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, los cuales basados en la sentencia de noviembre 14 de 1967 que declaró la legalidad de las normas demandadas, insisten en que ellas se encuentran vigentes.

"Por esta razón se requiere de un pronunciamiento expreso por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que diga si las normas del Decreto Reglamentario 2757 de 1964 acusadas, se ajustan o no al inciso primero del artículo 58 del Código de Petróleos y al nuevo ordenamiento constitucional, como lo fundamento en mi demanda de nulidad y que dirima el conflicto presentado de una parte entre las normas demandadas y el inciso primero del artículo 58 del Decreto Legislativo 1056 de 1953 (Código de Petróleos) por nulidad, y por la otra entre las normas demandadas y la nueva Constitución por inconstitucionalidad sobreviniente.

"Por lo expuesto solicito en tiempo, se revoque el auto recurrido y en su lugar se proceda a admitir la demanda, a decretar la suspensión provisional solicitada, o, en subsidio de lo anterior, que se declare que las normas demandadas están expresamente derogadas, debido a que en defensa del principio de legalidad y del orden jurídico que nos rige se necesita un pronunciamiento expreso de esa altísima Corporación acerca de que las normas demandadas son nulas por violar el inciso primero del artículo 58 del Código de Petróleos, y que las normas demandadas están derogadas por inconstitucionalidad sobreviniente, como se

fundamenta en la demanda a partir de la página 3 "Hechos y Omisiones que fundamentan la acción de nulidad", fundamentos estos que no fueron tomados en cuenta para proferir el auto recurrido". (folios 41 a 43).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El auto impugnado será revocado, pues la Sala no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el Consejero conductor del proceso, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que el demandante aspira a controvertir judicialmente, a la luz de la filosofía que informa la nueva Constitución, el alcance de los artículos 1, 2, 3 y 6 literal d), del Decreto Reglamentario No. 2657 de octubre 26 de 1964. Esa posibilidad jurídica no se le puede negar al demandante, de entrada, pues se corre el riesgo de violar un derecho fundamental, cual es el del **ACCESO AMPLIO A LA JURISDICCION**. Es cierto, como lo reconoce el mismo demandante, que la normatividad ahora acusada fue declarada constitucional, en providencia de 14 de noviembre de 1967, pero eso no empece para que pueda ser nuevamente cuestionada a la luz de la filosofía jurídica y política que informa la Constitución de 1991.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en Sentencia C-004 de 14 de enero de 1993, Magistrado Ponente, Dr. CIRO ANGARITA BARON, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

> "La tercera situación se presenta en el evento del tránsito constitucional. Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, **NADA IMPIDE QUE CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE UNA NUEVA CARTA DICHA NORMA RESULTE INCONSTITUCIONAL, LO CUAL HACE PROCEDENTE UN NUEVO JUICIO, SIN QUE PUEDA HABLARSE DE COSA JUZGADA..."** (Jurisprudencia y Doctrina. Abril de 1993, página 336). (Destacado de la Sala).

La verdad jurídica lleva a la Sala a admitir la demanda.

B) Se denegará la suspensión provisional impetrada, pues en el caso *sub-exámine* no se vivencia una **INFRACCION MANIFIESTA** de las normas invocadas, como fundamento de la misma. En el caso en comento la afirmación anterior tiene más universo jurídico, pues como lo ha predicado la misma Corte Constitucional, "... la regla general es la de la subsistencia de la legislación preexistente, **la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley** preexistente.Por tanto **NO BASTA UNA SIMPLE DIFERENCIA...**".

Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9 de la Ley 153 de 1887, norma que ha resistido airosa el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derivados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu sino, muy por contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto:

> "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".
>
> "Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general **LA SUBSISTENCIA DE LA LEGISLACION PREEXISTENTE.** Esta sólo desaparece del universo del ordenamiento cuando entre ella y la nueva Carta exista **UN GRADO DE INCOMPATIBILIDAD TAL** que se traduzca en una **ABIERTA CONTRADICCION** entre el contenido material o el espíritu de ambas normas.
>
> **"TODO LO ANTERIOR SUPONE UN ANALISIS DE PROFUNDIDAD REALIZADO POR EL JUEZ COMPETENTE QUIEN SERA, EN ULTIMAS, EL LLAMADO A DETERMINAR LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LA CONTRADICCION. NO TODA DIFERENCIA, SE REPITE, IMPLICA CONTRADICCION DE LA VOLUNTAD DEL CONSTITUYENTE".** (Sentencia enero 21 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita) (Destacado de la Sala).

Dentro de la perspectiva jurisprudencial anterior, se impone concluir que la **SUPUESTA CONTRADICCION** de la normatividad acusada, frente a la **NUEVA CONSTITUCION,** sólo podrá estudiarse y definirse en la sentencia, que necesariamente será el fruto de un universo de valoraciones hechas a la luz de la ley y el derecho. La concepción misma del Estado Social de Derecho tendrá que tenerse en cuenta al desatar el presente conflicto jurídico, pues él es por definición **MAS INTERVENCIONISTA** que el simple **ESTADO LIBERAL DE DERECHO.**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

A) REVOCASE el auto calendado el día veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en virtud del cual se **INADMITIO LA DEMANDA**, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar **DISPONE:**

ADMITESE la demanda del rubro. En consecuencia:

1o.-**NOTIFIQUESE** personalmente al **MINISTRO DE MINAS Y ENERGIA.**

2o.- **NOTIFIQUESE** personalmente al Agente del Ministerio Público.

3o.-**FIJESE** en lista por el término de cinco (5) días para los efectos de lo dispuesto en el artículo 207 inciso 5o. del Código Contencioso Administrativo.

4o.- Solicítense los antecedentes de los actos administrativos demandados, las anteriores previsiones serán cumplidas por el *a-quo.*

B) Deniéganse la suspensión provisional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.

Lola Elisa Benavidez López, Secretaria.

JUICIO CIVIL DE POLICIA/RESTITUCION DE BIENES/CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia**/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-**Improcedencia**/JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA**

Las providencias emitidas en los juicios civiles de policía se excluyen del control jurisdiccional por la vía de lo contencioso administrativo, aunque bien pueden ser controvertidas ante la justicia ordinaria, dado que aquellas decisiones tomadas por los funcionarios de policía tienen naturaleza jurisdiccional aunque con efectos provisionales, con eficacia hasta tanto se produzca sentencia que haga tránsito o cosa juzgada ante la justicia ordinaria. La referida diligencia de restitución de la tenencia, que anteriormente estaba reservada a los jueces civiles, hoy la cumplen las autoridades policivas, pero ello no comporta que se cambie su naturaleza de controversia civil. De allí que las providencias que hubieren de dictarse dentro de tales procedimientos no sean típicos actos administrativos sino jurisdiccionales, los cuales, bien sabido es, no son enjuiciables ante la jurisdicción administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9873. Actor: Sociedad El Portón Tres Ltda. Demandada: Alcaldía Menor de Santafé de Bogotá.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de marzo 10 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual inadmitió la demanda por falta de jurisdicción.

La sociedad EL PORTON TRES LTDA., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la declaratoria de nulidad de las providencias de abril 23 y junio 28 de 1993, emanadas de la Alcaldía Local de Santafé de Bogotá Zona 3 y la de 22 de diciembre de 1993 proferida por el Consejo de Justicia de Santafé de Bogotá, D.C., dentro de la querella No. 001/92, incoada para obtener la restitución de un bien fiscal que había sido dado a título de tenencia a la demandante. Mediante tales providencias se dispuso la restitución material del inmueble de la carrera 13 No. 27-00, interiores 3, 4, 5, 6 y 7 del edificio Bochica, de propiedad de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. El Tribunal para inadmitir la demanda resaltó cómo la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no está estatuída para el juzgamiento de las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía, según determinación hecha por el artículo 82 del C.C.A. Precisó que las decisiones que se pretenden enjuiciar fueron proferidas por el alcalde zonal respectivo y por el Consejo de Justicia de Santafé de Bogotá, D.C., dentro de un proceso civil de policía, regulado por el Acuerdo No. 18 de 1989 (artículo 376 literal f) y 447).

La recurrente, por el contrario insiste en que no se trata de providencias emitidas dentro de un proceso civil de policía, sino de un procedimiento de policía, o, una actividad administrativa. Hace referencia a la sentencia No. C-113 de la Corte Constitucional, de 25 de marzo de 1993 y apoyándose también en el Acuerdo No. 18 de 1989 sostiene que no hay vías de hecho ni actos posesorios que alteren la tenencia de inmuebles, puesto que el arrendamiento no es una ocupación sino una relación contractual, para concluir que la Alcaldía y el Consejo de Justicia actuaron sin competencia.

Para resolver se considera:

Las providencias emitidas en los juicios civiles de policía se excluyen del control jurisdiccional por la vía de lo contencioso administrativo, aunque bien pueden ser controvertidas ante la justicia ordinaria, dado que aquellas decisiones tomadas por los funcionarios de policía tienen naturaleza jurisdiccional aunque con efectos provisionales, con eficacia hasta tanto se produzca sentencia que haga tránsito a cosa juzgada ante la justicia ordinaria.

El Acuerdo No. 18 de 1989 o Código Distrital de Policía en los artículos 376 y 447, invocados por el Tribunal, simplificó los trámites tendientes a la restitución de bienes del Estado a efecto de que una vez ocurra la terminación del contrato de arrendamiento, sean los Alcaldes Menores quienes procedan a llevar a cabo la restitución materia del inmueble "sin lugar a dilaciones ni oposición alguna". En otros términos, la referida diligencia de restitución de la tenencia, que anteriormente estaba reservada a los jueces civiles, hoy la cumplen las autoridades policivas, pero ello no comporta que se cambie su naturaleza de controversia civil. De allí que las providencias que hubieren de dictarse

dentro de tales procedimientos no sean típicos actos administrativos sino jurisdiccionales, los cuales, bien sabido es, no son enjuiciables ante la jurisdicción administrativa.

Lo anterior lleva a la Sala a prohijar la tesis del *a-quo*.

En consecuencia, la Sala,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado, esto es, el de 10 de marzo de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO MEDICO/FALLA DEL SERVICIO MEDICO

El servicio de atención médica de la entidad demandada no funcionó oportuna y adecuadamente frente a las lesiones que especialmente en su ojo izquierdo presentaba el actor. El solo hecho de ingresar lesionado en zona tan delicada como rostro y los ojos y postergar su atención especializada constituye de entrada una falla del servicio. Luego, a pesar de los continuos requerimientos del oftalmólogo de turno, sin que éste se hiciera presente en tan prolongado término de catorce horas, período durante el cual sus delicadas heridas estuvieron sin el tratamiento especializado que dichas lesiones exigían, como se demostró posteriormente, estructuran con mayor firmeza la presencia de la falla ordinaria del servicio, la cual aunada con los perjuicios derivados de la misma, permiten configurar la responsabilidad administrativa del ente demandado. De otra parte, el caso examinado igualmente podía manejarse, como lo hizo el Tribunal, bajo el régimen de la falla presunta del servicio médico, dado que el instituto demandado no demostró, con relación a las lesiones del ojo izquierdo del actor, que hubiera obrado con la diligencia y cuidado requeridos para la atención médico-quirúrgica de este tipo de lesiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9880. Actor: Francisco José Cáceres Daza. Demandada: ISS.

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 12 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárase al Instituto de Seguros Sociales -ISS- administrativamente responsable por el retardo en la prestación del servicio médico que requería Francisco Cáceres Daza el día 24 de diciembre de 1987.

"SEGUNDO.- Como consecuencia, condénase al Instituto de Seguros Sociales -ISS-, a pagar a Francisco José Cáceres Daza, por concepto de perjuicios materiales, la suma de UN MILLLON SETECIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS ($1.720.538.90) m/cte., que corresponde a $373.454.oo, actualizados hasta la fecha de esta providencia y que debe actualizarse hasta la fecha de su ejecutoria. La suma de $373.454.oo devengará intereses del seis por ciento (6%) anual desde el 29 de diciembre de 1987, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"TERCERO.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"CUARTO.- Sin condena en costas.

"COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE. De no ser apelada, CONSULTESE CON EL H. CONSEJO DE ESTADO".

ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- La demanda

El abogado José Florentino Cáceres actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de reparación directa, en escrito presentado el 12 de diciembre de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se lo condene al reconocimiento y pago de los daños materiales sufridos por la disminución visual del ojo izquierdo, así como los perjuicios morales estimados en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro.

2o. Los hechos

Relata el actor que el 24 de diciembre de 1987 sufrió un accidente de tránsito, a causa del cual resultó herido en el lado izquierdo de su cara, párpado y ojo izquierdo, lesiones que exigían suturarlas, previo dictamen de un oftalmólogo. El médico que atendía el caso requirió la presencia del especialista de apellido Pereira, quien no se presentó. Como habían transcurrido más de catorce horas de haber llegado a la Clínica San Pedro Claver sin recibir esa atención especializada, solicitó la salida para buscar una clínica particular.

Se trasladó entonces a la Fundación Santafé de Bogotá, donde fue recluído a eso de las 6 p.m. del 24 de diciembre de 1987 y lo intervinieron quirúrgicamente al diagnosticársele "laceraciones múltiples de párpados izquierdos y cara ya suturados; laceraciones corneoescleral con exposición de cuerpo ciliar y salida de vitrio, cuadrante superior temporal ojo izquierdo; laceración esclerar de 11 mm desde el limbo; cuerpos extraños (fragmentos múltiples de vidrio) en la herida".

El 12 de enero de 1988, el oftalmólogo tratante dictaminó: "Agudeza visual ojo izquierdo 10/400, laceración de ojo bien suturada, hemorragia vítrea parcial, retina aplicada con efecto bucle, bandas fibróticas de vítreo, subluxación de cristalino ojo izquierdo; y, el pronóstico reservado, puesto que existe el peligro de un desprendimiento de retina". Relata, además, que le han practicado varias intervenciones tanto en el ojo izquierdo como en la cara para corregir cicatrices, las cuales se las habían suturado en forma deficiente en la Clínica San Pedro Claver del Instituto de Seguros Sociales "al no hacerse una exploración adecuada por parte de los médicos del ISS, procedieron a cerrarmen (sic) y suturarmen (sic) las heridas, con cuerpos extraños dentro de las mismas (vidrios) y que condujo a que con este proceder se me afectaran aún más los tejidos de cara y órgano visual...".

3o. Actuación procesal

Al contestar la demanda, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones del actor y propuso como excepción "la falta de causa o fundamento legal", por cuanto el Instituto demandado no negó al actor los servicios médico-asistenciales, sino que por los médicos de la entidad se cumplió con el deber de recibir y atender a su afiliado, hasta el punto de hospitalizarlo, sin que el ISS pueda asumir responsabilidad alguna por los servicios prestados en la Fundación Santafé de Bogotá.

Practicadas las pruebas que se habían decretado, se dispuso el traslado para alegar de conclusión. Sólo la parte actora lo hizo, y tras de relacionar los distintos medios probatorios recaudados, reitera los planteamientos inicialmente expuestos sobre la existencia de una falla de servicio por parte del Instituto de Seguros Sociales, para solicitar un pronunciamiento favorable a las peticiones de la demanda.

4o. La sentencia consultada

Encontró el Tribunal demostrado que el actor concurrió a solicitar atención médica en la Clínica San Pedro Claver del Instituto de Seguros Sociales, en donde se le brindó oportuno servicio por las heridas de la cara y el párpado, las cuales fueron suturadas. Por el contrario, las lesiones del ojo izquierdo no fueron tratadas, por lo que decidió trasladarse a la Fundación Santafé de Bogotá, donde fue intervenido quirúrgicamente, intervención que fue cancelada por el demandante.

Con relación a la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, recuerda el *a-quo* el proceso evolutivo jurisprudencial, desde la providencia de 24 de octubre de 1990 (proceso No. 5902) con ponencia del señor Consejero Dr. Gustavo de

Greiff Restrepo; pasando luego a la de 30 de julio de 1992 que unificó los criterios anteriores, de la que fue ponente quien proyecta esta providencia (proceso No. 6897); para posteriormente, en sentencia de 24 de agosto de 1992, (proceso No. 6754), con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, hacer con respecto a la nueva tesis, algunas precisiones especialmente en lo relacionado con la falla presunta del servicio, la cual le permite, para exonerarse de responsabilidad, a la parte a quien se atribuye el daño, demostrar la diligencia y cuidado de su conducta, demostración que precisamente el ente demandado no hizo por lo menos con respecto a las heridas de su ojo izquierdo. Por último, sostiene el Tribunal que además de presumirse la falla en la prestación del servicio médico, ella se encuentra comprobada con el retardo en la atención del paciente, dado que no hay prueba de que el Instituto de Seguros Sociales hubiera cumplido sus funciones de servicio médico-quirúrgico con suficientes diligencia y cuidado.

Junto con la falla del servicio anotada, el *a-quo* encontró demostrado el daño, por cuanto el demandante se vio obligado, de su propio peculio, a satisfacer los gastos para la atención de sus lesiones oculares y faciales del lado izquierdo. Igualmente estimó el Tribunal que entre la falla del servicio y el daño se presentó el nexo de causalidad que le permitía concluir que sí se configuraba en este caso la responsabilidad patrimonial de la administración.

Con respecto a la indemnización de perjuicios, en la sentencia se denegó la relacionada con la disminución visual del ojo izquierdo, así como el valor de las incapacidades, en razón a que no encontró el fallador un nexo causal entre el retardo en la prestación del servicio y el daño, pues éste surgió de las lesiones ocasionadas en el accidente, hecho respecto del cual fue ajeno el ente demandado. De otra parte, no encontró ameritado procesalmente que el ISS se hubiera negado al pago de las incapacidades.

En tales condiciones, por los servicios prestados al demandante en la Fundación de Santafé de Bogotá y lo pagado al oftalmólogo, reconoció el Tribunal la suma de $373.454.oo actualizados, más los intereses sobre el anterior valor histórico. El reconocimiento por perjuicios morales fue denegado.

Durante el trámite de la consulta el apoderado del ente demandado presentó un alegato para solicitar un fallo denegatorio de las pretensiones del actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el proceso está suficientemente acreditado que el 24 de diciembre a las 2:45 de la mañana ingresó lesionado el actor a la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, con heridas en la región facial y parpebral izquierdas, así como trauma ocular, derivados de un accidente de tránsito. Le hicieron sutura de párpado y ceja y se ordenó hospitalizarlo para cirugía plástica y oftalmología. Sin embargo, las lesiones del ojo no fueron tratadas a pesar de que Cáceres Daza permaneció en dicha clínica hasta las cuatro de la tarde,

cuando decidió solicitar la salida para trasladarse a la Fundación Santafé de Bogotá, en donde de inmediato fue intervenido quirúrgicamente. Allí permaneció hasta el 29 de diciembre de 1987 y los costos de dicho servicio debió sufragarlos el actor.

Se creditó así mismo que fue atendido por el oftalmólogo Dr. Alvaro González Fernández en el Centro Médico de Los Andes (fls. 10 y 14), y por el cirujano plástico Armando del Valle (fls. 11 y 12). También se demostró, mediante las certificaciones correspondientes, que el demandante canceló a cada uno de los médicos especialistas que lo atendieron el valor de sus honorarios profesionales, y a la Fundación Santafé de Bogotá, los servicios que en dicha institución le fueron suministrados.

De otra parte, se estableció por Medicina Legal que el actor fue incapacitado por 40 días y le quedó una perturbación del órgano de la visión de carácter transitorio. Determinó además que con la corrección óptica (anteojos), el lesionado no queda con disminución de su capacidad productiva.

Mediante testimonio de quienes estuvieron acompañando al demandante, se probó que en la Clínica San Pedro Claver no le fue oportunamente prestada la atención oftalmológica que en razón de las lesiones recibidas requería con urgencia. Por el contrario, se acredita que fue tan prolongada la omisión del Instituto demandado en tratar quirúrgicamente al afectado, que éste debió acudir, de su propio peculio, en busca de especialistas en otro centro asistencial de carácter particular. Cabe destacar que uno de los testimonios recaudados proviene del profesional de la medicina Rafael Teodosio Ramírez, quien considera que esa demora de catorce horas en la atención de una lesión ocular puede traer consecuencias severas.

De las anteriores apreciaciones probatorias concluye la Sala que con toda razón el Tribunal declaró la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por falla del servicio, y por tal motivo la sentencia consultada deberá confirmarse.

Incuestionablemente el servicio de atención médica de la entidad demandada no funcionó oportuna y adecuadamente frente a las lesiones que especialmente en su ojo izquierdo presentaba el actor. El sólo hecho de ingresar lesionado en zona tan delicada como el rostro y los ojos y postergar su atención especializada constituye de entrada una falla del servicio. Luego, a pesar de los continuos requerimientos del oftalmólogo de turno, sin que éste se hiciera presente en tan prolongado término de catorce horas, período durante el cual sus delicadas heridas estuvieron sin el tratamiento especializado que dichas lesiones exigían, como se demostró posteriormente, estructuran con mayor firmeza la presencia de la falla ordinaria del servicio, la cual, aunada con los perjuicios derivados de la misma, permiten configurar la responsabilidad administrativa del ente demandado. De otra parte, el caso examinado igualmente podía manejarse, como lo hizo el Tribunal, bajo el régimen de la falla presunta del servicio médico, dado que el Instituto demandado no demostró, con relación a las lesiones del ojo izquierdo del actor, que hubiera obrado con la diligencia y cuidado requeridos para la atención médico-quirúrgica de este tipo de lesiones.

Con respecto a los perjuicios, la Sala no formula reproche alguno al reconocimiento que de los mismos hizo el Tribunal en la suma de $373.454.oo, correspondientes a los pagos que el actor debió efectuar a la Fundación Santafé de Bogotá ($223.454.oo), y al doctor Alvaro González Fernández ($150.000.oo). Dicho valor actualizado hasta la sentencia de primera instancia correspondió a la suma de $1.720.538.90. Para complementar la actualización se calculará hasta la fecha de esta providencia, con base en el índice de precios al consumidor vigente, que corresponde a 372.54, como índice final; y como índice inicial el vigente en abril de 1994 y tomado por el *a-quo* (360.92).

$$Vp = 1.720.538.90 \ \frac{372.54}{360.92} = \$\ 1.775.932.51$$

Sobre la suma de $373.454.oo se reconocerá un interés técnico del 6% anual, desde la fecha del pago (29 de diciembre de 1987) hasta la fecha de esta sentencia, que liquidados corresponden a $166.187.oo moneda legal.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMANSE los ordinales Primero, Tercero y Cuarto del fallo consultado, esto es, el de 12 de mayo de 1994, proferido por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO. MODIFICASE el ordinal segundo de la sentencia consultada, el cual queda así:

Segundo. Como consecuencia, condénase al Instituto de Seguros Sociales -ISS- a pagar a Francisco José Cáceres Daza, por concepto de perjuicios materiales, la suma de un millón novecientos cuarenta y dos mil ciento diecinueve pesos con 51/100 ($1.942.119.51) moneda corriente.

TERCERO. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias auténticas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, para las partes y el Ministerio Público, con las previsiones pertinentes del artículo 115 del C.de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO-Titularidad/**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA**

La noción de interés directo excluye, de un lado, la necesidad de que el actor sea titular de derechos subjetivos, y, de otra, el simple interés de la legalidad; se trata, por consiguiente, de un concepto intermedio entre tales extremos, que consiste en aquel interés que "de prosperar la acción entablada originaría un beneficio en favor del accionante", aunque "carezca de apoyo en un precepto legal concreto y declarativo de derecho propio", siempre que sea actual y personal del actor. Bajo el ordenamiento actual, cualquier persona, con el simple interés de legalidad, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES- Inexistencia

Existe un cambio muy nuevo en el nuevo estatuto de contratación respecto a la legislación anterior, en cuanto se elimina la restricción relativa a la legitimación en la causa del actor; reservada, antes, esta acción para las partes, el ministerio público y los terceros que acreditarán interés directo, hoy puede proponerla cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés distinto del genérico de la conservación y restablecimiento del orden jurídico. La nueva disposición impone distinguir dos situaciones: Si el actor se presenta ante la jurisdicción, como una persona cualquiera, movido por el interés general de la legalidad, no procede la indemnización de perjuicios; en los más de los

casos, respecto de ella, dicho perjuicio no se habrá producido. Si quien pretende la nulidad absoluta es parte en el contrato, o un tercero directamente interesado, o el ministerio público en defensa del patrimonio público, nada impide la acumulación de la pretensión indemnizatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7145. Actor: Avanti Ltda. Demandado: Empresas Públicas Municipales de Pereira.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad demandante en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, el 27 de septiembre de 1991, por virtud de la cual fueron negadas las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1.- Mediante apoderado judicial legalmente constituído, la Sociedad AVANTI LTDA. formuló, el 9 de noviembre de 1989, demanda en contra de las EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA y esgrimió, frente a ellas, las pretensiones siguientes:

"**PRIMERA**: QUE ES NULO, DE NULIDAD ABSOLUTA, EL CONTRATO NUMERO 218 DEL 10 DE AGOSTO DE 1989, CELEBRADO ENTRE LAS EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA Y LOS SEÑORES: CARLOS VEGA CUBILLOS Y GLORIA VILLA BETANCUR EN SU CONDICION DE REPRESENTANTES LEGALES DE "A.S.A.S. DE COLOMBIA LTDA.".

"**SEGUNDA:** QUE COMO CONSECUENCIA DE LA ANTERIOR DECLARACION SE CONDENE A LAS EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES A PAGAR A LA EMPRESA "AVANTI LIMITADA" LA TOTALIDAD DE LOS PERJUICIOS MEDIANTE EL CORRESPONDIENTE PERITAZGO, CONSISTENTES EN EL DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, SUFRIDOS POR MI MANDANTE CON OCASION DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO NUMERO 218 DE AGOSTO 10 DE 1989.

"**TERCERA:** QUE LAS EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA QUEDAN OBLIGADAS AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 176 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

"**CUARTA:** QUE LAS SUMAS DE DINERO DEDUCIDAS POR CONCEPTO DE INDEMNIZACION A FAVOR DE MI REPRESEN-

TADO, DEBERAN (sic) EJECUTARSE EN SU VALOR A TERMINOS DEL ARTICULO 178 DEL C.C.A. Y DEVENGARAN INTERESES COMERCIALES DURANTE LOS PRIMEROS SEIS (6) MESES A PARTIR DE LA FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA, Y MORATORIOS A PARTIR DE ESTA ULTIMA". (fls. 105 a 106 C. 1).

2- Para apoyar su pedido, la actora dijo que:

a.- Previa petición suya ajustada al artículo 13 de la resolución No. 6221 de 1985, el Ministerio de Comunicaciones le otorgó por medio de la resolución 3096 del 18 de julio de 1986, la concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción, en forma exclusiva para la ciudad de Pereira; en desarrollo de esta resolución se celebró el contrato de concesión No. 010, con una duración de 10 años prorrogable a solicitud del contratista, el cual quedó facultado, por la cláusula octava, para transmitir programación de cualquier país del mundo y en cualquier idioma.

b.- "Mediante encuestas anexas a las respectivas cuentas de cobro de servicios las "EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA" instaron a los usuarios a tomar suscripción de señal internacional a través de antenas parabólicas, teniendo acceso a siete (7) canales internacionales con transmisión permanente las veinticuatro (24) horas del día así: HE CONSEGUIDO QUE UNA FIRMA INTERNACIONAL FINANCIE LA INSTALACION EN LAS RESIDENCIAS DE PEREIRA QUE LO DESEEN, MEDIANTE PROGRAMA DE RAZONABLES CUOTAS MENSUALES. PARA PROSEGUIR EN ESTE EMPEÑO LE SOLICITO LLENAR LA ENCUESTA ADJUNTA Y DEJARLA EN LOS BUZONES QUE PARA ESTE FIN INSTALAREMOS EN EL PRIMER PISO DEL CENTRO ADMINISTRATIVO EL LAGO"; otro tanto hizo el Dr. Luis Enrique Arango Jiménez, gerente de las empresas demandadas, quien, al despedirse de los usuarios, expresó: "... MENCION ESPECIAL A ESTE RESPECTO PUEDE SER EL PROPOSITO DE MASIFICAR LA SEÑAL INTERNACIONAL DE TELEVISION, DONDE CONSULTADA LA OPINION DE LA CIUDAD SE DIERON LOS PASOS ADMINISTRATIVOS PARA QUE LA CONTROVERTIDA POSIBILIDAD FUERA UNA REALIDAD" (fls. 107 a 108 C. 1).

c.- Para cumplir lo prometido, las Empresas Públicas Municipales celebran el contrato "innominado e indeterminado", No. 010, del 10 de agosto de 1989, con la Sociedad SATELITE ACCES DE COLOMBIA LIMITADA - A.S.A. S. LTDA., por el cual se comprometen "a facturar y recaudar mensualmente, previa autorización escrita de los usuarios que hubieren suscrito..." el contrato de instalación y mantenimiento de señal de televisión captada a través de antenas parabólicas; la contratista, sin embargo, queda tácitamente relevada de cualquier obligación con la entidad pública y con los usuarios. (cl. 4a.).

"De esta manera el señor gerente contratante entrega incondicionalmente la comunidad a una aventura, a una absurda explotación, desoyendo por demás, las prudentes voces de sus asesores y miembros de la H. Junta Directiva, máximo organismo de las "EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE PEREIRA" entre las que se pueden citar a los doctores: IGNACIO RAMIREZ MUNERA Y PELAEZ". (fl. 109 C. 1).

d.- Pese a que el contrato está denominado como "de prestación de servicios", se trata de uno de "... ARRENDAMIENTO SOBRE BIENES MUEBLES, CONCRETAMENTE LA INFRAESTRUCTURA CIBERNETICA Y HUMANA QUE LAS EMPRESAS PUBLICAS DESTINAN AL COBRO Y RECAUDO DE LAS TARIFAS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS" (fl. 109), por medio del cual "se contrata un sistema de televisión por cable en modo alguno autorizado por el Ministerio de Comunicaciones.

e.- Tanto con el contrato 218, como con las encuestas previas, la demandante sufrió perjuicios "... derivados de la múltiple cancelación de suscripciones, indebida apropiación de codificadores por parte de los usuarios desertores del servicio prestado por "AVANTI LTDA.", desisitimiento (sic) por parte de quienes se hallaban en trance de tomar suscripción. Todo lo cual, hasta el momento y con fundamento en datos precisos se calcula con efecto hasta los próximos seis (6) meses en un gran total de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS M/cte. ($244.268.000.oo)". (fl. 110, C. 1).

f.- "El Ministerio de Comunicaciones, mediante Oficio No. 1600 de 28 de julio de 1989 por conducto de la Jefatura Jurídica contestó al señor MEREHEG M. comunicando que: "EL CONCEJO MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA, CARECE DE CAPACIDAD PARA CONCEDER FACULTADES A LAS EMPRESAS PUBLICAS PARA CONSULTAR Y EXPLOTAR LAS TELECOMUNICACIONES, COMPETENCIA OTORGADA POR LA LEY AL MINISTERIO DE COMUNICACIONES.

"EL DECRETO 3418 de 1954 en sus artículos 1, 2 y 3 ESTABLECE QUE: TODOS LOS CANALES RADIOELECTRICOS QUE COLOMBIA UTILIZA O PUEDA UTILIZAR EN EL RAMO DE TELECOMUNICACIONES SON PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL ESTADO", entrando a definir seguidamente, todo lo que debemos entender por Telecomunicaciones". (fls. 110 a 111, C.1).

g.- La decisión de las Empresas Públicas tuvo rechazo de algunos de los miembros de la Junta Directiva, por cuanto "este tipo de servicios no forma parte del objeto" de las mismas.

En los fundamentos de derecho, la actora estimó quebrantados los artículos 2, 20, 63 de la Constitución Política vigente en la época; 1, 2 y 3 del Decreto 3418 de 1954; 51 de la Ley 42 de 1985; 2, 103, 29, 156, 78, 182 del Decreto 222 de 1983; 2, 3, 4 y 5

de Decreto 225 de 1988; 1 del Decreto 666 de 1985; 1740 del C.C.; 187 del C. Fiscal de Pereira.

Seguidamente señala que el contrato acusado "revasaría el límite de su objeto social y de su competencia legal", generándole vicios de "incompetencia y objeto de ilícitos" y desviación de poder, pues se utilizó como mecanismo de promoción política del gerente de las Empresas Públicas como candidato a la Alcaldía Popular de Pereira; quebranta el artículo 156 del Decreto 222 de 1983, pues no estuvo precedido de licitación pública; y, finalmente, defiende su legitimación para formular la pretensión de nulidad absoluta del contrato.

3.- Al contestar la demanda, las Empresas Públicas Municipales de Pereira, negaron que AVANTI LTDA., hubiese solicitado y estuviese autorizada para "captación de señal internacional por antena parabólica en la ciudad de Pereira", para lo cual invoca la solicitud, las resoluciones 6221/85 y 3096/86; señala que la captación de señales internacionales por antena parabólica no es objeto de contratos de este tipo (Decreto 225/88) y que el Decreto 666/85 se refiere únicamente a contratos para la prestación del servicio de televisión por suscripción, pues los dos corresponden a fenómenos distintos con regulación también diversa; por este camino concluye que la demandante es concesionaria de la prestación del servicio de televisión por suscripción, lo cual nada tiene que ver con la captación de señales internacionales por antena parabólica, y que, por tanto "no tiene interés jurídico para actuar", en los términos del artículo 87 del C.C.A. Añade que el contrato está firmado por el representante legal de las empresas demandadas, circunstancia que descarta el alegado vicio de incompetencia; acepta que se trata de un contrato atípico pero asimilable al de arrendamiento de bienes muebles que, por lo tanto, "no tiene que tener relación directa con el objeto señalado al establecimiento como gestor de servicios públicos"; niega la existencia de desviación de poder, pues la carta que se presenta como prueba del mismo es una simple despedida que el gerente hace frente a los usuarios y cuya claridad descarta cualquier propósito oculto del funcionario; sostiene que las pretensiones de la demanda se han acumulado indebidamente, pues el tercero con interés directo -lo mismo que el Ministerio Público- pueden pedir únicamente la nulidad absoluta del contrato pero no la indemnización de los perjuicios; agrega que no hay relación de causalidad entre el hecho dañoso (en el evento de que el contrato fuese nulo) y el perjuicio reclamado, y finaliza solicitando se denieguen las súplicas de la demanda y la condena en costas a la parte actora (fls. 135-161 del C. 1).

4.- En los alegatos de conclusión de la primera instancia, la demandante expresó:

Que el encabezamiento del contrato No. 218 de 10 de agosto de 1989 se identificó el contrato como "de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción"; reitera la argumentación de la demanda y agrega que la firma Satellites Acces de Colombia Ltda., estaba afectada de incapacidad para celebrar el contrato, pues la concesión se había otorgado, con anterioridad y de modo exclusivo, a la demandante (fls. 260-267).

Las empresas demandadas advierten que la actora intenta, al final de la instancia, variar la pretensión de nulidad por la de inexistencia del contrato, conducta, a su juicio, improcedente; insisten, luego, en la indebida acumulación de pretensiones y en la ausencia de nexo causal para lo cual se apoya en el dictamen pericial practicado en el proceso y en la inexistencia de los perjuicios reclamados, por todo lo cual piden un fallo desfavorable a las pretensiones planteadas. (fls. 268-275).

El señor agente del Ministerio Público ante el *a-quo* estima que el contrato es nulo por quebrantar los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3418 de 1954; 3o. y 4o. de la Ley 42 de 1985; 3o. a 6o. del Decreto 225 de 1988, cuyo desconocimiento se hizo a sabiendas como lo deja ver la cláusula 4a. de dicho contrato y como lo determinó el Ministerio de Comunicaciones por resolución No. 4852/89; en cambio, estima que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios en favor de la actora, pues para nada se lesionó su derecho de explotar, con exclusividad, el servicio de televisión por suscripción; agrega que la actora no podía pedir la indemnización de perjuicios como fruto de la nulidad absoluta del contrato, en tesis coincidente con la parte demandada.

5.- El Tribunal entendió, en primer lugar, que la demandante estaba legitimada en la causa para formular las pretensiones impetradas en la demanda y que no se había configurado la caducidad de la acción. Sin embargo, observa que, siendo tercero al contrato impugnado y teniendo en cuenta las previsiones del artículo 87 del C.C.A., únicamente estaba legitimada para pedir la nulidad absoluta del mismo pero no para solicitar la indemnización de perjuicios.

Hace luego la distinción entre "el servicio de televisión por suscripción" y "el uso de las estaciones terrenas de recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de telecomunicaciones"; mientras el primero requiere del contrato de concesión y se debe sujetar a las normas del Decreto 0666 de 1985, el segundo tiene su reglamentación en el Decreto 0225 de 1988. En este punto señala:

> "Para el sistema de televisión por suscripción se requiere de un contrato de concesión; el concesionario puede explotar comercialmente el servicio vendiéndole el mismo a sus suscriptores; éstos no son propietarios de los equipos mediante los cuales se produce el servicio, son del concesionario; el servicio se presta previa una programación que el concesionario le debe dejar conocer con antelación a sus suscriptores; el servicio se transmite a través de bandas y canales de propiedad del Estado.
>
> "Para el sistema de estaciones terrenas de recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de telecomunicaciones no se requiere del contrato de concesión; tampoco de permiso previo para instalar la estación; ésta es de propiedad de quien la haga instalar: bien como propietario unifamiliar, o comunero; por ese servicio no se paga retribución alguna al Estado, ni a concesionario porque no existe; pero sí debe el propietario hacerla registrar dentro de los dos meses siguientes a su instalación, ante el Ministerio de

Comunicaciones; el uso es exclusivamente privado, no procediendo, por lo tanto, su explotación económica". (fls. 209 a 210, C. 1).

Luego, refiriéndose al contrato acusado, concluye:

"1o. El contrato acusado: el número 218, celebrado el 10 de agosto de 1989, entre las Empresas Públicas de Pereira y la firma ASA'S DE COLOMBIA LTDA., no tiene por objeto la prestación del servicio de televisión regulado por el Decreto 666 de 1985, ni por el Decreto 0225 de 1988. Su objeto es bien diferente. Por lo tanto, no pueden entenderse violados los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3418 de 1954; y no es cierto, como lo afirma el hecho décimosegundo de la demanda, que en tal contrato, con flagrante desviación de poder, se contrató "un sistema de televisión por cable".

"2o. El contrato a que se refiere el numeral anterior no aparece enlistado en el artículo 16 del D.L. 222 de 1983; ni en el artículo 13 del Decreto 337 de 1987 que constituye el Estatuto Contractual del Municipio de Pereira, normatividad a la cual debe estar sometida, entonces, la contratación administrativa de la demandante y no al D.L.222 de 1983, que sólo se aplica a las entidades territoriales, según su artículo 1o. en lo que se refiere a "tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV". No goza de la naturaleza del contrato de arrendamiento de muebles de que trata el artículo 156 del D.L. 222 de 1983, que equivale al 178 del citado Decreto 337 de 1987; porque es de la esencia del contrato de arrendamiento de esta índole la entrega al arrendatario del bien mueble arrendado; ..." (fls. 214 a 215, C. 1).

"..."

"Tampoco es del linaje propio del contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 156 del Estatuto Contractual a nivel nacional, o por el artículo 207 del Decreto Municipal 337 varias veces citado, porque aquí en este caso, como está suficientemente demostrado, quien se ha obligado a prestar el servicio es la demandante (las Empresas Públicas Municipales), es el sujeto pasivo de la obligación de servir, y el acto contractual regulado en tales disposiciones se refiere, al contrario, al desarrollo de actividades por parte del contratista, recibiendo la entidad estatal los servicios, relacionados con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hablan a cargo de la entidad contratante. Siendo lo anterior así no se ha presentado la violación a las normas referenciadas en este numeral.

"3o. Lo dicho anteriormente, está indicando que el acto acusado no es propio de los denominados contratos administrativos; correspondiendo, entonces, de acuerdo con lo dicho en el penúltimo inciso del artículo 13 del Decreto 337 de 1987 a los denominados contratos de derecho privado -con cláusula de caducidad en este caso-, lo que nos hace sus jueces. En concreto corresponde a un contrato de prestación de servicios de los regulados por el C.C. en su Título XXVI". (fl. 215 a 216, C. 1).

"..."

"El artículo 15:1 del Estatuto Orgánico de las Empresas Públicas de Pereira, el Acuerdo 2 de 1978, señala como función del gerente la de celebrar los contratos de la institución, lo que permite decir que la incompetencia endilgada no tiene asidero; como tampoco la violación del artículo 78 del D.L.222 de 1983 ni del artículo 101 del Decreto Local 337 de 1987. La misma afirmación permite señalar, igualmente, que no se da lo del objeto ilícito, ni la violación del art. 1502 del C.C. tal como se planteó a folios 116 y 117.

"5o. Con referencia al mismo artículo 78:b del D.L. 222, hay que decir que no tiene cabida la desviación de poder. Este mira a los motivos, a las razones, a su etiología. En tratándose de función pública, aquellas no pueden ser otras que el bien común, el interés general. La desviación del poder tiene espacio cuando el funcionario actúa no por un motivo de interés general sino por uno de interés particular, constituyendo así dicho móvil una causa ilícita. En el *sub-lite,* como lo muestran los hechos, paladinamente se invitó a toda la comunidad para que contratara la instalación de su propia estación terrena de televisión y pagara en cuotas mensuales que estaría recaudando la demandada; las que sólo estaría entregándolas a su propio contratista (el de los propietarios de las antenas parabólicas) cuando éstos certificaran que habían recibido a satisfacción los trabajos a que se refiere el contrato demandado. Como se ve, el servicio llamado a prestar por la demandada era dueño de una cobertura y de un interés general: un beneficio para sus propios usuarios. A propósito, tal servicio, al contrario de lo dicho por la demanda, no aparece tan exótico, ni de contrapelo con los propios objetivos de las Empresas Públicas Municipales; pues basta leer que constituyen éstos, bastante amplios por cierto, enrutados por el sendero de la ciencia y de la tecnología, conductores del progreso y del desarrollo. Cuando en el artículo 1o. del Acuerdo 13 de 31 de marzo de 1989 del H. Concejo Municipal de Pereira (folio 217), por el cual se modificó el número 2 de 1978, el Estatuto Orgánico de las Empresas Públicas del mismo municipio, vigente cuando se celebró el acto contractual enjuiciado, se lee que las mismas constituídas como establecimiento público autónomo, han sido creadas para prestar, entre otros, el servicio público de las telecomunicaciones, transmisión electrónica de datos, y que en relación con sus objetivos podrá vincularse al desarrollo y mejoramiento del municipio, sus sectores y comunidades, mediante su participación en el desempeño de sus funciones y ejecución de obras; está dimensionando el enfoque que nos ocupa. La misma demanda cuando transcribe el art. 2o. del Decreto 3418 de 1954, (folio 116), no pone en el conocimiento que por telecomunicaciones ha de entenderse toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos.

"6o.- Las estaciones terrenas llamadas a construir en el asunto que nos ocupa, atrás quedó dicho, serían de propiedad de los usuarios; no de la entidad

demandante ni de la firma A.S.A.S. con la cual ella suscribió el contrato acusado. Siendo ello así, el registro de la estación lo tenían que satisfacer los propietarios, dentro de los 2 meses siguientes a la instalación, no antes (art. 2o. Decreto 225 de 1988); para el registro, según el artículo tercero de la misma norma, se necesitan satisfacer las exigencias en él precisadas, pero, desde luego, después de instalada la parabólica. El contrato atacado se limitaba, únicamente, a recaudar los dineros de los usuarios -todos los que así lo autorizaran- y entregárselos a A.S.A.S., cuando aquellos certificaran haber recibido a satisfacción los servicios contratados. No se dio violación alguna al citado Decreto 225 de 1988, como lo afirma la demanda y nuestro colaborador fiscal.

"7o. Si lo planteado antes muestra que el discurrir administrativo estuvo ajustado a la ley, huelga es concluir que tampoco se presentó el desconocimiento de la normatividad constitucional relacionada bajo el título de legalidad". (fls. 216 a 219 C. 1).

6.- La apelante sostiene que el interés que, para el tercero, exige el artículo 87 del C.C.A. para efectos de la legitimación en la causa, en la acción de nulidad absoluta del contrato, "no puede ser otro que de orden patrimonial, económico", pues de lo contrario la ley habría consagrado la acción popular; se apoya, para ello en la providencia dictada por la Sala el 30 de enero de 1987 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo, actor: Editorial Mercurio S.A.

Luego, sostiene que la distinción entre el servicio de televisión por suscripción y las estaciones terrenas de recepción directa de señales de televisión, para el caso concreto, no existe; sobre este particular expresa:

"El inicial propósito y objeto del contrato impugnado podría ser el de prestar el servicio de televisión por cable. (Decreto 225 de 1988) pero desde el mismo instante en que se utilizaron las antenas parabólicas como medio de recepción de señal de satélite, el cable físico como elemento de retransmisión de la misma señal en la ciudad y los contratos celebrados con los potenciales usuarios como medio de comercialización de esa señal, adjudicándole un costo inicial como valor de suscripción, un canon como pago mensual del servicio y un costo de mantenimiento; sistema se transformó en televisión por suscripción, sometida en un todo a lo dispuesto en el Decreto 666 de 1985 y de contera es aquí donde surge nuestra planteada incompetencia e incapacidad, abuso de autoridad y objeto ilícito, no estimados por el juez de instancia.

"Cabe advertir, además, tal como se evidencia en el concepto fiscal, fue tan manifiesta la violación del Decreto 225 de 1988 que el Ministerio de Comunicaciones hubo de intervenir para interrumpir acudiendo incluso a la fuerza pública, las actividades de ASAS´S. mediante resolución No. 4852 de diciembre 15 de 1989. (fls.228 a 229 C. 1).

Con estas premisas, insiste en los vicios que ha reprochado, desde la demanda, al contrato que cuestiona, y finaliza:

> "Fue la comercialización de la señal recibida del satélite por medio de las antenas parabólicas y permitida por la administración a través del contrato impugnado, causa eficiente y suficiente a la producción de los reales perjuicios patrimoniales relatados en la demanda, allí estimados por su valor, avalados con la experticia obrante en autos; lo que se pretende como indemnización justa a los derechos flagrantemente violados". (fl.232 C. 1).

En la segunda instancia, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

LA SALA CONSIDERA

De iniciación, la Sala se debe ocupar de dos temas que, para este caso, guardan entre sí relación estrecha y que han sido cuestionados por la entidad pública demandada en planteamiento que ha merecido parcial aceptación en el concepto del ministerio público en la primera instancia y en el fallo apelado.

Se está haciendo alusión a la "carencia de interés jurídico" del actor y a la indebida acumulación de pretensiones, bajo el supuesto de que la petición de nulidad absoluta del contrato, formulada por un tercero o por el ministerio público, no puede estar acompañada de la indemnización de perjuicios.

El primer aspecto fue resuelto favorablemente para el actor, en el fallo de primera instancia; el segundo, en cambio, se decidió acogiendo la tesis de la parte demandada que es compartida por el agente del ministerio público.

A.- A términos del parágrafo del artículo 78 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983, la nulidad absoluta de los contratos, por las causales que la misma disposición señalaba, podía ser alegada **por el ministerio público en interés del orden jurídico** o declarada, de oficio, por el juez.

El Decreto Extraordinario No. 01 de 1984 en el artículo 87, agregó que "La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre**interés directo en el contrato**"; se trataba de una permisión excepcional si se tiene en cuenta que las otras pretensiones contractuales únicamente podían ser formuladas por las partes del contrato y por sus causahabientes.

El artículo 17 del Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989, no modificó en sustancia esta norma, al disponer: "El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta".

Esta era la disposición vigente al tiempo de la presentación de la demanda.

Hoy la situación está reglada en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en estos términos: "La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no será susceptible de saneamiento por ratificación".

La sucesión normativa que se deja expuesta muestra que, para el momento de presentar la demanda original del proceso que hoy ocupa a la Sala, la posibilidad de pretender la nulidad absoluta del contrato estaba restringida a las partes, al ministerio público y al tercero que acreditara un interés directo; las partes en el contrato están legitimadas por su propia condición; el ministerio público "por la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales", según lo impone el artículo 277-7 de la Constitución Política; y el tercero lo estaba por el **interés directo** que acreditase en el proceso.

Con el afán de señalar el contenido del "interés directo" que necesitaba acreditar el tercero con miras a su legitimación en causa en los procesos de nulidad absoluta del contrato, la Sala expuso lo siguiente, en sentencia del 30 de enero de 1987, según lo recuerda el Dr. Carlos Betancur Jaramillo:

> "El interés de los terceros para pedir esa nulidad surgió en el derecho colombiano con la Ley 50 de 1936 (artículo 2o.). Aunque el artículo 78 del Decreto 222 de 1983 guardó silencio sobre el punto, el Decreto 01 de 1984 lo reafirmó.
>
> "Y la jurisprudencia también ha definido ese alcance. El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo, como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido. En tal sentido, si ese interés puede predicarse de dichos licitantes, en idéntica forma puede alegarse por aquellas personas que sin haber podido participar en la licitación (porque la administración no la abrió, por ejemplo, ya que acudió a la contratación directa) sí tenían la capacidad, la intención y la experiencia necesaria para ofertar idénticos servicios". (Derecho Procesal Administrativo.- 3a. edición. pág. 511).

En otros términos, tal y como lo enseña el Profesor Jesús González Pérez, en su obra "Derecho Procesal Administrativo", Tomo 2o. de la 2a. edición, pags. 276 y ss., la noción de interés directo excluye, de un lado, la necesidad de que el actor sea titular de derechos subjetivos, y, de otra, el simple interés de la legalidad; se trata, por consiguiente, de un concepto intermedio entre tales extremos, que consiste en aquel interés que "de prosperar la acción entablada originaría un beneficio en favor del accionante", aunque "carezca de apoyo en un precepto legal concreto y declarativo de derecho propio", siempre que sea actual y personal del actor.

Aplicando estas reglas al caso concreto, la Sala entiende que la sociedad AVANTI LTDA. estaba legitimada en la causa para pretender la anulación del contrato que las

Empresas Municipales de Pereira tenían celebrado con A.S.A.S. de Colombia Ltda., pues sentía lesionado, con él, sus derechos derivados de su actividad de explotación del servicio de televisión por suscripción y entendía que la anulación conduciría a su mejoramiento económico, eliminada una actividad que juzgaba su indebida competidora en el mercado.

Aunque no resulte aplicable a la solución de la litis, vale la pena precisar que la situación planteada varió de modo sustancial con la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 45 consagró la popularidad de esta acción; de modo que, bajo el ordenamiento actual, cualquier persona, con el simple interés de legalidad, puede solicitar la nulidad absoluta del contrato.

B.- El segundo punto que, de modo previo, ha de resolver la Sala, se refiere a lo que la entidad demandada denominó indebida acumulación de pretensiones; según su criterio, compartido por el agente del ministerio público y aceptado por el Tribunal, la actora no podía pretender, con la nulidad absoluta del contrato, la indemnización de perjuicios; es decir que la petición de nulidad absoluta excluye cualquier pretensión indemnizatoria.

Esta conclusión no es cierta; no correspondía a la regulación original del Decreto 01 de 1984, ni a la posterior del Decreto 2304 de 1989, ni corresponde hoy a la inteligencia de la normación que, sobre esta materia, introdujo la Ley 80 de 1993.

En efecto, situándonos bajo la legislación que rige el proceso, sería notoriamente impropio e injusto, exigir, para la legitimación del tercero, el interés directo en el contrato y negarle, al propio tiempo, la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicho contrato le hubiese infligido. De allí que, en jurisprudencia reiterada, la Sala hubiese sostenido -tesis que sigue siendo válida-, que, por ejemplo, frente al acto de adjudicación cabían la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (en tanto acto precontractual y separable del contrato), o la acción contractual para que se declarase la nulidad absoluta del contrato con la consecuente indemnización de perjuicios, con fundamento en la ilegalidad del acto de adjudicación; en los dos casos está legitimado el tercero que acredite interés directo en su proposición. Este es sólo un ejemplo, pero la tesis admite la generalización: la petición de nulidad absoluta de un contrato no es incompatible ni excluyente de la indemnización de perjuicios.

Se podría pensar que bajo el nuevo estatuto general de contratación de la administración pública, cuyo artículo 45 admite que cualquier persona esté legitimada para pedir la nulidad absoluta del contrato, la situación hubiese sufrido variación sustantiva; en efecto, puede resultar atractiva la idea de identificar, en las circunstancias descritas, la acción de nulidad absoluta, de los contratos (art. 87 del C.C.A. y 45 de la Ley 80/93) con la nulidad simple de los actos administrativos (art. 84 del C.C.A.), evento en el cual se impondría concluir que, en una y otra, esté excluída la petición indemnizatoria.

Se debe aceptar que existe un cambio muy importante en el nuevo estatuto de contratación respecto de la legislación anterior, en cuanto se elimina la restricción relativa a la legitimación en la causa del actor; reservada, antes, esta acción para las partes, el ministerio público y los terceros que acreditarán interés directo, hoy puede proponerla **cualquier persona,** sin necesidad de acreditar interés distinto del genérico de la conservación y restablecimiento del orden jurídico.

La nueva disposición impone distinguir dos situaciones:

a.- Si el actor se presenta ante la jurisdicción, como una persona cualquiera, movido por el interés general de la legalidad, no procede la indemnización de perjuicios; en los más de los casos, respecto de ella, dicho perjuicio no se habrá producido.

b.- Si quien pretende la nulidad absoluta es parte en el contrato, o un tercero directamente interesado, o el ministerio público en defensa del patrimonio público, nada impide la acumulación de la pretensión indemnizatoria.

Con estas premisas, y teniendo en cuenta que AVANTI LTDA., es tercera directamente interesada en el proceso, su pretensión indemnizatoria era y es perfectamente acumulable a la de nulidad absoluta.

En cuanto interesa para la decisión que adoptará la Sala, están procesalmente acreditados los hechos siguientes:

1- Por medio de la resolución No. 3096, del 18 de julio de 1986, expedida por el Ministerio de Comunicaciones (fls. 3-13 del C. 1), y del contrato No. 0010 del 15 de septiembre del mismo año (fls. 14-21), se otorgó a la Sociedad AVANTI LTDA., la concesión -en calidad de operador-programador-, para la prestación del servicio de televisión por suscripción, en la ciudad de Pereira; el contrato y la resolución tomaron su fundamento legal en el Decreto No. 666 de 1985; el término del contrato se pactó en 10 años contados a partir de su perfeccionamiento y se dijo expresamente que "El Ministerio de Comunicaciones podrá, previo análisis de mercadeo y evaluación del crecimiento de la población y demás factores determinantes, **ampliar el número de sistemas de televisión por suscripción autorizados para cada ciudad**". (Se subraya).

2.- El 10 de agosto de 1989, las Empresas Públicas de Pereira y la Sociedad Satellite Acces de Colombia Ltda., ASA'S DE COLOMBIA LTDA., celebraron un contrato para la "facturación y recaudo (del) valor de instalación y mantenimiento de señal internacional de televisión captada a través de antenas parabólicas" (fls. 25-31), por medio del cual la entidad pública se obligó "a facturar y a recaudar mensualmente, previa autorización escrita de los usuarios que hayan suscrito con ASA'S DE COLOMBIA LTDA., contrato para la instalación y mantenimiento de la señal de televisión internacional captada a través de antenas parabólicas de propiedad de la comunidad, el valor correspondiente a materiales de instalación en doce cuotas mensuales de dos mil quinientos pesos ($2.500.oo) cada una, y una cuota inicial de cinco

mil pesos ($5.000.oo), sumas sobre las cuales se recargará el 10% del IVA" (cláusula primera); los valores recaudados se debían situar en favor de ASA'S DE COLOMBIA LTDA., previa retención del 2% del total, que ingresaría a los fondos de la entidad oficial, la que no asumió "... ninguna responsabilidad legal ni técnica ante ASA'S DE COLOMBIA LTDA., ni ante la comunidad en el proceso de instalación y mantenimiento de la señal, ni en el proceso de registración de los sistemas instalados ante el Ministerio de Comunicaciones, el cual se deberá someter a lo establecido en el Decreto 225 de 1988 de dicho ministerio. Tampoco tendrá responsabilidad alguna la Empresa en el caso de intervención del Ministerio de Comunicaciones, para interrumpir la señal, en cuyo evento suspenderá inmediatamente la facturación y el recaudo, los cuales podrá reanudar si ASA´S DE COLOMBIA LTDA., presenta autorización tanto del Ministerio como de los usuarios para continuar con el programa"; la forma de pago se pactó así: "LAS EMPRESAS entregarán a ASA'S DE COLOMBIA LTDA., la cuota inicial de cinco mil pesos ($5.000.oo) pagados por los usuarios, una vez que ASA'S DE COLOMBIA LTDA., demuestre que ya ha sido instalada completamente la antena parabólica y se reciba la señal internacional de televisión en T.V. monitor. La primera, segunda y tercera cuotas serán entregadas por las EMPRESAS a ASA'S DE COLOMBIA LTDA., cuando ASA'S DE COLOMBIA LTDA. entregue a LAS EMPRESAS los certificados de instalación del cableado interior en cada apartamento, casa y/o local firmados por el cliente independiente. LAS EMPRESAS entregarán a ASA'S DE COLOMBIA LTDA., la cuarta, quinta y sexta cuota, una vez ASA'S DE COLOMBIA LTDA. haya empezado y terminado de instalar las redes troncales que cuando se podrán conectar todos los usuarios de su respectiva comuna como copropietarios que son de sus antenas parabólicas y que han suscrito con ASA'S DE COLOMBIA LTDA. los correspondientes contratos de instalación y mantenimiento de la parabólica y las redes de conducción de la señal. Una vez conectados los usuarios recibirán independientemente la señal internacional de T.V. y ASA'S DE COLOMBIA presentará a LAS EMPRESAS los certificados (cumplidos) de recibir la señal a entera satisfacción y se considerará el trabajo terminado en su totalidad para cada usuario y LAS EMPRESAS pagarán a ASA'S DE COLOMBIA las cuotas séptima, octava, novena, décima, decimoprimera y decimosegunda respectivamente, dentro de los diez (10) días siguientes a su recaudo. Se entiende que LAS EMPRESAS facturarán al cliente cuando ésta haya firmado la orden de pedido y autorización expresa y LAS EMPRESAS pagarán a ASA'S DE COLOMBIA LTDA. cuando haya sido recaudado el dinero y ASA'S DE COLOMBIA LTDA. haya terminado los trabajos que se efectuarán paso a paso, de acuerdo con lo anteriormente dicho en este artículo" (fls. 26 a 28 C. 1); se pactó también la posibilidad de utilizar, para los efectos del contrato, "la infraestructura de la empresa", evento en el cual se cancelaría, por separado, su costo (cl. 7a.); y se fijó en 36 meses, prorrogables de modo automático, el término del contrato.

3.- La Junta Directiva de las Empresas Públicas de Pereira autorizó el contrato el 31 de julio de 1989, según lo registra el acta No. 008 (fls. 69 y ss), a la cual corresponde este aparte:

"a. Antenas Parabólicas.

El Gerente manifestó que desea dar a la Junta una amplia información al respecto, debido a que hay mucho desconocimiento alrededor del tema; **dijo que la Empresa nunca ha pretendido asumir la distribución de la señal de televisión, lo único que hará es servir de medio para facilitar que un tercero lo haga".** (fl. 69 C. 1).

Se insiste por miembros de la Junta que patrocinan la idea en que "la empresa facilitará que **lo que están haciendo algunos edificios exclusivos, se haga a nivel de barrios";** se desecha un concepto emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones en el cual se anunciaba que "los sistemas que se instalen sin autorización de este Ministerio, son clandestinos, a los cuales se les decomisarán los elementos y equipos que lo integren, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 3418 de 1954" (fls. 39 y 40); finalmente, se arguye que la consulta que se hizo a la comunidad por medio de encuestas (ver folios 22 y 23), resultó favorable por abrumadora mayoría.

4.- El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Comunicaciones expide constancia según la cual "la firma "SATELLITE ACCES DE COLOMBIA LTDA." y/o "A.S.A.S. DE COLOMBIA LTDA.", no está autorizada por el Ministerio de Comunicaciones, para comercializar la señal de televisión internacional tomada por antenas parabólicas u otras estaciones terrenas". (fl. 159 C. 2).

5.- El 15 de diciembre de 1989 el Ministerio de Comunicaciones, con apoyo en los artículos 1o. y 48 del Decreto 3418 de 1954; 4o. de la Ley 42 de 1985; 6o. del Decreto 225 de 1988; y el Decreto 1865 de 1989, y habiendo establecido que, en la ciudad de Pereira, la "firma ASA'S DE COLOMBIA LTDA. está montando con la anuencia de las Empresas Públicas de Pereira, un sistema de televisión no autorizado...", expide la resolución No. 4852, por virtud de la cual dispone:

"Ordenar el decomiso de los elementos y equipos que integran las antenas parabólicas instaladas en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda, en el Barrio Lorena No. 2 Bloques F1, F2, F3 y F4 (carrera 17 No. 21-18), Barrio Cuba, Urbanización San Fernando (ubicado en el parque frente de la casa No. 4 de la manzana 11), en la Unidad Residencial Primero de Febrero, entre las calles 35 y 38 y carreras 7 y 8, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución". (fls. 160 y 161 del C. 2).

Establecidos los hechos que acaba de relacionar la Sala, es necesario advertir lo siguiente:

1.- La Ley 42 de 1985, "por la cual se transforma el Instituto de Radio y Televisión -Inravisión- en una entidad asociativa de carácter especial y se dictan otras disposiciones", previó en el artículo 51:

"El Ministerio de Comunicaciones queda expresamente facultado para dictar las normas tendientes a la implantación en el país para el servicio de televisión por suscripción, bien sea prestado por cable o por cualquier otro sistema. En consecuencia podrá celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio".

2. Desarrollando este precepto legal, el Presidente de la República, quien al parecer se sintió investido de facultades extraordinarias, expidió el Decreto No. 666 de 1985, "por el cual se dicta la reglamentación para la prestación del servicio de televisión por suscripción".

3.- La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 18 de septiembre de 1986, declaró inexequible el texto de la Ley 42 que ha transcrito; en las consideraciones pertinentes la Corte dijo:

> "... resulta evidente para la Corte que la facultad que consagra el artículo 51 para el Ministerio de Comunicaciones es inconstitucional toda vez que lo habilita para "dictar las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción" y para "celebrar contratos con particulares para la prestación de ese servicio", disposiciones de las cuales se deriva la infracción de preceptos de la Carta como pasa a explicarse:
>
> a.- La potestad de legislar para regular el servicio público, esto es para dictar las medidas que sean conducentes a su normal prestación, es atribución privativa del Legislador y de ella no puede desprenderse sino mediante expresa autorización del Constituyente, con acatamiento de formalidades especiales, tal como lo prevé el art. 76-12 de la Constitución Nacional.
>
> b.- Pero además, la facultad para celebrar contratos fue reservada por el Constituyente al Presidente de la República y debe ejercer con arreglo a las leyes; por ello, si el legislador se la confiere al Ministerio de Comunicaciones, como lo estatuye la precitada norma de la Ley 42 de 1985, infringe el ordinal 11 del artículo 76 en concordancia con el 120-13 de la Carta, ya que, aunque la celebración de contratos para la prestación de un servicio es una función de naturaleza administrativa y puede ser delegada a los Ministros en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 del Estatuto superior, tal delegación no puede ser obra de la ley, por cuanto a ésta sólo le compete señalar la función que puede ser delegada pero no designar directamente al delegatario de la misma. Esta determinación le incumbe en forma exclusiva al Presidente de la República".

4.- Inexequible la norma legal, es obvio que el Decreto 666 que encontraba en ella fundamento de validez, también resulta inexequible; así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 9 de diciembre de 1986, en el cual, luego de hacer el estudio relativo a los efectos de la inexequibilidad, concluye:

> "Pues bien, observa la Sala que el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 contenía dos disposiciones: la de facultar al Ministerio de Comunicaciones "para dictar normas

tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción", y la de "celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio". El Presidente de la República creyendo que en la primera parte se le habían conferido unas facultades especiales profirió el Decreto número 666 de 1985, por el cual se dictó la reglamentación para la prestación del mencionado servicio.

"Y con base en la segunda parte y en las propias disposiciones del decreto acabado de mencionar, el Ministerio de Comunicaciones procedió a celebrar varios contratos para la prestación del servicio de televisión por suscripción, y cuando se produjo la sentencia de inexequibilidad, estaba adelantando los trámites tendientes a la celebración o al perfeccionamiento de otros de la misma índole.

"Para la Sala, las propias consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de inexequibilidad, conducen necesariamente a tener como contrario a la Constitución y por ende, sin validez, al Decreto 666 de 1985. En efecto, según la Corte la facultad dada por el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 al Ministerio de Comunicaciones para dictar "las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción" es inconstitucional pues la potestad de legislar para regular el servicio público, es privativa del legislador y de ella no puede éste desprenderse sino mediante el mecanismo de conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo establecido en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución, lo cual no se hizo en este caso.

"De modo que el Decreto 666 de 1985, dictado por el Presidente invocando facultades supuestamente contenidas en la norma declarada inconstitucional, es también inconstitucional y no tiene validez para el futuro; el mencionado decreto viene a ser afectado por la sentencia de inexequibilidad de la norma en la cual se fundamentaba, en virtud del elemental principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que es simplemente una norma de carácter general dictada para desarrollar la disposición inconstitucional y supeditada a ésta, y, además, por cuanto es un decreto dictado por el Jefe de Estado sin que este funcionario hubiera tenido facultad para proferirlo.

"En cuanto a los contratos sucritos por el Ministerio para la prestación del servicio de televisión por suscripción hasta cuando se dictó la sentencia de inexequibilidad, que hayan quedado completamente perfeccionados antes de proferirse dicha providencia, se tiene que ellos constituyen situaciones jurídicas consolidadas mientras las normas sobre las cuales se basaban estaban vigentes, son hechos cumplidos en aquel tiempo, creadores de obligaciones tanto para la administración como para los particulares y, por lo tanto, después de declarada la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985 conservan su validez y deben cumplirse, con sometimiento a las normas vigentes en el momento de su celebración.

"Lo mismo puede decirse de aquellos contratos que habiendo sido ya suscritos al dictarse la sentencia, se encontraban en vía de perfeccionamiento.

"Por otra parte, en aquellos casos en los cuales hubiera quedado en firme, antes de declararse la inexequibilidad, una resolución mediante la cual se otorgaba la concesión para prestar el servicio de televisión por suscripción y se ordenaba la celebración del contrato correspondiente, también se consolidó una situación jurídica individual y concreta mediante un acto administrativo perfectamente válido en aquel momento, el cual, en aplicación del principio de que la sentencia que declara la inexequibilidad no tiene efectos retroactivos, conserva su validez, obliga a la administración y se rige por las normas vigentes en el momento de su expedición; de manera que en tales casos deberá suscribirse el contrato que en la mencionada resolución se ordena celebrar; tal celebración viene a ser simplemente la ejecución de lo dispuesto en la resolución" (Anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1986, págs. 126 y 127).

5.- Siguiendo estas directrices que corresponden a los trazos centrales que la jurisprudencia nacional había decantado en el esfuerzo de construir, **por vía general**, una teoría relativa a los efectos de la inexequibilidad de las leyes, asunto de la mayor trascendencia para la seguridad jurídica de los asociados, para el caso que examina la Sala se tiene que la resolución de adjudicación que favoreció a la demandante es anterior a la declaración judicial de inexequibilidad; de allí que el Ministerio de Comunicaciones continuara con los trámites del contrato de concesión.

De otra parte, "el uso de las estaciones terrenas de recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de comunicaciones" estaba reglamentado -para la época en que se suscita la controversia-, por el Decreto 225 de 1989, cuya validez, no discutida, se fundó en el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política anterior y en el artículo 2o. del Decreto 129 de 1975.

Determina el mencionado reglamento, entre otras cosas:

"ARTICULO 1o. Para efectos del presente decreto, la estación terrena de recepción directa de señales de televisión se constituye por los siguientes equipos o elementos mínimos:

"1. Antena parabólica.

"2. Amplificador de bajo ruido (L.N.A), conversor-reductor de frecuencia (BDC) o amplificador conversor (L.N.C).

"3. Sistema de recepción de televisión.

"4. Sistema de control de antena".

"ARTICULO 2o. Las estaciones terrenas para recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de telecomunicaciones **para uso exclu-**

sivamente privado y de que trata el presente decreto, **requieren de registro ante el Ministerio de Comunicaciones, dentro de los 2 meses siguientes a la instalación".**

"..."

"ARTICULO 4o. **Sólo se permitirá la recepción para uso exclusivamente privado de señales de televisión recibidas por estaciones terrenas sin posibilidades de retransmitir o divulgar directamente o indirectamente a terceros no comercializar la señal.**

Podrán funcionar estaciones terrenas receptoras de señales de televisión conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, **en bienes inmuebles de propiedad unifamiliar de propiedad horizontal o en zonas comunales, para uso exclusivamente privado de sus propietarios".**

"..."

"ARTICULO 6o. Las personas naturales o jurídicas diferentes a las mencionadas en el artículo 4o. del presente decreto que proyecten instalar estaciones terrenas receptoras de señales de televisión provenientes de satélites de telecomunicaciones, **deberán presentar una solicitud para su aprobación ante el Ministerio de Comunicaciones especificando claramente la destinación que se le dé a la señal recibida".** (Las subrayas no son del texto legal).

El artículo 11 confía la vigilancia y control de las estaciones terrenas de recepción directa, al Ministerio de Comunicaciones y el 12 determina las sanciones para quien quebrante las disposiciones del decreto; son ellas: el decomiso de los equipos, la suspensión y la cancelación del registro.

Surge con claridad de la norma citada que "las estaciones terrenas de recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de comunicaciones", está permitida única y exclusivamente para uso privado, limitación que no cobija -como es obvio- a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción (parágrafo 3o., art. 4o.), que están autorizados para comercializar dicho servicio.

La situación no ha variado sustancialmente a la hora de hoy, según lo previene el artículo 17 del Decreto 1900 de 1990 que dispone:

"Para los efectos previstos en este decreto, tampoco forman parte de la red de telecomunicaciones del Estado, las redes físicas de distribución para uso particular asociadas a estaciones terrenas que estén destinadas exclusivamente a la recepción de señales incidentales de televisión transmitidas por satélite.

"La instalación de dichas estaciones y redes está sujeta a permiso del municipio respectivo. No se permitirá su operación comercial y su uso debe limitarse al disfrute privado del propietario o copropietario. Están sometidos a las regula-

ciones urbanísticas y de planeación que establezcan las autoridades municipales. En el evento en que se verifique el incumplimiento de las disposiciones contempladas en este artículo, deberá aplicarse lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989".

Esta restricción legal fue desbordada por el contrato No. 218 de 1989 que celebraron las Empresas Públicas de Pereira y ASA'S de Colombia Ltda.; en efecto, por medio de él se pretendió extender un servicio de naturaleza exclusivamente privada, por definición legal, a todo el conglomerado de la ciudad de Pereira; así se deduce de las cláusulas del contrato que se transcribieron antes, así como los actos que lo precedieron, pues en las palabras del gerente, el papel de las empresas "se limitaba" "a servir de medio para facilitar que un tercero" asumiera la distribución de la señal de televisión, de modo que "lo que están haciendo algunos edificios exclusivos, se haga a nivel de barrios"; es posible que tal medida resulte halagadora y hasta plausible desde el punto de vista de su conveniencia pero, en este caso, choca con la clara prohibición de la ley, circunstancia que, en la órbita administrativa, desencadena sanciones como la del decomiso de los equipos que adoptó el Ministerio de Comunicaciones, y, en sede jurisdiccional conduce a la declaración de la nulidad absoluta del contrato; esta última deducción toma asidero en normas tales como los artículos 1519 y 1523 del C.C., los literales b y c del artículo 78 del Decreto 222 de 1983, y el ordinal 2o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, en esta providencia se declarará la nulidad absoluta del mencionado contrato.

En cambio, la Sala se abstendrá de reconocer suma alguna por los perjuicios reclamados; esta determinación se cimenta, no en la distinción, tan mentada a lo largo del proceso, entre el servicio de televisión por suscripción y la recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de comunicaciones a través de estaciones terrenas (antenas parabólicas); sus diferencias aparecen claras y la ley se ha preocupado por asumirlas para regular de modo diverso su diferente naturaleza; sin embargo, si la recepción de señales de televisión por medio de las antenas parabólicas, se comercializa de modo general, vale decir, si se supera el ámbito estrictamente privado para el cual ha sido destinada para darle una cobertura general, en principio se podría pensar que tal actividad entra a competir (indebidamente, como se ha visto), con el servicio de televisión por suscripción y que, por consecuencia, este último puede sufrir un menoscabo en su explotación.

Con todo, esta sola hipótesis que bien puede servir de premisa general, no es suficiente para deducir la responsabilidad patrimonial del ente público que, con su conducta y con el contrato cuestionado, permitió la transgresión del ordenamiento legal; es menester que, además, se pruebe de modo suficiente la ocurrencia del daño, carga que la ley ha dejado en manos del actor, sin que, salvo muy contadas excepciones, sea dable acudir a presunciones que lo favorezcan.

En el presente caso obran en el expediente, con miras a esa demostración, los siguientes medios:

1.- Una evaluación de perjuicios elaborada por el actor, que constituye una simple apreciación suya sin eficacia probatoria alguna; está agregada al expediente en los folios 34 a 36 del primer cuaderno y, en ella, se estiman los perjuicios, en un total de $244.268.000.

2.- El testimonio de JOSE ALDENUS ANGEL LOPEZ, quien dice haber sido suscriptor de AVANTI LTDA., suscripción que abandonó porque le resultaba económicamente más cómodo, recibir la señal a través de las antenas parabólicas.

Este sería el único medio de prueba atendible; sin embargo, no se aporta en respaldo de su dicho ni el contrato de suscripción, ni los recibos de pago o algún documento de instalación del servicio... nada! todo lo cual, le resta fuerza de convicción y lo sitúa como un testimonio aislado cuya expresión no se robustece con ningún otro medio probatorio. (fl. 29 del C. 2).

3.- Unos cuadros estadísticos, que además aparecen graficados, sobre proyección de ingresos entre los meses de enero de 1988 y junio de 1990, y sobre devolución de decodificadores por los usuarios y decodificadores perdidos (fls. 96-98 del C. 2), elaborados por la empresa demandante, y, por ende, carentes de fuerza probatoria, pues su situación es idéntica a lo reseñado en el numeral 1.

4.- El concepto pericial que, sobre este particular, rindieron la economista BLANCA INES GONZALEZ HENAO y el ingeniero electricista JORGE EDUARDO CALLE TRUJILLO (fls. 99 - 106 del C. 2) y la aclaración a la experticia (fl. 247 del C. 3).

En él, resumen los daños que, a juicio de los expertos, sufrió la demandante, de la siguiente manera:

"EQUIPOS:	$34´500.000,oo
"DECODIFICADORES:	$12´795.595,70
"REDUCCION DE INGRESOS:	$38´555.499,38
"FABRICA:	$15´000.000,oo
"TOTAL DAÑO ESTIMADO:	$100´851.095,08"

(fl. 106 C.2)

La deducción -sostiene la experticia- se fundó en el "examen de los equipos instalados, oficinas, libros de contabilidad, locales y materiales de fábrica de la empresa AVANTI LTDA.".

Sin embargo, no hay documento alguno que respalde las premisas que soportaron sus conclusiones; lo único que se agregó a la ampliación del dictamen es la programación de AVANTI LTDA., en fotocopias (cuaderno 3), documentos que poco o nada aportan en orden a deducir la seriedad y solidez de los puntos de partida de los peritos.

ciones urbanísticas y de planeación que establezcan las autoridades municipales. En el evento en que se verifique el incumplimiento de las disposiciones contempladas en este artículo, deberá aplicarse lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989".

Esta restricción legal fue desbordada por el contrato No. 218 de 1989 que celebraron las Empresas Públicas de Pereira y ASA'S de Colombia Ltda.; en efecto, por medio de él se pretendió extender un servicio de naturaleza exclusivamente privada, por definición legal, a todo el conglomerado de la ciudad de Pereira; así se deduce de las cláusulas del contrato que se transcribieron antes, así como los actos que lo precedieron, pues en las palabras del gerente, el papel de las empresas "se limitaba" "a servir de medio para facilitar que un tercero" asumiera la distribución de la señal de televisión, de modo que "lo que están haciendo algunos edificios exclusivos, se haga a nivel de barrios"; es posible que tal medida resulte halagadora y hasta plausible desde el punto de vista de su conveniencia pero, en este caso, choca con la clara prohibición de la ley, circunstancia que, en la órbita administrativa, desencadena sanciones como la del decomiso de los equipos que adoptó el Ministerio de Comunicaciones, y, en sede jurisdiccional conduce a la declaración de la nulidad absoluta del contrato; esta última deducción toma asidero en normas tales como los artículos 1519 y 1523 del C.C., los literales b y c del artículo 78 del Decreto 222 de 1983, y el ordinal 2o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, en esta providencia se declarará la nulidad absoluta del mencionado contrato.

En cambio, la Sala se abstendrá de reconocer suma alguna por los perjuicios reclamados; esta determinación se cimenta, no en la distinción, tan mentada a lo largo del proceso, entre el servicio de televisión por suscripción y la recepción directa de señales de televisión provenientes de satélites de comunicaciones a través de estaciones terrenas (antenas parabólicas); sus diferencias aparecen claras y la ley se ha preocupado por asumirlas para regular de modo diverso su diferente naturaleza; sin embargo, si la recepción de señales de televisión por medio de las antenas parabólicas, se comercializa de modo general, vale decir, si se supera el ámbito estrictamente privado para el cual ha sido destinada para darle una cobertura general, en principio se podría pensar que tal actividad entra a competir (indebidamente, como se ha visto), con el servicio de televisión por suscripción y que, por consecuencia, este último puede sufrir un menoscabo en su explotación.

Con todo, esta sola hipótesis que bien puede servir de premisa general, no es suficiente para deducir la responsabilidad patrimonial del ente público que, con su conducta y con el contrato cuestionado, permitió la transgresión del ordenamiento legal; es menester que, además, se pruebe de modo suficiente la ocurrencia del daño, carga que la ley ha dejado en manos del actor, sin que, salvo muy contadas excepciones, sea dable acudir a presunciones que lo favorezcan.

En el presente caso obran en el expediente, con miras a esa demostración, los siguientes medios:

1.- Una evaluación de perjuicios elaborada por el actor, que constituye una simple apreciación suya sin eficacia probatoria alguna; está agregada al expediente en los folios 34 a 36 del primer cuaderno y, en ella, se estiman los perjuicios, en un total de $244.268.000.

2.- El testimonio de JOSE ALDENUS ANGEL LOPEZ, quien dice haber sido suscriptor de AVANTI LTDA., suscripción que abandonó porque le resultaba económicamente más cómodo, recibir la señal a través de las antenas parabólicas.

Este sería el único medio de prueba atendible; sin embargo, no se aporta en respaldo de su dicho ni el contrato de suscripción, ni los recibos de pago o algún documento de instalación del servicio... nada! todo lo cual, le resta fuerza de convicción y lo sitúa como un testimonio aislado cuya expresión no se robustece con ningún otro medio probatorio. (fl. 29 del C. 2).

3.- Unos cuadros estadísticos, que además aparecen graficados, sobre proyección de ingresos entre los meses de enero de 1988 y junio de 1990, y sobre devolución de decodificadores por los usuarios y decodificadores perdidos (fls. 96-98 del C. 2), elaborados por la empresa demandante, y, por ende, carentes de fuerza probatoria, pues su situación es idéntica a lo reseñado en el numeral 1.

4.- El concepto pericial que, sobre este particular, rindieron la economista BLANCA INES GONZALEZ HENAO y el ingeniero electricista JORGE EDUARDO CALLE TRUJILLO (fls. 99 - 106 del C. 2) y la aclaración a la experticia (fl. 247 del C. 3).

En él, resumen los daños que, a juicio de los expertos, sufrió la demandante, de la siguiente manera:

"EQUIPOS:	$34´500.000,oo
"DECODIFICADORES:	$12´795.595,70
"REDUCCION DE INGRESOS:	$38´555.499,38
"FABRICA:	$15´000.000,oo
"TOTAL DAÑO ESTIMADO:	$100´851.095,08"

(fl. 106 C.2)

La deducción -sostiene la experticia- se fundó en el "examen de los equipos instalados, oficinas, libros de contabilidad, locales y materiales de fábrica de la empresa AVANTI LTDA.".

Sin embargo, no hay documento alguno que respalde las premisas que soportaron sus conclusiones; lo único que se agregó a la ampliación del dictamen es la programación de AVANTI LTDA., en fotocopias (cuaderno 3), documentos que poco o nada aportan en orden a deducir la seriedad y solidez de los puntos de partida de los peritos.

Se dice, por ejemplo que los equipos con los cuales AVANTI LTDA. prestaba el servicio, se habían adquirido por el sistema de Leasing y que cancelaba, por ellos, un canon mensual de $400.000.oo; nada respalda esta afirmación. Se dice también por los expertos que, de acuerdo con el contrato de suscripción que AVANTI LTDA. celebraba con los usuarios (se anuncia una fotocopia que no está agregada al expediente), los decodificadores eran de propiedad de la empresa, lo cual indica que correspondía a ésta adelantar las acciones pertinentes en orden a su recuperación.

En fin, la totalidad de los rubros en que se descompone el perjuicio, según los peritos, se deducen luego de un discurso que no permite comprobación alguna. En esas circunstancias, forzoso es concluir que el dictamen no cumple con la exigencia legal prevista en el No. 6 del artículo 237 del C. de P. C., a saber: "El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones", y, por lo mismo, dando aplicación al artículo 241 del código citado, el sentenciador no puede atribuirle eficacia probatoria.

En mérito de lo expuesto el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFICASE la sentencia apelada, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad absoluta del contrato No. 218 del 10 de agosto de 1989, celebrado entre las Empresas Públicas Municipales de Pereira y la firma ASA'S DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES/ PERSONA NATURAL/CONTRATACION DIRECTA/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

> **Se podrá contratar directamente en los eventos de menor cuantía o cuando se requiera de "la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas". El artículo 32, del estatuto contractual, en lista,"a título enunciativo", los contratos que puedan celebrar las entidades estatales, y en su numeral 3o., define que se entiende por contrato de prestación de servicios, así: "... los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., agosto doce de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9840. Actor: Rafael Avendaño Morales.

El abogado RAFAEL AVENDAÑO MORALES, obrando en su nombre propio, demandó a la Nación Colombiana - Ministerio de Gobierno, Ministerio de Defensa, Ministerio de Salud y Ministerio de Transporte, en ejercicio de la acción consagrada en

el artículo 84 del C.C.A., en cuyo desarrollo solicita se declare la nulidad, por inconstitucional e ilegal, del art. 9o. del Decreto 855 del 28 de abril de 1994 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa", expedido por el Presidente de la República.

La demanda por reunir los requisitos legales deberá ser admitida.

El Demandante, en escrito separado, solicita se decrete la suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en el art. 238 de la C.N. y en el art. 152 del C.C.A., petición que se expresa en estos términos:

> "Con el propósito de hacer gráfica la violación de la norma acusada voy a exponer en el sistema de doble columna la parte del texto de la Ley 80 de 1993 y en la parte del texto del Decreto Reglamentario No. 855, para que se pueda apreciar la flagrante contradicción entre uno y otro, que amerita su suspensión provisional:

"Ley 80 de 1993

"El artículo 24, numeral 1o., literales a) y d) de la Ley 80 de 1993 dispuso:

"Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, salvo en los siguientes casos **en los que se podrá contratar directamente:**

"a. Menor cuantía...

.....

"d. Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas".

"DECRETO 855 DE 1994

"El artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 855 de 1994 estableció:

""En desarrollo de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas podrán emplear **intermediarios de seguros,** los cuales, **cuando no impliquen erogación** a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario, **se seleccionarán mediante concurso**, que se convocará por medio de invitación pública formulada a través de periódicos de amplia circulación nacional o regional, de acuerdo con el nivel de la entidad.

"En la invitación se fijarán los criterios de selección del intermediario de acuerdo con los principios señalados en la Ley 80 de 1993, tomando en cuenta la capacidad técnica y patrimonial, la idoneidad y la infraestructura operativa que coloque a disposición de la entidad contratante.

"Se podrá omitir el procedimiento previsto en este artículo cuando el intermediario sólo vaya a intervenir en la contratación de seguros para los cuales se pueda prescindir de la licitación".

"La intermediación de seguros es un contrato de prestación de servicios profesionales, y esta clase de contratos, conforme a la misma ley, **pueden** contratarse directamente.

"Sin embargo, al ejercer la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional estableció que "**los intermediarios de seguros... se seleccionarán mediante concurso**", con lo cual violó la ley, ya que ésta permitía la contratación directa y el reglamento hizo obligatorio el concurso, haciendo más restrictivo el sistema de contratación de los corredores de seguros.

"En otras palabras, el contrato de corretaje de seguros es un típico contrato de prestación de servicios profesionales y es además gratuito para el asegurado por disposición del Código de Comercio (art. 1341).

"Estas dos características permiten, conforme a la Ley 80 de 1993, que sea posible su contratación directa, es decir, que la entidad estatal pueda optar entre realizar el concurso público o contratar directamente el intermediario.

"Sin embargo, el Decreto No. 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80, dispuso que las entidades estatales "seleccionarán" por concurso público a los intermediarios de sus pólizas de seguros.

"Es decir que en tanto que la ley da la posibilidad de la contratación directa, el reglamento de la misma ley obliga al concurso público.

"Esta flagrante violación de la ley amerita, como lo estoy solicitando en este suscrito, la suspensión provisional de la norma acusada, esto es, el artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 855 de 1994". (fls. 15, 16 y 17 del C. Principal).

LA SALA CONSIDERA

El actor pretende que se deje sin efectos la disposición consagrada en el artículo 9o. del Decreto 855 de 1994 que, según él, viola el artículo 24, numeral 1o., literales a) y d) de la Ley 80 de 1993.

Dispone la norma acusada que "las entidades públicas podrán emplear intermediarios de seguros, los cuales, cuando no impliquen erogación a cargo de la entidad estatal y a favor del intermediario se seleccionarán mediante concurso, que se convocará por medio de invitación pública formulada a través de periódicos de amplia circulación nacional o regional, de acuerdo con el nivel de la entidad".

La norma superior que supuestamente ha sido transgredida prevee, de acuerdo con el principio de transparencia consagrado en la misma disposición que la entidad estatal, cuando requiera de la celebración de un contrato, debe escoger, en forma objetiva, al

contratista, escogencia que se hará a través de licitación o concursos públicos, como regla general; sin embargo, se podrá contratar directamente en los eventos de menor cuantía (literal a), o cuando se requiera de "la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas". (literal d.).

El artículo 32, del estatuto contractual, en lista, "a título enunciativo", los contratos que pueden celebrar las entidades estatales, y en su numeral 3o., define que se entiende por contrato de prestación de servicios, así: "... los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados".

Con este panorama normativo no es posible, deducir en forma sencilla y *ab initio*, si la disposición acusada viola la norma reglamentada; es decir que el contrato que se celebra con los intermediarios de seguros corresponde a uno de los de prestación de servicios profesionales atendidas las definiciones de la ley, será un juicio que requiere de mayor estudio y análisis, pues será menester, por ejemplo, determinar si la intermediación de seguros es un contrato de los que se enuncian en el estatuto de contratación, o, si más bien, se asimila al contrato de corretaje regulado por el art. 1340 del Código de Comercio.

Por consiguiente, de existir la violación alegada por el actor, ésta no es palmaria, pues su deducción requiere de un razonamiento más profundo, tarea que se abordará y decidirá en la sentencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: Admítese la presente demanda.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente, al señor Ministro de Gobierno, de Defensa Nacional, de Salud y Transporte.

TERCERO: Notifíquese al Agente del Ministerio Público.

CUARTO: Fíjese el proceso en lista, por el término legal.

QUINTO: Solicítense al Ministerio de Gobierno los antecedentes administrativos que motivaron la expedición del Decreto 855 de 28 de abril de 1994.

SEXTO: Niégase la suspensión provisional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ACTO CONTRACTUAL-Inexistencia/ACCION CONTRACTUAL-Improcedencia/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO /CADUCIDAD

Se trata de definir la legalidad de unos actos administrativos que si bien guardan alguna relación con los contratos referidos, de todas formas fueron posteriores a su ejecución y liquidación. Surgieron a la vida jurídica cuando los contratos ya habían perdido su vigencia y, consecuencialmente, no hay lugar a considerarlos como actos contractuales. En tales condiciones, la acción contractual prevista en el artículo 87 no resulta, en el *sub-júdice*, la vía procesal más adecuada para demandarlos. Por la naturaleza de las resoluciones acusadas, las cuales, como se señaló, si bien guardan relación con los contratos mencionados, fueron proferidas con posterioridad a la finalización y liquidación de los mismos y, por consiguiente, por fuera de su vigencia, estima la Sala que la acción procedente a ejercitar contra tales actos de la Administración era la de nulidad con restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 85 del C.C.A. En este orden de ideas, si la acción adecuada para acatar las resoluciones ya referidas era la consagrada en el artículo 85 del C.C.A., cuyo término de caducidad de acuerdo con el artículo 136 del ordenamiento citado, es de cuatro meses, resulta claro que entre las resoluciones expedidas y notificadas el 13 de febrero de 1990, y la presentación de la demanda, transcurrió un lapso ampliamente superior a los cuatro meses, de donde resulta suficientemente probada la excepción de caducidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto diecinueve de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9233. Actor: SOCIEDADES CAMP & PEREA LTDA. y SEGUROS UNIVERSAL S.A.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 6 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso **"Declarar probada la excepción de CADUCIDAD DE LA ACCION** propuesta por el apoderado judicial de la parte demandada ...", y además, se declaró inhibido para fallar el mérito del litigio.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda.

Las sociedades Camp & Perea Ltda. y Seguros Universal S.A., en escrito presentado el 14 de enero de 1991 ante el Tribunal Administrativo de Santander, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción contractual, formularon demanda contra el Instituto de Crédito Territorial, para que se declarara la nulidad de las siguientes resoluciones:

a) Resolución No. 5442 de 21 de noviembre de 1989, expedida por el Gerente General del Instituto de Crédito Territorial, por la cual se declaró causado un siniestro relacionado con el Contrato Cofinanciado PC-020/83, y las resoluciones Nos. 0327 de 6 de febrero de 1990 y 0500 de 13 de febrero de 1990, expedidas por el mismo funcionario, mediante las cuales se confirmó la resolución No. 5442 antes nombrada.

b) Resolución No. 5443 de 21 de noviembre de 1989, expedida por el Gerente General del Instituto de Crédito Territorial, por la cual se declaró causado un siniestro relacionado con el Contrato Cofinanciado PC- 199/83, y las resoluciones números 0328 de 6 de febrero de 1990 y 0499 de 13 de febrero de 1990, expedidas por el mismo funcionario, mediante las cuales se confirmó la resolución No. 5443 antes mencionada.

Como consecuencia de lo anterior solicitan que se declare que el Instituto de Crédito Territorial "en un procedimiento equivocado incurrió en responsabilidad con respecto a los contratos de asociación que celebró con Camp y Perea Ltda., PC-020/83 JUR y PC- 199/83 JUR, para confinanciación y construcción de viviendas bifamiliares básicas en la Urbanización El Regadero de Bucaramanga, programa Villa Helena, Primera y Segunda Etapas".

Consecuencialmente también piden que se declare que las firmas demandantes no están obligadas "a cumplir las resoluciones declaradas nulas y que, en caso de que se hubiesen visto forzados a cumplirlas, se ordene la devolución de las cantidades de dinero entregadas forzosamente, junto con intereses moratorios desde la fecha de la

entrega hasta cuando la devolución se realice. En subsidio, con corrección monetaria e intereses bancarios corrientes. Igualmente que se levante cualquier sanción o veto impuesto con ocasión de las resoluciones declaradas nulas", y, por último, que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Fundamentos de hecho.

Los referidos en la demanda pueden resumirse así:

Entre Camp & Perea Limitada y el Instituto de Crédito Territorial, se celebraron los contratos de asociación PC-020/83 JUR y PC-199/83 JUR, para confinanciar y construir unas viviendas bifamiliares básicas en la Urbanización El Regadero de Bucaramanga, Programa Villa Helena Primera y Segunda Etapas, contrato que fue estrictamente cumplido por la Sociedad Camp & Perea Ltda. y garantizó la estabilidad de las obras ejecutadas por medio de la Póliza No. 20.223, expedida por Seguros Universal S.A., por valor de $11.658.403.90, con vigencia desde el 22 de noviembre de 1984 hasta el 22 de noviembre de 1989, respecto del Contrato PC-020/83 JUR; y, mediante la Póliza No. 20.221 expedida por la misma aseguradora, por valor de $7.029.567 ,75, con vigencia desde el 4 de diciembre de 1984 hasta el 4 de diciembre de 1989.

El Instituto de Crédito Territorial se comprometió el 9 de abril de 1986, a aportar $12.000.000.oo para contratar las obras necesarias que afecten la estabilidad de las viviendas.

En memorandos relacionados con la Urbanización Villa Helena, el Instituto demandado manifestó que como la falla principal radicaba en que el terreno no era apto para construir viviendas y no se habían solicitado estudios de suelos para la construcción de las mismas, en vista de que se trataba de un riesgo no amparado, no debía aplicarse la Póliza de Estabilidad a la firma Camp & Perea Ltda. (19 de noviembre de 1987). Luego, el 23 de noviembre de 1987, se consideró que "... por no haberse exigido Estudio de Suelos al Contratista, esta División recomienda que no se le debe aplicar la Póliza de Garantía por estabilidad a la firma Camp & Perea".

El Gerente General del Instituto de Crédito Territorial expidió las resoluciones Nos. 5442 de 21 de noviembre de 1989, notificada personalmente a la firma Seguros Universal S.A., el 6 de diciembre de 1989 y a Camp & Perea Ltda., el 1o. de diciembre del mismo año; y la 5443 también del 21 de noviembre de 1989, notificada igualmente el 6 de diciembre del mismo año a Seguros Universal S.A., y el 1o. del mismo mes a Camp & Perea Ltda., mediante las cuales declaró causado el siniestro respecto de cada uno de los contratos celebrados, los cuales se encontraban amparados con las pólizas antes relacionadas.

Contra cada una de tales resoluciones, tanto la firma Camp & Perea Ltda., como Seguros Universal S.A., interpusieron por separado recursos de reposición, los cuales

fueron desatados en contra de los recurrentes, mediante las resoluciones de la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial Nos. 0327 y 0328, ambas de 6 de febrero de 1990; 0499 y 0500 de 13 de febrero de 1990, las dos de la misma fecha.

Así mismo se solicitó en la demanda la suspensión provisional de los actos acusados, primero, por ser violatorios del artículo 84 del C.C.A., en cuanto ninguno de aquellos invoca disposición legal alguna para fundamentarlos; segundo, por vulnerar el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto no existe norma legal alguna que instituya al Instituto de Crédito Territorial, ni a la Administración Central, ni a ningún ente descentralizado como "Tribunal competente" para juzgar y condenar a sus contratistas en los contratos de derecho privado.

3. Fundamentos de derecho.

La parte actora fundamenta su demanda en los artículos: 1o. al 3o. de la Ley 19 de 1982; 20, 26, 55, 58 y 63 de la Constitución Política; 84 del C.C.A.; 1501, 1546, 1602, 1603 y 2366 del Código Civil; y, 871 y 1047, ordinal 6o. del Código de Comercio.

Plantea el apoderado de la parte actora que conforme a la jurisprudencia de la Corporación, "los contratos cofinanciados que celebra el Instituto de Crédito Territorial no son contratos administrativos (porque su enumeración es taxativa), sino de derecho privado de la Administración. Por consiguiente, siendo los contratos celebrados entre Camp & Perea Ltda. y el Inscredial, de derecho privado, la Administración no tendría la facultad exorbitante que pretende arrogarse al dictar las resoluciones impugnadas, consistente en establecer *per se* una responsabilidad contractual, eliminar un proceso para establecer el daño, la causa, la relación de causalidad entre la causa y el daño, y el valor del perjuicio".

4. Actuación procesal.

El Instituto de Crédito Territorial, hoy Inurbe, dio respuesta a la demanda y adujo como medios defensivos los siguientes:

a) "Improcedencia de la acción relativa a contratos, o actual controversia contractual", derivada de que los actos administrativos acusados, constituyen actos administrativos autónomos e independientes, relacionados con los contratos, pero que fueron expedidos con posterioridad a su liquidación. En tales condiciones estima que la acción contractual no es la procedente, sino que ha debido ejercitar la de nulidad y restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A.

b) "Improcedencia de la suspensión provisional", por cuanto no se da la violación de una norma superior, o por lo menos no aparece en forma clara tal violación, dado que la Administración actuó en ejercicio de una facultad legal y contractual, a más de que la declaratoria del siniestro está consagrada como una facultad de la Administración, sin que ello signifique que se arrogue la facultad del juzgador.

c) "Caducidad de la acción", medio exceptivo que lo deduce de que la acción contractual no era la procedente, sino que ha debido ejercitarse la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de cuatro meses y como entre la notificación de los actos acusados y la presentación de la demanda transcurrió un lapso superior a aquél, concluye que la acción ya había caducado.

Dentro del término para alegar de conclusión las partes guardaron silencio. El Procurador 17 en lo Judicial conceptuó negativamente a las súplicas de la demanda. Encontró que la acción procedente sí era la contractual "toda vez que pese a motivarse en la censura de actos administrativos producidos tiempo después de la liquidación de los respectivos contratos, necesariamente comportan un ligamen estrechísimo con la relación contractual, al punto que de no haber existido aquellos no habrían surgido éstos ...". De otra parte consideró que los contratos entre el Instituto de Crédito Territorial y la sociedad Camp & Perea Ltda., son de carácter administrativo. Concluye, entonces, que las resoluciones demandadas "están legalmente fundadas pues proceden del poder excepcional del organismo estatal que las produjo, la nulidad y demás pretensiones incoadas habrán de ser negadas".

5. La sentencia apelada.

Consideró el Tribunal que en el *sub-júdice* había lugar a declarar la caducidad de la acción, dado que "todas y cada una de las resoluciones impugnadas por vía de anulación, expedidas mucho tiempo después de haberse finiquitado los contratos tantas veces mencionados celebrados entre Camp & Perea Ltda. con el Instituto de Crédito Territorial, son actos administrativos autónomos e independientes y por tanto han debido ser demandados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del art. 85 del C.C.A., la que a voces del art. 136 *ibídem* caduca en el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del último acto demandado para este caso concreto".

Al confrontar las fechas de notificación de las resoluciones acusadas con la de la presentación de la demanda, concluye que ésta fue extemporánea, "... fuera del lapso *in tempore* que señala el art. 136 del C.C.A., por tanto, la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación está llamada a prosperar y así se declarará sin necesidad de entrar a analizar en el fondo el litigio, ya que la caducidad es un presupuesto de procedibilidad de la acción administrativa que impide desatar el mérito de la *litis* y que conduce a la inhibición".

6. Razones de la apelación.

La parte actora apeló de la anterior decisión y fundamentó su inconformidad en que la acción procedente era la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho como lo determinó el Tribunal. Considera que fue una errónea interpretación resultante de los distintos cambios legales que sobre el particular se han presentado, entre ellos, los Decretos 01 de 1984 y 2304 de 1989, y la Ley 80 de 1993, así como de la

jurisprudencia colombiana al tratar de adaptarse a la teoría francesa de los actos separables e inseparables del contrato, hasta el punto de que contradictoriamente "la jurisprudencia y la doctrina en algunos casos hubieran exigido que actos administrativos cuya naturaleza como separables era discutible, fuesen demandados por la vía de la acción contractual y en otros casos por la vía de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho", diferencia que se justificaba antes del Decreto 2304 de 1989 cuando las dos acciones tenían un procedimiento diferente y la contractual se tramitaba por ritos distintos al ordinario, situación que fue derogada antes de producirse los actos administrativos demandados, pues cuando éstos fueron expedidos, todas las acciones, ya se tratara de actos separables o no, se tramitaban por el procedimiento ordinario.

De otra parte, aduce la recurrente que con la liquidación del contrato no concluyen las obligaciones del contratista, ni del contratante, por cuanto uno y otro deben atender las obligaciones contractuales, tales como las de garantizar la estabilidad de los trabajos durante un período siguiente a su terminación, si es el contratista, o bien, si es el contratante, atender al pago de las sumas adeudadas a aquél y que constan en el acto de liquidación. Así mismo aduce la impugnante que la Ley 80 de 1993, en el artículo 77 determina que sólo la actuación contra el acto de adjudicación se enerva por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y que los actos administrativos producidos "con motivo u ocasión de la actividad contractual" son susceptibles del ejercicio de la acción contractual.

Para concluir, se sostiene en la impugnación, que el criterio del demandante fue acertado desde un comienzo, por cuanto la caducidad declarada en la sentencia resulta inoponible a la acción contractual en donde dicho término es de dos años contados a partir del hecho que sirve de fundamento a las pretensiones.

Al alegar de conclusión, la parte recurrente asimila el caso examinado a la declaratoria de una caducidad extemporánea, por cuanto estima que es inadmisible hacer efectiva una póliza de seguro luego de extinguido el período de garantía. De otra parte, argumenta que las deficiencias de las construcciones provinieron de las características de los terrenos aportados por el Instituto de Crédito Territorial respecto de los cuales ninguna participación tuvo la firma contratista.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala definir en el caso bajo estudio, si era procedente la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., o, por el contrario, si la que procedía era la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del mismo ordenamiento, para solicitar la nulidad de las resoluciones expedidas por la Gerencia General del Instituto de Crédito Territorial en virtud de las cuales se declaró causado un siniestro con relación a los contratos celebrados con la firma Camp & Perea Ltda., correspondientes a los números PC-020/83 JUR y PC-199/83 JUR, y para que, consecuencialmente, se declarara que las empresas demandantes no estaban obligadas a

cumplir tales resoluciones o, si ya las hubieren cumplido, se ordenara la devolución de los dineros entregados, junto con los intereses moratorios.

Para el juzgador de primera instancia, la vía procesal acertada era la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad es de cuatro meses y en tal sentido declaró probada la excepción propuesta.Las razones que tuvo el *a-quo* para arribar a tal decisión son compartidas por la Sala y, consecuentemente, habrá de confirmar el fallo apelado.

Del examen del proceso deduce la Sala que la firma demandante Camp & Perea Ltda., en su calidad de contratista, entre noviembre y diciembre de 1984, hizo entrega al Instituto de Crédito Territorial de 254 y 532 soluciones de vivienda, según consta en las documentales visibles a folios 32, 33, 37, 38, 53, 54, 59 y 60 del expediente, contentivas de las actas de terminación de obras y de liquidación de los respectivos contratos, en donde, además, se consigna que el contratista "entrega la totalidad de las obras de construcción y urbanismo al Instituto de Crédito Territorial mediante Actas de entrega parciales ...", manifestándose textualmente que "El cofinanciador ha dado cumplimiento a todas las obligaciones adquiridas...".

No obstante, casi cinco años después de ejecutados y liquidados los contratos mencionados, el Instituto de Crédito Territorial, profiere los actos administrativos acusados, para declarar la ocurrencia de un siniestro en cada caso y, como consecuencia, hacer efectivas las pólizas de estabilidad de la obra que se habían tomado a la compañía Seguros Universal S. A.

Se trata, pues, de definir la legalidad de unos actos administrativos que si bien guardan alguna relación con los contratos referidos, de todas formas fueron posteriores a su ejecución y liquidación. Surgieron a la vida jurídica cuando los contratos ya habían perdido su vigencia y, consecuencialmente, no hay lugar a considerarlos como actos contractuales. En tales condiciones, la acción contractual prevista en el artículo 87 no resulta, en el *sub-júdice,* la vía procesal más adecuada para demandarlos.

Por la naturaleza de las resoluciones acusadas, las cuales, como se señaló, si bien guardan relación con los contratos mencionados, fueron proferidas con posterioridad a la finalización y liquidación de los mismos y, por consiguiente, por fuera de su vigencia, estima la Sala que la acción procedente a ejercitar contra tales actos de la administración era la de nulidad con restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 85 del C. C. A.

En este orden de ideas, si la acción adecuada para atacar las resoluciones ya referidas era la consagrada en el artículo 85 del C. C. A., cuyo término de caducidad de acuerdo con el artículo 136 del ordenamiento citado, es de cuatro meses, resulta claro que entre las resoluciones números 0499 y 0500 expedidas y notificadas el 13 de febrero de 1990, y la presentación de la demanda, cumplida el 14 de enero de 1991, transcurrió un lapso ampliamente superior a los cuatro meses, de donde resulta suficientemente probada la excepción de caducidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia recurrida, esto es, la de 6 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto declaró probada la caducidad de la acción, y SE REVOCA con respecto a la decisión inhibitoria para hacer un pronunciamiento de mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/INDEMNIZACION A *FORFAIT*-Compatibilidad.

En tratándose de indemnizaciones resultantes de fallas del servicio, hay lugar al reconocimiento y pago no sólo de los valores derivados de la relación laboral-prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin hacer descuento alguno entre las sumas reconocidas, las cuales, por el contrario, pueden acumularse. Se ha tomado como razón diferencial entre uno y otro reconocimiento, el origen de cada uno, de orden laboral el pensional, en tanto que el indemnizatorio proviene daño ocasionado. De otra parte, también se ha considerado que descontar el valor de las pensiones no resulta equitativo, por cuanto con ello saldría beneficiada la administración responsable, la que al efectuar el pago que las leyes laborales le imponen, viene a quedar eximida, en todo en parte, de la obligación indemnizatoria del daño ocasionado por la acción u omisión en que haya incurrido.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/ FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA PUBLICA/DERECHO DE GENTES/DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/OPERATIVO MILITAR

En el *sub-júdice* sí se presentó una falla del servicio por la parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Hubo falla del servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas

contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de Justicia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente. Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular. La vigilancia incrementada por la visita del Presidente de Francia desapareció cuando el mismo salió de Colombia. Ni la Policía Nacional, ni el DAS, ni el Ejército, prestaron custodia alguna para el día de la toma del Palacio, y ello a pesar de que se trataba de una toma anunciada, como la calificaron distintos personajes del propio Gobierno. En verdad resulta de difícil comprensión para la Sala la actitud en extremo negligente, imprevisiva y desde luego culposa de las autoridades de la República para dejar en la más aterradora desprotección a Consejeros, Magistrados y personal que laboraba en el Palacio de Justicia, a la buena de Dios y con el único respaldo de una exigua vigilancia particular, carente de experiencia y de los medios necesarios para enfrentarse a un enemigo audaz, osado y peligroso, el que venía amenazando de muerte a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que había anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que había sido objeto de comentarios en la reunión del Consejo Nacional de Seguridad, organismo de donde surgió la determinación de brindar una especial protección a los referidos funcionarios judiciales y establecimiento de labores. El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión. Pero no sólo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto diecinueve de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9276. Actor: Susana Becerra de Medellín y otros. Demandado:Nación-Mingobiemo-Mindefensa-Minjusticia-Polinal-DAS y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Corresponde a la Sala decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 7 de octubre de 1992, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Niéganse las pretensiones de la demanda con relación al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

"SEGUNDO: Declárase a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa Nacional- administrativamente responsable por los perjuicios morales causados a SUSANA BECERRA DE MEDELLIN, CARLOS EDUARDO, JORGE ALEJANDRO, ANGELA CONSUELO y SILVIA MEDELLIN BECERRA y por los perjuicios materiales ocasionados a SUSANA BECERRA DE MEDELLIN y a SILVIA MIEDELLIN BECERRA como consecuencia de la muerte del Doctor Carlos Medellín Forero, hecho ocurrido durante los luctuosos acontecimientos del Palacio de Justicia de los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

"TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa Nacional- a reconocer y a pagar, a título de indemnización por perjuicios morales subjetivos, a SUSANA BECERRA DE MEDELLIN, CARLOS EDUARDO, JORGE ALEJANDRO, ANGELA CONSUELO y SILVIA MEDELLIN BECERRA, el valor en pesos colombianos, según Certificación del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de mil (1.000) gramos oro puro, para cada uno de ellos.

"CUARTO: Condénase a la NACION COLOMBIANA -Ministerio de Defensa Nacional- a reconocer y a pagar a SUSANA BECERRA DE MEDELLIN, a título de indemnización por perjuicios materiales el valor de SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA CENTAVOS ($7.582.893.90) resultante de la operación matemática de suma de las liquidaciones debida o consolidada y futura, el cual se actualizará conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

"SEXTO: Las sumas liquidadas ganarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y comerciales moratorios desde el vencimiento de este término y hasta su cancelación.

"SEPTIMO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"OCTAVO: Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el superior" (folios 535 y 536).

I. ANTECEDENTES PROCESALES.

lo.- La demanda.

Los señores Susana Becerra de Medellín, Carlos Eduardo, Jorge Alejandro, Angela Consuelo y Silvia Medellín Becerra, mediante escrito presentado el 21 de oc-

tubre de 1987 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, formularon demanda contra la Nación -Ministerio de Gobierno-Ministerio de Defensa-Ministerio de Justicia-Policía Nacional-Departamento Administrativo de Seguridad DAS y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, para que hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera: La NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS) y el FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, son solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios causados a doña SUSANA BECERRA DE MEDELLIN, CARLOS EDUARDO MEDELLIN BECERRA, JORGE ALEJANDRO MEDELLIN BECERRA, ANGELA CONSUELO MEDELLIN BECERRA Y SILVIA MEDELLIN BECERRA con la muerte del Doctor Carlos Medellín Forero, Magistrado de la Corte Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sucedida los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá, durante el "HOLOCAUSTO" del Palacio de Justicia.

"Segunda: Condénase a la NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-) y al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a indemnizar y pagar solidariamente a doña SUSANA BECERRA DE MEDELLIN, CARLOS EDUARDO MEDELLIN BECERRA, JORGE ALEJANDRO MEDELLIN BECERRA, ANGELA CONSUELO MEDELLIN BECERRA y SILVIA MEDELLIN BECERRA, la totalidad de los daños y perjuicios materiales, incluídos daño emergente y lucro cesante, causados por la muerte del Dr. CARLOS MEDELLIN FORERO, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en proceso debidamente reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

"Dentro de los daños y perjuicios materiales, se incluirá:

"1. El valor de la frustración o privación de la ayuda económica que venían recibiendo e iban a recibir de su esposo y padre, de no haber sucedido su muerte;

"2. El valor de los restantes ingresos íntegros que el doctor CARLOS MEDELLIN FORERO, hubiera percibido durante el tiempo restante de supervivencia probable, que usaría, como efecto lo hizo en vida, en el mejor establecimiento de su familia, esposa e hijos demandantes.

"En el lucro cesante se incluirán los intereses compensatorios del capital representativo de la indemnización (compensación por falta de uso principal) que, según el artículo 1615 del Código Civil, se les está debiendo desde el 7 de noviembre de 1985, y se pagarán junto con aquél en pesos de valor constante.

"Tercera: Condénase a la NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS), y al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar solidariamente a cada uno de los demandantes, los daños y perjuicios morales, con el equivalente en pesos de valor constante, del mayor valor establecido en la ley vigente al tiempo de la sentencia.

"Más, **en subsidio**, con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de lo que valgan mil gramos oro fino para cada demandante, o de la suma mayor que se establezca y resulte de las bases del proceso.

"Cuarta: Condénase a la NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS), y al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar solidariamente a cada uno de los demandantes, el valor de los daños y perjuicios causados a su **vida de relación y a sus condiciones materiales de existencia**, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en proceso, debidamente reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga, cuyo pago se hará en pesos de valor constante.

"Pero, **en subsidio**, de la cuantificación matemática en proceso del valor de estos perjuicios, solicito por razones de equidad, se dé aplicación a los artículos 8o.de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal, y se indemnicen con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de lo que valgan cuatro mil gramos oro fino para cada demandante, cuyo pago, se hará en pesos de valor constante.

"Quinta: Condénase a la NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS), y al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar solidariamente a los demandantes, el valor de lo que cueste el pleito, incluyendo lo que deben pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijándose su monto, dándole aplicación a la tarifa de la Corporación Nacional de Abogados -Conalbos -, para esta clase de pleitos, cuota *litis*.

"Más, **en subsidio**, el pago se hará al tenor de los arts.8o.de la Ley 153 de 1887 y 164 del Código de Procedimiento Civil, con base en los cuales por equidad, se fijará su valor.

"Sexta: Condénase a la NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS) y al FONDO ROTATORIO DEL MINIS-

TERIO DE JUSTICIA, al resarcimiento y pago solidario de cada uno de los demandantes, de los daños y perjuicios que se les causaron, incluyendo los relativos a los bienes de su personalidad y los de contragolpe o rebote, de conformidad con lo que se pruebe y resulte de las bases del proceso, y en la cuantía que se acredite, debidamente reajustada en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga.

"Séptima: Reconózcanse intereses aumentados con la variación promedio mensual del Indice de Precios al Consumidor, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cumplimiento por el pago total.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"Octava: La NACION (Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Departamento Administrativo de Seguridad DAS) y FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, cumplirán la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

"Novena: **Adóptense las demás determinaciones ordenadas por la Constitución Política y las leyes"** (folios 4 a 9).

2o. Fundamentos de hecho

Los relacionados en la demanda, se reducen, en síntesis a los siguientes:

1. En el año de 1985 la situación de orden público se hallaba complicada y se daba una permanente sensación de peligro e inseguridad para la ciudadanía. Los Magistrados de la Corte habían sido amenazados por razón de la decisión que les correspondía tomar en relación con el Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos.

2. El Ministro de Justicia, el Consejo Nacional de Seguridad, el Ministro de Defensa y otras autoridades eran conocedoras de las amenazas existentes contra los Magistrados de la Corte. El General Vega Uribe recibió un anónimo donde se le advertía de la pretendida toma del Palacio de Justicia de Bogotá por parte del M-19. La prensa nacional difundió el aviso de ocupación y el 23 de octubre de 1985, el M-19 hace llegar a una emisora un comunicado donde avisa que llevaría a cabo un acto de tanta trascendencia "que el mundo quedaría sorprendido".

3. El Gobierno dispuso entonces medidas personales de seguridad para los magistrados, realizó un estudio de seguridad del Palacio de Justicia y dispuso una mayor seguridad interior, servicio que se prestó hasta el 25 de octubre de 1985.

4. A pesar de la delicada situación de orden público, de las amenazas, del anuncio de la toma del Palacio y de su conocimiento por parte del Gobierno, para el 6 de noviembre de 1985 la edificación se encontraba sin protección y se hallaba "bajo

custodia y protección de celadores particulares inadecuadamente armados y, por lo mismo, en incapacidad material de prestar el servicio", pues la fuerza pública había sido retirada. En esas condiciones, el M-19 pudo tomarse fácilmente el Palacio de Justicia en desarrollo de un plan respecto del cual las autoridades ninguna atención prestaron.

5. El personal de vigilancia particular no tenía por misión la protección del edificio, de los Magistrados ni de los Consejeros, frente a una toma guerrillera, ni estaban preparados o equipados para ello. No se justificó ni se explicó el retiro de la fuerza pública que custodiaba el Palacio.

6. No se trazó un plan para rescatar sanos y salvos a los rehenes, las actuaciones fueron improvisadas y desordenadas, y se utilizó un armamento desproporcionado y de grave riesgo para quienes no estaban en la contienda.

7. El Gobierno no atendió los llamados del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Alfonso Reyes Echandía. Las autoridades no observaron la más mínima precaución para conseguir el rescate y sólo se quería "demostrar el poder de la fuerza bruta".

8. La Nación y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, son responsables del Holocausto Sangriento, por omisión del deber - poder de seguridad y protección de la vida y por acción irresponsable y brutal de las fuerzas del orden.

9.El doctor Carlos Medellín Forero era poseedor de una admirable y brillante hoja de vida,erudito en las letras, las artes y la música, eminente educador, reconocido jurista y autor de varias obras científicas, miembro de diversas organizaciones culturales y profesionales, profesor y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

10. Casó con la señora Susana Becerra Alvarez y procrearon a sus hijos Angela Consuelo, Carlos Eduardo, Jorge Alejandro y Silvia Medellín Becerra.

11. Los ingresos del doctor Medellín Forero provenían del sueldo que devengaba, de una parte, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y, de otra, como profesor en la Universidad Externado de Colombia.

3. Actuación procesal

El auto admisorio de la demanda les fue notificado a los Ministros de Defensa, Gobierno y Justicia, así como a la Policía Nacional, DAS y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Los apoderados del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se limitaron a solicitar el decreto y práctica de algunas pruebas.

El Ministerio de Justicia se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como eximentes de responsabilidad la obligatoriedad de la actuación por parte de la autoridad pública, el hecho de terceros ya que la ocupación del Palacio de Justicia fue obra de éstos y la falta de relación causal por la misma razón.

El Departamento Administrativo de Seguridad DAS también solicitó negar en cuanto a él se refieren las pretensiones de la demanda, por cuanto no le correspondía la vigilancia del Palacio de Justicia ni participar en la toma militar del mismo.

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia igualmente pidió que se negara las peticiones de la demanda y sostuvo que los hechos que se le imputan como falla del servicio no le atañen dado que no le correspondía ejercer vigilancia de carácter público sobre las instalaciones, pues sólo le competía la vigilancia de carácter privado. Por lo mismo, considera que no estaba obligado a participar en actividades relacionadas con el orden público.

Agotado el período probatorio se dispuso el traslado de rigor para que las partes formularan sus alegatos de bien probado.

El apoderado de la parte actora, en escrito visible a folios 348 a 399 del cuaderno principal, en una primera parte de su escrito hace diversas consideraciones jurídicas en torno a la responsabilidad del Estado, el marco normativo de la misma, el marco abstracto de dicha responsabilidad, los derechos humanos y los conflictos armados. En la parte segunda de su memorial se refiere al "Holocausto sangriento del Palacio de Justicia", para analizar lo referente a las amenazas contra la vida e integridad de los Magistrados de la Corte y de los Consejeros de Estado, su conocimiento por las autoridades de la República, el aviso de toma terrorista por el M-19, su notoriedad y su conocimiento por parte del Gobierno Nacional. Se refirió así mismo a la falla del servicio por "omisión sospechosa" de la seguridad debida, en relación con el control de operación del rescate, el desacato a las decisiones del alto Gobierno, la desproporción de las armas y material de guerra utilizado, el desorden y la improvisación de la autoridad, falta de un plan de rescate e inobservancia de derechos humanos y del derecho de gentes, así como desatención silenciosa y "cómplice" del alto al fuego. Al estudiar lo referente al daño, alude el memorialista a la brillante trayectoria moral, personal, familiar y profesional del doctor Carlos Medellín Forero, para derivar de todo ello los perjuicios de orden moral y patrimonial reclamados en la demanda.

El apoderado de la parte demandada reitera la petición para que se nieguen las súplicas de la demanda. Sostiene que el Estado se encuentra exento de responsabilidad cuando su función implica el ejercicio de la soberanía. Aduce que no se probó la falla del servicio y que ante las amenazas, se incrementaron las medidas de seguridad, pero que fueron los Magistrados, por conducto del Presidente de la Corte quienes solicitaron el retiro de la vigilancia. Que además existía una vigilancia privada que prestaba una empresa particular. Que el Gobierno trató de rescatar a los rehenes sin acudir a la operación rastrillo, y que la actuación militar se desarrolló teniendo siempre en cuenta el peligro que corrían las personas que se encontraban como rehenes. Sostiene que se respetó el derecho de gentes y se brindó la oportunidad de diálogo que no fue aceptada por los insurgentes. Así mismo afirma que no se probó que la muerte se hubiera producido por la acción de las Fuerzas Armadas, es decir, que no existe nexo causal

entre las supuestas fallas del servicio y su fallecimiento. Que además así se hubieran tomado las medidas preventivas correspondientes la toma guerrillera hubiera operado.

Agrega que no se probó la dependencia económica de los demandantes ni se acreditó el daño moral. Además, que la Ley 126 de 1985 y los Decretos 3274, 3276 y 3281 de 1985, reconocieron a los familiares de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público afectados por la toma del Palacio, pensión de jubilación y otras gratificaciones. Sobre el informe o conclusiones del Tribunal Especial afirma que el Diario Oficial que lo contiene no puede valer como prueba y que tales conclusiones no tienen el carácter de fallo o sentencia. Así mismo, argumenta que el documento contentivo de las conclusiones mencionadas no puede considerarse como documento público por cuanto no reúne los requisitos del artículo 251 del C. de P. C.

El Ministerio Público ante el Tribunal conceptuó favorablemente a las peticiones de la demanda por considerar que se hallaban demostrados los elementos estructurales de la responsabilidad derivada de una falla del servicio.

4.- La sentencia apelada

Consideré el Tribunal que el *sub-júdice* debía manejarse por el régimen de la falla del servicio y para tal efecto se refirió a los elementos que la configuran y que además, junto con ella, conforman la responsabilidad patrimonial de la administración. Hizo el *a-quo* una relación pormenorizada de las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al proceso.

De lo anterior concluyó el juzgador de primera instancia que efectivamente se había dado una falla del servicio por omisión de la prestación del servicio de vigilancia, antecedente a la toma, directamente relacionada con la muerte del doctor Medellín Forero y consecuentemente con el perjuicio cuya indemnización se pretende.

Rechaza que hubieran sido los Magistrados, quienes por intermedio del doctor Reyes Echandia hubieran solicitado el retiro de la vigilancia. Pero que si así hubiera sido, de todas formas a las autoridades militares les correspondía velar por la integridad de quienes se hallaban en el Palacio e imponerles las medidas pertinentes si hubiera sido necesario. Estima que el informe del Tribunal Especial sí es un documento público dado que fue emitido por funcionarios públicos en ejercicio de una función también pública.

Con respecto a la falta de vigilancia para el día de los hechos, el Tribunal se respalda en los numerosos testimonios que se refieren sobre el particular. Además del sustento de la sentencia "por el quebrantamiento de las obligaciones a cargo de las Fuerzas Militares, pueden darse otras motivaciones basadas en los fines primarios del Estado, sin invertir los valores individuales y sociales, ni olvidar las normas de solidaridad, como sucedió en el *sub-júdice*. Agregan, además, otra protuberante falla del servicio, antecedente de los hechos, como lo fue la falta de vigilancia de las autoridades competentes sobre las dependencias del Palacio de Justicia.

Los Magistrados del Tribunal que manifestaron sus impedimentos para conocer de este proceso fueron oportunamente reemplazados por los respectivos conjueces.

Uno de los Magistrados aclaró el voto.

5. Razones de la apelación

El apoderado de la NACION - Ministerios de Defensa Nacional, de Justicia y de Gobierno, y Departamento Administrativo de Seguridad DAS, descontento con el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso contra aquel recurso de reposición, cuya sustentación puede resumirse así:

Luego de hacer algunas breves referencias teóricas respecto de la responsabilidad administrativa, afirma que el Estado está exento de toda responsabilidad pecuniaria cuando su función implica el ejercicio de su soberanía, de tal forma que ni los actos legislativos, ni los de gobierno, ni los del juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado. Sostiene entonces, que cuando se trata de actos de poder público, "la regla que domina es aquella de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado. Esta regla se aplica en las relaciones del Estado con sus funcionarios, en el ejercicio de actividades de defensa, en la función legislativa, en las actividades de control del orden público, en la función judicial ...".

Al hacer mención de los fundamentos de la responsabilidad administrativa, se refiere el impugnante al daño, el cual, para ser reparado estima que debe ser cierto, especial, anormal, y recaer sobre una situación jurídicamente protegida. Ese daño, anota, jurisprudencialmente se ha establecido que debe acreditarse por cuanto no es presumible. Hace igualmente referencia al daño moral, respecto del cual advierte algunos problemas que en su entorno se presentan, entre otras razones, porque su reconocimiento compensatorio del dolor "conduce a minimizar la vida humana y a hacer del dolor un negocio", por lo que su demostración se encuentra sometida a ciertas restricciones de carácter probatorio.

Prosigue su exposición el memorialista para referirse a la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio, con la advertencia de que el daño no será reparable sino en la medida en que pueda ser imputable a una persona pública determinada, es decir, que la administración no responde de las consecuencias perjudiciales de sus actos, que no se hubieran realizado de no ser por la intervención de un tercero, o bien cuando el daño es imputable a la víctima porque ésta lo provoca o lo agrava.

Continúa la impugnación refiriéndose al régimen de responsabilidad por falta y al respecto manifiesta que en lo contencioso administrativo se aplica el principio según el cual la prueba de la falla del servicio incumbe al actor, con excepción de aquellos casos en que la falla del servicio se presume, eventos en los cuales se invierte la carga de la prueba y debe el Estado acreditar la existencia de una fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

Al hacer mención de las formas de reparación, precisa que esta jurisdicción tradicionalmente ha considerado como único medio de reparación, el pago de una indemnización, sistema que excluye la reparación en *"nature"* o de obligación de hacer. Tal indemnización debe ser estrictamente calculada y para tal efecto debe tomarse en la declaración de renta de la víctima. Menciona así mismo el recurrente la llamada indemnización "*a forfait*", y se refiere a la Ley 126 de 1985 mediante la cual creó una pensión vitalicia especial para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, así como los auxilios médicos otorgados a los damnificados del Palacio de Justicia y la gratificación pecuniaria otorgada por el Decreto 3270 de 1985, reformado por el Decreto 3381 del mismo año.

Pasa luego a analizar el punto de la necesidad de la prueba, previsto en el artículo 174 del C. de P.C. según el cual "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso". Afirma que en el *sub-júdice* el *a-quo* en la sentencia condenó a la demandada contrariando el principio comentado, dado que, la parte demandante no demostró falla del servicio por parte del Estado, pese a lo cual decidió presumir que tal elemento de la responsabilidad se hallaba acreditado. Recuerda como reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que para condenar por falla en el servicio se deben acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad, para concluir entonces, que a través de los medios probatorios aportados al proceso "se logró establecer que el doctor Carlos Medellín Forero falleció en la fecha de la toma, dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia. Pero nunca se probó la existencia de la falla del servicio, ni tampoco el nexo causal entre la falla y el daño alegado... razón por la cual deberá exonerarse a la Nación de toda responsabilidad".

Prosigue el recurrente y plantea que en el proceso no reposa la demostración suficiente sobre el hecho supuestamente constitutivo de la falla o falta del servicio, como tampoco se encuentra mérito para invertir la carga de la prueba como lo hizo el Tribunal. Se refiere luego a la relación de los medios probatorios consignados en la sentencia y de los mismos el apelante infiere que nada se demostró sobre la operación militar, la forma como ésta se ejecutó, las órdenes y los actos del Gobierno emitidos y mucho menos que aquella o éstos no hubieran sido los adecuados y proporcionados a la magnitud y características de la táctica. En tales condiciones sostiene que no se desvirtuó "la presunción de legalidad, idoneidad y buena fe que cobija la actuación del Estado y que tampoco se evaluó la necesidad de esa operación militar, ni las características mismas del ataque, cuando la ocupación era en un edificio de muy especiales condiciones arquitectónicas y que el desalojo se cumplió en ejercicio de un deber constitucional, legal y de Estado. De las consideraciones anteriores infiere el apelante que surge una duda razonable sobre que el daño establecido en la sentencia censurada hubiera sido antijurídico o que se hubiese dado una falla u omisión administrativa.

Adelanta su argumentación refiriéndose a la falta de vigilancia y protección brindadas al Palacio de Justicia y a los Magistrados de la Corte Suprema y sostiene

que no se demostró esa falta de custodia y que, por el contrario, resulta claro que sí se dieron las medidas de seguridad tanto para la edificación como para los integrantes de la Corte. De una parte estaban los vigilantes de la empresa COBACEC LTDA. quienes fallecieron a manos de los guerrilleros y, de otra, a los Magistrados se les había asignado servicio individual de escoltas del DAS y de la Policía Nacional, quienes con los vigilantes fueron los primeros en repeler el ataque de los miembros del M-19.

En cuanto a la inadecuada ofensiva militar observa que no se trajo al expediente prueba alguna para establecer que la acción de la fuerza pública hubiera sido ineficaz o desordenada. Considera que es posible concluir que la reacción de las fuerzas del orden permitió salvar a la mayor parte de los rehenes, cuyo rescate dado el diseño arquitectónico del edificio dificultó la labor de las Fuerzas Militares.

Encuentra incomprensible que sea el mismo Tribunal el que sostenga que la "heroica acción de las Fuerzas Armadas" careció de solidaridad humana y violó los derechos humanos, cuando todo el personal militar que participó en el operativo lo hizo a riesgo de su vida y para proteger a los rehenes. Respecto de la violación del derecho de gentes manifiesta que el grupo subversivo M- 19 violó los más claros principios de tal derecho sobre protección de la población civil, iniciada con la muerte de los dos vigilantes privados y del administrador del edificio, atentado que se evidencia aún más al tomar como rehenes a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como a los trabajadores de la rama judicial y demás personas que se encontraban dentro del palacio en esos momentos. En tales condiciones el Gobierno decidió desde el primer momento no negociar por cuanto hacerlo implicaría someter la soberanía del Estado a la voluntad de los terroristas. Le correspondía al Gobierno Colombiano, antes que negociar, mantener el orden jurídico legítimamente constituído. Tal obligación está reconocida en el mismo derecho de gentes que invoca el Tribunal y sobre el particular el apelante transcribe el artículo 3o. del Protocolo II de Ginebra, según el cual no se puede invocar ninguna disposición de dicho Protocolo "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado a la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado, o defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos".

Aduce igualmente que el gobierno jamás se negó a dialogar con los guerrilleros y que el Presidente de la República a través del Director de la Cruz Roja Colombiana propició el diálogo con los subversivos sin poderse lograr por el rechazo violento que el grupo armado le hiciera. Insiste en que el gobierno en todo momento procuró proteger la vida de quienes se encontraban en el Palacio y rechaza que se hubiera efectuado la llamada "operación rastrillo", la cual de haberse realizado hubiera permitido concluir rápidamente la operación de rescate y no se hubiera propiciado el diálogo con el grupo guerrillero.

Argumenta así mismo el apelante que no existe nexo causal entre la falla en el servicio y el daño causado, por cuanto el doctor Medellín Forero no falleció por culpa

del Estado Colombiano, sino que fue asesinado en su lugar de trabajo por el grupo guerrillero. Afirma que no se ha probado, ni se ha podido afirmar con certeza que las víctimas del Palacio de Justicia lo fuera como consecuencia de la acción de lasFuerzas Armadas, ni que la muerte de aquéllas se produjo indirectamente por la reacción de las Juerzas Militares.

Califica de fantásticas las afirmaciones según las cuales el doctor Medellín Forero murió porque "no había diez (10) o veinte (20), o treinta (30) soldados", o que las Fuerzas Armadas no cumplieron con la obligación de proteger la vida de los rehenes. Anota que aun con la presencia de más soldados, con más requisas, el atentado se hubiera producido pues los guerrilleros se habían preparado con suficiente anticipación. Para concluir esta parte de la sustentación manifiesta "que cualquier nexo causal que pudiera haber existido entre la falla alegada y el lamentable asesinato del Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Carlos Medellín Forero, se encuentra absolutamente roto y disuelto, por la acción execrable de los guerrilleros que atacaron en forma repentina, aleve y sanguinaria".

A continuación analiza el recurrente lo relacionado con la carga de la prueba en la teoría de la falla del servicio público y recuerda el aforismo latino: "*onus probandi incumbi actori*", aplicable en esta jurisdicción, del cual deduce que la parte actora debe probar la existencia de los tres elementos estructurales de la responsabilidad por cuanto ésta no se presume y al respecto cita en lo pertinente algunos apartes de anteriores pronunciamientos de la Sala.

Con referencia a las conclusiones a que llegó el Tribunal Especial estima que aquéllas no pueden tomarse como pruebas en este proceso, en razón a que el Diario Oficial contentivo de las mismas no prueba nada distinto a que los Miembros de la Comisión realizaron una labor de instrucción criminal a la cual el gobierno quiso darle publicidad. De hecho, sostiene, su misión era la de investigar y emitir unas conclusiones y no la de proferir un fallo o sentencia. Desconoce al Diario Oficial aludido el carácter de prueba documental en sí mismo por no considerarlo documento público, dado que carece de firma y no se acomoda a las condiciones del artículo 251 del C. de P. C. Agrega además, que las publicaciones oficiales tienen el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten. Sin embargo, anota que el documento contentivo de las conclusiones no tiene el carácter de documento público por cuanto no se ajusta a lo previsto en el artículo 251 ya citado.

Así las cosas expresa que darle validez a las afirmaciones del Tribunal Especial, equivale a decretar de hecho y en la propia sentencia el traslado de las pruebas recaudadas por ese Tribunal, sin atender a que sólo pueden trasladarse pruebas de un proceso judicial y que tales pruebas no fueron practicadas en un "proceso" y menos con audiencia de las partes en controversia. Aduce también sobre el particular que el conocimiento personal del juez no suple la necesidad de probar y debatir el hecho entre las partes conforme al rito procesal. Así mismo que tampoco la tesis del hecho notorio

es suficiente para suplir el deber de prueba que le corresponde a la parte demandante. Encuentra un tanto confusa y sutil la definición del hecho notorio y sostiene que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado el hecho notorio como supletivo del deber de probar los hechos que originaron el proceso, para concluir entonces que sin perjuicio de las consecuencias desastrosas de la toma del Palacio de Justicia y de la notable publicidad de los hechos, así como de la indignación nacional contra las Fuerzas Armadas, quien pretendiera demandar por lo sucedido no quedaba librado de probar los hechos y sus afirmaciones.

A criterio del recurrente las conclusiones a que llegó el Tribunal Especial resultan importantes en material de instrucción criminal pero no pueden ser válidamente utilizados como medio de prueba en los procesos contencioso administrativos en razón a que se estaría violando el principio de carga de la prueba. Pero aún en el caso, dice el recurrente, de que fueran aceptadas como pruebas tales conclusiones en este proceso, no habría lugar a atribuirle responsabilidad a la Nación dado que prosperaría la excepción denominada hecho exclusivo de un tercero, la cual rompe el nexo de causalidad entre la falla y el daño. Al respecto anota que de las conclusiones primera y novena del Tribunal Especial los integrantes del movimiento M-19 fueron los únicos y exclusivos responsables de los hechos ocurridos durante la toma del Palacio de Justicia.

Por último afirma el impugnante que el daño no puede imputarse al Estado y por lo mismo no puede hacerse a éste jurídicaniente responsable. A tal conclusión arriba por considerar que las Fuerzas Armadas actuaron en ejercicio de un deber constitucional y legal, que no se probó que la muerte de los rehenes del Palacio de Justicia fuera ocasionada por disparos provenientes del Ejército y que, en cambio, no puede olvidarse que los hechos se produjeron, al igual que el daño, por el grupo M-19.

En la oportunidad para alegar de conclusión en la segunda instancia, el apoderado sustituto de la parte demandada presentó el escrito que se encuentra a folios 666 a 753 del cuaderno principal, en el cual, básicamente reitera los planteamientos expresados al sustentarse el recurso de apelación.

El señor apoderado de la parte demandante en su alegato de conclusión que se encuentra a los folios 642 a 665 del cuaderno principal pretende que se revise la argumentación de la sentencia en cuanto tiene que ver con los fundamentos de responsabilidad del Estado y la omisión de investigación. Igualmente para que se determine expresamente la responsabilidad de los Ministerios demandados, del DAS y del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. De igual manera para que se analice la negación del daño patrimonial en cuanto a la vida de relación y condiciones de existencia.

En el transcurso de su juiciosa argumentación se refiere el impugnante al fundamento de la responsabilidad del Estado y a la necesidad de adelantar una investigación seria, real y fidedigna de los hechos y de sus protagonistas. Se refiere a

los tratados o convenios internacionales sobre Derechos Humanos y a la forma de control de la operación de rescate, de la cual no tuvo ningún control el Presidente de la República, así mismo del desacato de la fuerza pública a las deterininaciones del Alto Gobierno y a la anarquía e improvisación de la operación de rescate.

También menciona el impugnante lo relacionado con la reparación económica del daño, para solicitar que se acumule el reconocimiento indemnizatorio con el pensional que la demandante haya percibido, cuyos fundamentos probatorios relaciona en su alegato.

6. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado ante la Corporación, en escrito que reposa en los folios 754 a 776 analiza concienzudamente los distintos plantemnientos formulados tanto por la parte actora como por la demandada, sobre los cuales más adelante la Sala se pronunciará, para concluir que en el caso bajo estudio se impone la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana por falla del servicio y "que se deben analizar" las consecuencias patrimoniales del hecho del tercero frente al fallo que se proferirá, que se debe reformar el fallo de primera instancia en lo tocante a los perjuicios materiales y, finalmente, que se debe dar cabida en nuestra jurisprudencia a la indemnización del rubro del perjuicio extrapatrinionial denominado "alteraciones en las condiciones de existencia".

Los señores Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Julio César Uribe Acosta manifestaron sendos impedimentos para conocer de este proceso, razón por la cual fueron reemplazados conforme a la ley.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que son múltiples los aspectos jurídicos y fácticos objeto de controversia procesal, con miras a facilitar el examen de cada uno de los puntos en litigio, la Sala procede a examinarlos por separado, en los siguientes términos:

1) El ejercicio de la soberanía como eximente de responsabilidad estatal.

Planteó el apoderado de la Nación, al contestar la demanda y al recurrir de la sentencia, que el Estado queda exento de responsabilidad patrimonial en aquellas ocasiones en las que su función implica el ejercicio de la soberanía, en forma tal que ni los actos legislativos, ni los de Gobierno, ni los del juez, ni los hechos de guerra, pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, en otras palabras, "cuando se trata de actos de poder público, la regla que domina es aquella de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado".

Frente a tan extrema y cuestionable posición pareciera que el impugnante lo que pretende en su argumentación fuera retroceder a momentos anteriores ya superados en la teoría y práctica de la responsabilidad extracontractual del Estado, al invocar el principio de *Laferriere,* para quien "lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin

compensación", expresión extraña en los actuales momentos de nuestra legislación, y ajena al criterio jurisprudencias y doctrinario imperante sobre la materia, no sólo en nuestro país, sino en la casi totalidad de los sistemas jurídicos de las demás naciones. Cabe recordar que si bien en algún momento la estructura del poder se basaba en la noción de soberanía, básicamente enmarcada en su estructura dentro de los conceptos de actos de gestión y actos de poder, ante la necesidad de un mayor intervencionismo estatal se hizo imperiosa la exigencia al Estado de alguna responsabilidad frente a los particulares, para en esa forma ponerle fin a la etapa de irresponsabilidad estatal.

Aparte de lo anterior, cabe señalar cómo, ni normativa, ni jurisprudencialmente, en nuestro sistema se ha implantado o reconocido tan excepcional concepto de irresponsabilidad. Baste anotar, que ni en los artículos 16, 20, 30 y 51 de la Carta Política de 1886, columna vertebral de nuestro régimen de responsabilidad, ni en las demás disposiciones constitucionales y legales que lo complementaron, se liberó de responsabilidad, porexcepción, al Estado, con base en los motivos expresados por la demandada, como reiteradamente lo precisó la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación. Idéntica apreciación procede con respecto a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política vigente y en relación con el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, norma en la cual tampoco se consagró excepción alguna de responsabilidad, que sirviera de respaldo a la argumentación del representante judicial de la Nación.

2). El régimen de responsabilidad aplicable.

Sea lo primero señalar que para la Sala no existe ninguna duda con respecto al régimen de responsabilidad extracontractual bajo el cual se decidirá la presente controversia. Sin desconocer que teóricamente lo acontecido podría enmarcarse dentro de la tesis objetiva del daño especial, dada, en principio, la legitimidad de la actuación oficial y los daños ocasionados, lo cierto es que se hallan en el proceso fundamentos fácticos y jurídicos más que suficientes para estructurar el régimen de responsabilidad a la luz de la teoría de la falla o falta del servicio.

Jurisprudencial y doctrinariamente, con respaldo fundamental en el artículo 16 de la anterior Constitución Nacional, de donde se desprende quizás la más importante de las obligaciones del Estado: la de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, obligación que además constituye en considerable proporción no sólo el fundamento de la actividad estatal, sino que justifica su existencia y organización, así como la serie de poderes de que dispone y de la obediencia y respeto que le deben los administrados. Sobre el incumplimiento de las aludidas obligaciones y de las demás plasmadas en la propia Carta o en las leyes, por vía jurisprudencial se ha edificado el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el criterio de que tal incumplimiento obligacional, sea de índole constitucional, legal o reglamentario, implica una falla del servicio que aunada con el daño y el nexo causal genera la responsabilidad patrimonial de la administración.

El concepto anterior, el de la falla del servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contencioso administrativa para decidir las controversias sobre responsabilidad patrimonial pública con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, que continúa orientando en número mayoritario, las providencias respectivas. Precisamente y para darle claridad a algunas anticipadas concepciones doctrinales, la Sala ha clarificado la vigencia jurisprudencial de la teoría de la falla del servicio, en simultaneidad con el concepto de daño antijurídico, sobre el cual actualmente se estructuras el régimen constitucional del artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial de los entes oficiales. Al respecto, en providencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163, actor: José Elías Rivera, con ponencia del señor Consejero Doctor Juan de Dios Montes Hernández, se preciso: "Con esta orientación, es lógico concluir que la **falla del servicio ha sido, en nuestro derecho y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado;** en efecto, si al juez administrativo le compete por principio -una labor de control de la acción administrativa del Estado y **si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual".** Continúa el fallo: "En este panorama se puede observar, como ya se dijo, cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indenmizable se refiere del artículo 90 de la Constitución Política,**y el mantenimiento de la falla del servicio como principal título de imputación del dado al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva"** (Negrilla por fuera de texto).

Establecido, pues, el critero de la Sala con relación al régimen de responsabilidad preferencialmente aplicable, se procede a determinar si en el *sub-júdice* resulta comprometida bajo dicho régimen la responsabilidad de la Nación por los hechos que originaron éste y otros procesos similares.

3. La falla del servicio

Sobre el particular la parte actora ha expresado que con anterioridad al 6 de noviembre de 1985 el GobiernoNacional y la propia opinión pública estaban enterados no sólo de las amenazas que existían contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sino también de la pretendida ocupación del Palacio de Justicia por parte del M-19.

Tales manifestaciones sin duda se ajustan a la realidad procesal, si se toma en cuenta:

a) Que en la reunión correspondiente al 30 de septiembre de 1985, el Consejo Nacional de Seguridad se trató el tema de las amenazas que existían contra los Magistrados de la Corte, según informe rendido por el DAS, el cual fue leído por su

Director Maza Márquez en el cual "analiza los antecedentes, los hechos más significativos, la credibilidad de las amenazas y presenta conclusiones y recomendaciones", en tanto que el General Delgado Mallarino, Director General de la Policía Nacional expresa que "los Magistrados en general aceptan las medidas de seguridad que se adopten, salvo el doctor Ricardo Medina Moyano, quien no ha querido que se le dé protección"; el Ministro de Gobierno se refirió a que en el Consejo Nacional de Seguridad se había convenido enviar "una carta a la Corte Suprema de Justicia en la cual se le informara sobre el conocimiento que tenía de las amenazas a algunos Magistrados de la Corte y sobre la necesidad de tomar las medidas del caso para brindarles seguridad", posición que compartió el Ministro de Justicia, quien además agregó "que tales amenazas no debían mantenerse en reserva sino darse a conocer para que no se convirtieran en una grave presión para los Magistrados y por esa razón resolvió hacerlas conocer a través de los medios de comunicación". (fis. 395 y 396 c.2).

b) Que en el Estudio de Seguridad del Palacio de Justicia elaborado por la DIJIN en el mes de octubre de 1985, en su introducción se lee: "La Dirección General de la Policía Nacional, consiente de los riesgos actuales y potenciales que afecta la integridad personal de los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en razón de la naturaleza de sus funciones y muy especialmente como resultado de los propósitos criminales expresados por bandas organizadas dedicadas al narcotráfico..." (fl. 143 C. 3).

c) Que el Ministro de Defensa Miguel Vega Uribe al intervenir ante el Congreso manifestó: "El día 16 de octubre el Comando General de las Fuerzas Militares recibió por carta un anónimo que decía (acá tengo el original): 'El M-19 planea tomarse el edificio de la Corte Suprema de Justicia el jueves 17 de octubre, cuando los magistrados estén reunidos, tomándolos como rehenes al estilo Embajada de Santo Domingo; harán fuertes exigencias al Gobierno sobre diferentes aspectos, entre ellos el tratado de extradición'. Este es el anónimo que llegó". (Las Fuerzas Armadas de Colombia y la defensa de las instituciones democráticas, página 55. Folio 98 c. 3). En el transcurso de su intervención afirmó luego que el mismo día que llegó el anónimo, la Dirección de Inteligencia del Ejército "comunicó que existían indicios e informaciones de que el M-19 pretendía apoderarse del Edificio de la Corte Suprema de Justicia... como consecuencia de lo anterior, el Departamento de Policía de Bogotá reforzó la vigilancia del edificio y la protección de las personas que tenían ya seguridad... Este mismo día 23 de octubre, mediante un cassette enviado a una cadena radial, el señor... en un atrevido comunicado... manifestó que llevarían a cabo algo de tanta trascendencia que el mundo quedaría sorprendido" (La misma intervención, página 58).

d) Que en la prensa nacional del 18 y 25 de octubre, en el periódico El Siglo, se informó: "**Hallan plan del M-19 para ocupar el Palacio de Justicia**".

e) Que para el 4 de noviembre de 1985, la Policía Nacional retiró la vigilancia que prestaba en el edificio del Palacio de Justicia, sin que al respecto se encuentre en el

proceso justificación o explicación alguna para tomar tan irresponsable determinación. La mayor parte de los testimonios recaudados de los Magistrados de la Corte y de los Consejeros de Estado, permiten deducir que fue una medida inconsulta, tomada a espaldas de los Presidentes de dichas Corporaciones.

El entonces Ministro de Justicia en sesión de Consejo de Ministros, manifestaba: "...Tenemos el deber de investigar por qué se retiró el día de la toma del Palacio de Justicia por el M-19, la fuerza que el DAS y la Policía habían asignado para la protección de la Corte y del Consejo de Estado".

El doctor Humberto Murcia Ballén expresó: "En varias sesiones plenas de la Corte Suprema de Justicia se decidió que se solicitara la vigilancia policiva indispensable para proteger el palacio y las personas que en él trabajaban... Estos requerimientos inicialmente no fueron acatados ... pero unos pocos días antes, ocho más o menos, y más precisamente cuando al país vino el señor Presidente de Francia... el Palacio se vio invadido en número múltiple por unidades del DAS, del Ejército y de la Policía. Pero curiosamente en la última semana esa vigilancia se redujo al mínimo, a tal punto que el seis de noviembre de ese año, hacia las once de la mañana... advertí con sorpresa que el Palacio estaba ya sin vigilancia; la única que encontré al entrar por la puerta de la carrera octava con calle once eran dos unidades de la seguridad privada..." (fls. 139-140 C. 3).

En similar sentido se pronunciaron bajo juramento los doctores Nemesio Camacho Rodríguez, María Helena Giraldo Gómez, Jorge Valencia Arango, Aydeé Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra y Carlos Betancur Jararnillo, todos ellos funcionarios de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, presenciales de los momentos antecedentes, concomitantes y posteriores a la toma. El último en mención, era además el Presidente del Consejo de Estado, estuvo más cerca de las medidas de seguridad y trató el asunto personalmente con el también Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Alfonso Reyes Echandía. De la certificación jurada de aquél, estima la Sala conveniente resaltar los siguientes aspectos:

> "En el mes de octubre de ese año de 1985, no recuerdo la fecha, se hizo una reunión a la que asistieron las salas de gobierno de la Corte y del Consejo... y unos oficiales de la Policía con el fín de discutir el plan que las Fuerzas Militares habían elaborado para la seguridad tanto de los Magistrados de la Corte y del Consejo como de la edificación misma... Se nos presentó un plan bastante ambicioso, estudiado y completo. En esa misma reunión los señores oficiales informaron que los organismos de inteligencia de las fuerzas militares habían detectado días antes un plan terrorista orientado a la toma del Palacio de Justicia por el M- 19; y que a eso precisamente, se debían las medidas que con urgencia había que tomar... Efectivamente con anterioridad a la visita del Presidente francés se aumentó considerablemente el número de funcionarios de la Policía, agentes y oficiales encargados de la vigilancia y se empezó a controlar estrictamente el

ingreso al Palacio; esto se hizo hasta unos dos o tres días antes de los sucesos trágicos. El martes 5 de noviembre, después del festivo del 4, el Palacio amaneció sólo, con la escasa vigilancia privada que teníamos de tiempo atrás... No tuve en esos días ninguna información hablada o escrita, relacionada con el retiro de la fuerza pública, ni recibí ninguna explicación por parte del señor Presidente de la Corte... no recibí llamada ni del Ministerio de Justicia ni de organismo militar en la que se me comunicara la disminución o el retiro de la vigilancia policiva... Reitero que el servicio policivo no se suspendió por petición de algún miembro de la Corte o del Consejo y menos por los que teníamos en ese momento la vocería de las Corporaciones, el doctor Reyes Echandía y yo ... Ni yo dí la orden del retiro del servicio policivo ni el doctor Reyes Echandía pudo hacerlo, dadas las conversaciones previas que habíamos tenido... Estábamos demasiado compenetrados con el deber que teníamos y no podíamos dejar a los funcionarios sin protección, bien por capricho nuestro o bien por intransigencia de uno o dos compañeros. Además tuve información que en ese puente anterior a la toma del Palacio, ni siquiera estaba el doctor Reyes en la ciudad. Creo recordar que estaba en Bucaramanga" (fls. 226 a 233 c. 3).

De igual manera está acreditada en el proceso la forma como el Gobierno Nacional reaccionó ante la ocupación del Palacio de Justicia por parte del movimiento guerrillero M-19. Sin obedecer a un operativo estratégicamente estudiado y analizado, sin medir las múltiples y graves consecuencias que de todo orden podían derivarse no sólo para el propio Estado Colombiano, sino para las instituciones judiciales amenazadas, haciendo caso omiso de la vida e integridad de quienes sin ser protagonistas de violencia quedaron encerrados en la edificación ocupada, sin atender las llamadas angustiosas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Alfonso Reyes Echandía, quien solicitaba con suficiencia de motivos un cese al fuego, el Gobierno Nacional, con el Presidente de la República a la cabeza no prestó atención oportuna y adecuada a tan angustioso llamado. La única respuesta en la práctica fueron más disparos, más violencia, más agresión, que sólo dejarían más muertos entre los guerrilleros y quienes no lo eran, más desolación, más resentimientos, y sobre todo el sabor amargo de saber que la violencia militar había prevalecido sobre el respeto que constitucionalmente la fuerza pública le debía a los jueces y a sus colaboradores, quienes sin otras armas que su dignidad y sabiduría jurídica, se hallaron a tan mala hora en el Palacio de Justicia.

La presencia de personal civil ajeno a la ocupación, integrado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por los Consejeros de Estado, por los funcionarios y empleados de tales corporaciones judiciales, por quienes en razón de sus funciones debían realizar diligencias dentro del edificio, no alcanzaron a impedir el uso exagerado e irresponsable de las armas oficiales. El pie de fuerza fue sin duda numeroso, el arma-mento fue de gran poder destructivo, participaron tropas de la Compañía Antiguerrillas, Escuela de Artillería, Escuela de Caballería, Escuela de Ingenieros, Grupo Mecanizado Rincón Quiñones, Policía Militar, Batallón Guardia Presidencial,

Departamento de Policía Bogotá, vehículos Cascabel y Urutú, pistolas, revólveres, fusiles y ametralladoras de diferentes calibres, granadas de fragmentación y cañón, subametralladoras, bombas Kleimer, minas, dinamita, explosivos plásticos, personal y armamento que fueron utilizados precipitadamente, con desconocimiento absoluto de quienes indefensos se encontraron en medio de la violencia, afectándolos por igual, lastimados inmise-ricordemente y sin diferenciación alguna por las armas de la subversión, o por la de quienes constitucionalmente, de manera paradójica, estaban obligados a protegerlos en su vida e integridad. Lamentablemente, antes que la defensa de las instituciones, lo que se dio fue un exceso en el uso del poder y un desconocimiento de los fines del Estado, los que le impidieron preveer al Gobierno Nacional, las dolorosas consecuencias que traería para Colombia y para sus gentes el sacrificio ilegítimo y precipitado no sólo de algunos de los más caracterizados y notables exponentes de la justicia colombiana, sino de los demás funcionarios y ciudadanos que ajenos a la contienda, sin embargo, en medio de la misma encontraron la muerte.

En las condiciones anteriormnte relacionadas concluye la Sala, con pleno convencimiento, que en el *sub-júdice* sí se presentó una falla del servicio por parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Hubo falla de servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio deJusticia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente.

Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular. La vigilancia incrementada por la visita del Presidente de Francia desapareció cuando el mismo salió de Colombia. Ni la Policía Nacional, ni el DAS, ni el Ejército, prestaron custodia alguna para el día de la toma del Palacio, y ello a pesar de que se trataba de una toma anunciada, como la calificaron distintos personajes del propio Gobierno. En verdad resulta de dificil comprensión para la Sala la actitud en extremo negligente, imprevisiva y desde luego culposa de las autoridades de la República para dejar en la más aterradora desprotección a Consejeros, Magistrados y personal que laboraba en el Palacio de Justicia, a la buena de Dios y con el único respaldo de una exigua vigilancia particular, carente de experiencia y de los medios necesarios para enfrentarse a un enemigo audaz, osado y peligroso, el que venía amenazando de muerte a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que había anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que había sido objeto de comentarios en la reunión del Consejo Nacional de Seguridad, organismo de donde surgió la determinación de brindar una especial protección a los referidos funcionarios judiciales y establecimientos de labores.

El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión.

Pero no sólo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes. Con razón el Procurador Primero Delegado ante la Corporación, en términos que la Sala comparte íntegramente, manifestó: "Se observa pues que los principios generales del Derecho de Gentes, o aun del Derecho Internacional Humanitario, no requieren necesariamente de expresión positiva en un ordenamiento interno. **El protocolo II, que afirma que la población civil en caso de operaciones militares gozará de protección contra los peligros que conllevan dichas operaciones y que no pueden ser objeto de ataque, puede ser complementario del contenido obligacional enunciado por el artículo 3 común.** En síntesis, tanto por los convenios de Ginebra, incorporados positivamente al derecho interno, como por los Protocolos I y II adicionales a aquellos, **los civiles no combatientes que se encontraban en el Palacio de Justicia tenían un derecho cierto e indiscutible a un trato humano**". Agrega más adelante el señor Procurador Primero Delegado, "**que por la vía del artículo 121 de la Constitución de 1886 se imponía al Estado, incluso en operancia de los estados de excepción, el respeto del derecho de gentes**". (Lo destacado es de la Sala). Deduce lo anterior del criterio expresado en la ponencia para segundo debate en el Senado, de la Reforma Constitucional de 1968, donde se expresó que las reglas y principios contenidos en convenios y tratados internacionales los cuales ha suscrito Colombia "si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, **suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas, pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados...**". Lo anterior permite concluir, con el citado funcionario "que el operativo militar fue excesivo e inhumano en tanto no se preocupó por salvaguardar la vida de los rehenes, y que violó las normas internacionales existentes sobre el Derecho de Gentes -no debe olvidarse que al interior del denominado Derecho de Guerra también existe una filosofía éticaque exige el respeto a la dignidad humana- y, por lo tanto, constituyó una falla del servicio por la cual la Nación Colombiana debe responder patrimonialmente".

No comparte la Sala las apreciaciones del apoderado de la parte demandada, en cuanto pretende desconocer que procesalmente la falla del servicio se encuentra debidamente acreditada. Las consideraciones precedentes surgieron de una suficiente evidencia probatoria que el juzgador encuentra bastante para tener por demostrada la falla del servicio, sin necesidad, inclusive, de acudir al régimen de responsabilidad por falla presunta y la consecuente inversión de la carga de la prueba. Es por lo anterior que la Sala, contra el razonamiento del impugnante, estima que en el *sub-júdice* sí se le ha dado perfecta aplicación al precepto del artículo 174 del C. de P. C., conforme al cual "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

Precisamente, con relación al aspecto probatorio del proceso, la entidad pública ha cuestionado el valor que en tal sentido el *a-quo* concedió a las conclusiones del Tribunal Especial, por cuanto el Diario Oficial que contiene tales conclusiones no prueba otra cosa sino que los miembros de dicha comisión adelantaron una labor de instrucción criminal a la cual el Gobierno quiso darle oficialmente publicidad, sin que tales conclusiones constituyeran un fallo o sentencia. De otra parte aduce que el Diario Oficial tenga carácter de prueba documental en sí mismo, dado que no lo considera documento público por no acomodarse a lo previsto en el artículo 251 del C. de P. C. Argumenta así mismo que no puede considerarse como prueba trasladada en razón a que no provienen tales conclusiones de un "proceso", ni las pruebas fueron practicadas con audiencia de las partes.

No está de acuerdo la Sala con todas las apreciaciones de la parte demandada en tomo al valor probatorio asignado a las conclusiones del Tribunal Especial. De una parte, su calidad de documento público mal podría desconocerse cuando sus autores fueron funcionarios públicos especialmente designados por el Gobierno Nacional para investigar oficialmente lo sucedido en el Palacio de Justicia y al emitirlo cumplían una función pública y lo hacían, desde luego, en ejercicio de su cargo, situación que corresponde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 251 del C. de P. C.

4. El daño

Junto con la falla del servicio, cuya demostración la Sala ha dejado bien establecida, se encuentra igualmente acreditado en el proceso el segundo elemento estructural de la responsabilidad patrimonial como lo es el daño. Sin lugar a dudas, surge del informativo, debidamente probado, que como consecuencia de los hechos narrados en la demanda, falleció el doctor Carlos Medellín Forero, esposo y progenitor de los demandantes, a quienes se deben reconocer los perjuicios morales y materiales a que conforme a la ley y a la jurisprudencia haya lugar.

Con respecto a los perjuicios morales encuentra la Sala que se dan las condiciones necesarias para reconocerle a la esposa e hijos del occiso la compensación correspondiente. Su calidad de cónyuge e hijos de la víctima, debidamente acreditada, permite presumir que la muerte del doctor Medellín Forero les trajo angustia, aflicción y afectación moral de todo orden, sentimientos éstos acentuados por la forma y circunstancias en que se produjo su deceso. Consecuente con lo anterior, resultó acertado el reconocimiento que en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes dispuso el juzgador de primera instancia.

Cabe precisar, en esta parte de la sentencia, lo relacionado con los cuestionamientos formulados por la demandada en relación con la llamada indemnización "*a forfait*", y lo dispuesto en la Ley 126 de 1985, mediante la cual "se crea una pensión vitalicia de condiciones especiales en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Publico", para los funcionarios que murieren "como consecuencia de homicidio voluntario, durante el desempeño de su cargo y sin haber cumplido con el tiempo de servicio requerido por

la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación...", norma que igualmente se dispuso aplicar "a los beneficiarios de los miembros de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público que hubieren fallecido como consecuencia del asalto iniciado el seis de noviembre del presente año, contra el Palacio de Justicia".

De otra parte y con el mismo sentido crítico, hace alusión el apelante a los Decretos 3270 de 9 de noviembre de 1985 "por el cual se autoriza el pago de unas gratificaciones", 3381 del 22 de noviembre del mismo año, modificatorio del anterior y 3274 del 11 del mismo mes y año, por el cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia asumió los costos ocasionados por la atención médica y hospitalaria de las víctimas del Palacio de Justicia de Bogotá, así como los gastos generados por la inhumación de quienes allí fallecieron.

Sin que expresamente lo manifieste el apoderado de la parte demandada, porque no lo hace, deduce la Sala, por la cita de las normas mencionadas y de las providencias cuyos apartes transcribe, que el recurrente plantea una incompatibilidad entre los reconocimientos establecidos en la ley y decretos relacionados, frente a los reconocimientos indemnizatorios que del ejercicio de la acción de reparación directa puedan surgir en favor de los demandantes.

Sobre este particular, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones y ha fincado el concepto de que en tratándose de indemnizaciones resultantes de fallas del servicio, hay lugar al reconocimiento y pago no sólo de los valores derivados de la relación laboral-prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin hacer descuento alguno entre las sumas reconocidas, las cuales, por el contrario, pueden acumularse. Se ha tomado como razón diferencial entre uno y otro reconocimiento, el origen de cada uno, de orden laboral el pensional, en tanto que el indemnizatorio proviene del daño ocasionado. De otra parte, también se ha considerado que descontar el valorde las pensiones no resulta equiiativo, por cuanto con ello saldría beneficiada la administración responsable, la que al efectuar el pago que las leyes laborales lo imponen, viene a quedar eximida, en todo o en parte, de la obligación indemnizatoria del daño ocasionado por la acción u omisión en que haya incurrido.

Conviene, recordar cómo en sentencia de 30 de octubre de 1989, expediente 5275, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se precisó: "La Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones de tipo laboral; olvidandoque éstas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocini iento deberá ser pleno". En similar sentido se recuerdan las providencias de 6 de abril de 1990 (exp. No. 5070), junio 8 de 1990 (exp. No. 5814), 28 de septiembre de 1990 (exp. No. 5926), 22 de octubre de 1990 (exp. No. 609 l),15

de noviembre de 1990 (exp. 5990), 25 de septiembre de 1992 (exp. No. 6945), 13 de noviembre de 1992 (exp. No. 4374) y del 13 de septiembre de 1991, expediente No. 6253, actor: Mélida Inés Domínguez de Medina, donde con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en lo pertinente se expresó: "Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la corporación, en casos como éste el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no sólo a la especial "*a forfait*" o predeterminadas por las leyes laborales que rigen a la institución ... En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora..., cónyuge supérstite, y a sus hijos,... no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, **porque aquellas tienen su causa en la ley (Dec. 2063 de 1984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada a su pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizada atrás. ... En otras palabras, con el pago de esas prestaciones no se estaba indemnizando a los damnificados, sino que simplemente se les estaba reconociendo unos derechos sociales creados por la ley. ... En estas condi-ciones, como lo ha dicho la doctrina, es admisible el cúmulo de indemnización"** (La Sala ha destacado).

Ahora bien, del análisis desprevenido de las normas citadas por el apoderado de la demandada, es dable inferir que las mismas son de contenido eminentemente laboral, ya se miren desde el punto de vista de una "pensión vitalicia" o bien como una simple "gratificación" (?). Una y otra resultan de la vinculación laboral que las víctimas hubieran tenido con la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público en el primer caso, o con esas mismas dependencias y los Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos en el caso de la gratificación. Por consiguiente, dado el origen legal y laboral de aquellas pensiones y gratificaciones, antes que resacitorio, resultan, por lo mismo, acumulables con los reconocimientos indemnizatorios que en este proceso puedan producirse.

Con respecto a la petición indemnizatoria referente a los daños a la vida de relación, a los bienes de la personalidad y los denominados de contragolpe o rebote, así como los referentes a las alteraciones en las condiciones de existencia, comparte la Sala las apreciaciones del juzgador *a-quo*, en cuanto que, de una parte, se encontrarían cobijados por los reconocimientos por perjuicios morales y materiales concedidos y que se van a conceder y, de otra, su existencia no aparece suficientemente acreditada en el proceso, si se toma en cuenta que dada su especial y excepcional naturaleza requieren así mismo de una también especial demostración.

5. Relación de causalidad

Establecidos, pues, los dos primeros elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la administración, se procede a examinar si entre la falla del servicio y el daño, se presenta una relación de causalidad. En este punto, la demandada ha manifestado que dicho nexo causal no se da, por cuanto las víctimas del Palacio de Justicia no fallecieron por culpa del Estado Colombiano. No se probó siquiera, afirma el impugnante, que los magistrados, funcionarios o civiles desaparecidos, fallecieron

como consecuencia de la acción de las Fuerzas Armadas, "mucho menos resulta jurídico sostener que su muerte fue producida de manera indirecta, por la reacción de las Fuerzas Militares a la toma guerrillera".

Para la Sala resulta equivocado el criterio del apoderado de la Nación, y así lo considera, por cuanto es incontrovertible que si el Gobierno hubiese tomado las medidas requeridas para lograr una efectiva y real custodia de los Magistrados y una adecuada vigilancia del Palacio de Justicia, o si el manejo táctico-militar hubiera sido más humano, más lógico y medianamente razonable, otras seguramente hubieran sido las consecuencias, no sólo con respecto a los guerrilleros ocupantes, sino, especialmente, con relación a las víctimas civiles fallecidas en tan cruento y absurdo episodio.

Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño. En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quienes con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no sólo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación por parte del M-19 de la edificación, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria tomaron, mucho menos extraordinaria, como lo exigía la situación. Esa contribución estatal traducida en la falla del servicio que le permitió al M-19 tomarse el Palacio de Justicia es la que hace recaer la responsabilidad exclusivarnente sobre la Nación y desautoriza la eximente alegada como medio de interrumpir o romper el nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño ocasionado. Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el *sub-júdice*, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

En tomo del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor Consejero Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

> "La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsela como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

"Se hace notorio que el hecho del tercero debe ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual 'no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo'. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración".

Con relación a la solicitud del señor Procurador Primero Delegado ante la Corporación para que se ordene al Estado repetir contra el M-19 en su condición de tercero "porque al menos se pueda afirmar que en la causalidad de los hechos jugó un rol de importancia", estima la Sala que, como el mismo Agente del Ministerio Público lo reconoce, "la sentencia del Tribunal es coherente en la medida en que las víctimas de los hechos del Palacio no demandaron solidariamente al tercero, en este caso el movimiento guerrillero...", mal podría entonces la Sala, en último instante, sin habérselo citado el proceso, sin brindarle oportunidad alguna de ejercer su derecho de defensa, imponerle una condena que ni siquiera fue impetrada con lademanda, desconociéndole así el derecho fundamental que a un debido proceso le correspondía al tercero referido. Lo anterior sin perjuicio de que mediante el ejercicio de una adecuada y oportuna acción judicial, el Estado Colombiano intentara repetir por los pagos indemnizatorios que por esta jurisdicción se le impongan.

Establecidos entonces los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: la falla del servicio, el daño y el nexo causal entre éste y aquélla, resultaba no sólo pertinente, sino procesalmente imperativa la declaratoria de responsabilidad que hizo el juzgador de primera instancia.

Considera la Sala que la referida responsabilidad debe asumirla exclusivamente la Nación - Ministerio de Defensa, en razón a que correspondía a las Fuerzas Armadas la vigilancia y custodia tanto de los Magistrados como del Palacio de Justicia. Por lo demás, los otros entes públicos demandados igualmente son parte integrante de la Nación. En cuanto al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en razón a que la naturaleza misma de la vigilancia exigida y adecuada para hacer frente al tipo de amenazas recibidas no le correspondía suministrarla, ni tenía los medios para brindarla, estima que la Sala que por tal motivo no debe asumir responsabilidad alguna por los daños ocasionados.

De otra parte, dada la referencia que se hace por la parte demandada en su escrito de apelación sobre el artículo 90 de la Constitución Política vigente, la Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en que si bien a partir del 6 dejulio de 1991, mediante dicha disposición la responsabilidad del Estado fue expresamente consagrada en el texto constitucional, con anterioridad a su vigencia también las normas constitucionales, especialmente el artículo 16 de la Carta Fundamental, había servido a la jurisprudencia para elaborar la teoría de la responsabilidad estatal por falla del servicio. De otra parte, no puede olvidarse que el manejo

jurídico del caso examinado lo orientó el Tribunal por el régimen de responsabilidad administrativa basado en la tesis de la falla del servicio. Y que aún si hipotéticamente se manejara el *sub-júdice* bajo los parámetros del artículo 90, de todas formas la falla del servicio continuaría vigente y seguiría orientando la definición de esta controversia, en razón a que, como anteriormente se precisó, el nuevo régimen constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado, en momento alguno descalificó la falla del servicio como uno de los fundamentos de dicha responsabilidad.

Consecuente la Sala con la declaración de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa, se procede entonces a liquidar el monto de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes.

Con respecto a los morales, como anteriormente se anotó, los reconocimientos hechos por el *a-quo* en favor de la cónyuge supérstite y de los hijos, en cuantía equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno, habrán de mantenerse.

En relación con los perjuicios materiales, éstos se liquidarán con base en los sueldos devengados por el doctor Carlos Medellín Forero como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, aspecto éste respecto al cual se modificará la sentencia recurrida, y como profesor de la Universidad Externado de Colombia. Tales ingresos correspondían, el primero a la suma de $222.753.90, según consta en la certificación expedida por el Tesorero de la Rama Jurisdiccional que obra al folio 300 del cuaderno No. 1; y el segundo, a la cantidad de $83.860.oo, conforme a la prueba que se encuentra en el folio 347 del expediente. Las dos sumadas equivalen a la suma de $306.613.90, cantidad ésta que servirá de base económica para efectuar la liquidación de los perjuicios materiales y de cuyo monto se deducirá un 25% que supuestamente dedicaba para sus gastos personales la víctima. Del 75% restante corresponde a su hija Silvia Medellín Becerra el 25%, hasta cuando cumplió su mayoría de edad, y el 50% se reconocerá en favor de la cónyuge supérstite. Los valores correspondientes se actualizarán conforme a los índices de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1985 y julio de 1994, siguiendo los procedimientos ordinariamente utilizados por la Sala.

Para efectuar la liquidación, procede la Sala previamente a actualizar el valor del ingreso mensual ($306.613.90), con base en los índices de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1985 (51.38) y en julio de 1994 (373.44), según información procesal y suministrada por el DANE. Se aplica la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}; \quad Vp = 306.613.90 \quad \frac{373.44}{51.38} = \$2.228.530.45$$

De la suma anterior se deduce un 25% correspondiente a los gastos personales de la víctima ($557.132.61). El saldo restante ($1.671.397.84) se divide en dos partes, una equivalente al 25% de los ingresos ($557.132.61), para la hija menor hasta cuando llegó a su mayor edad, y el 50% restante ($1.114.265.22) para la cónyuge sobreviviente.

Indemnización debida para SUSANA BECERRA DE MEDELLIN

Comprende desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha de esta sentencia, es decir, 105.5 meses.

Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i};$$

$$S = 1.114.265.22 \frac{(1 + 0.004867)^{105.5} - 1}{0.004867} = \$153.162.194.20$$

Indemnización debida para SILVIA MEDELLIN BECERRA:

Abarca desde el momento de los hechos, hasta el 4 de julio de 1986, cuando cumplió su mayor edad, o sea 7.9 meses.

Se utiliza la fórmula anterior:

$$S = 557.132.61 \frac{(1 + 0.004867)^{7.9} - 1}{0.004867} = \$4.475.962.62$$

No tiene derecho a indemnización futura por ser mayor de edad a la fecha de la sentencia.

Indemnización futura para SUSANA BECERRA DE MEDELLIN.

El período indemnizatorio comprende desde la fecha de esta sentencia, hasta el cumplimiento del término de vida probable del doctor Medellín Forero, a quien por su edad, le correspondía un plazo de supervivencia de 257.4 meses, de los cuales se descuentan los correspondientes al período vencido o consolidado (105.5). Quedan entonces por indemnizar 151.9 meses.

Se utiliza la fórmula: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n};$

$$S = 1.114.265.22 \frac{(1 + 0.004867)^{151.9} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{151.9}} = \$119.438.099.90$$

RESUMEN

a) SUSANA BECERRA DE MEDELLIN

Indemnización debida	$153.162.194.20
Indemnización futura	$119.438.099.90
SUMA	$272.600.294.10

b) SILVIA MEDELLIN BECERRA

Indemnización debida	$ 4.475.962.92

No se reconocen perjuicios materiales para los otros demandantes, hijos del occiso, por cuanto a la fecha de su muerte eran mayores de edad y además no acreditaron dependencia económica especial de su padre.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales Primero, Segundo, Tercero, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno de la sentencia apelada, esto es la de 7 de octubre de 1993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: MODIFICANSE los ordinales Cuarto y Quinto de la sentencia impugnada, los cuales quedan así:

Cuarto.- Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a Susana Becerra de Medellín, la suma de doscientos setenta y dos millones seiscientos mil doscientos noventa y cuatro pesos con 10/100 ($272.600.294.10) moneda legal.

Quinto.- Condénase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a Silvia Medellín Becerra, la cantidad de cuatro millones cuatrocientos setenta y cinco mil novecientos sesenta y dos pesos con 92/100 ($4.475.962.92) moneda legal.

TERCERO: Para dar cumplimiento, a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias auténticas de las sentencias,con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Ministerio Público, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Jaime Enrique Sanz Alvarez,* Conjuez; *Maurico Sarria Barragán,* Conjuez.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

RESPONSABILIDAD CONEXA/EX FUNCIONARIO/PARTE DEMANDADA/ACCION DE REPETICION/NORMA CONSTITUCIONAL/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Atribuciones

La jurisdicción contencioso administrativa debe conocer de la acción, si se toma en cuenta lo previsto por el artículo78 del C.C.A., al señalar que los perjudicados podrán demandar ante esta jurisdiccion, "según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o ambos", y que, precisamente, para el caso de que prospere la demanda contra la entidad o contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió no sólo su responsabilidad, sino la del ente público al cual estaba adscrito y se considere que tal servidor debe responder, "la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere". "En las condiciones anteriormente relacionadas se concluye que la acción de repetición derivada del artículo 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre ocho de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 10006. Actor: Municipio de Pereira. Demandado: Oscar F. Solarte Robledo y Juan C. Morales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el 3 de junio de 1994, mediante el cual se rechazó la demanda que en ejercicio de la acción de repetición, a que se refiere el art. 90 de la C. N., formuló el Municipio de Pereira en contra de los señores Oscar Fernando Solarte Robledo y Juan Carlos Morales Quintero para que se les declarara responsables de los perjuicios causados al ente municipal, el cual debió pagar la suma de $38.553.900.oo, al haber sido declarado administrativamente responsable de la muerte del señor Jairo Ospina Areiza.

El Tribunal rechazó la demanda por cuanto consideró que la jurisdicción Contencioso Administrativa no era competente para conocer de esta acción dirigida contra un particular, dado que aquí sólo puede ser ordenado los particulares, cuando se vinculan en virtud de llamamiento en garantía, denuncia del pleito o demanda de reconvención, pero siempre partiendo del supuesto de que la administración aparezca como demandada y no como demandante, conforme se plantea en el *sub-júdice*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala revocará la decisión del Tribunal *a-quo* y en cambio admitirá la demanda, por cuanto considera que ésta si es la jurisdicción competente para conocer de esta acción.

En efecto, sobre la jurisdicción encargada de conocer de estos asuntos, en auto del 8 de abril de esto año, con ponencia de quien ahora proyecta éste, se determinó que era la administrativa. Las consideraciones expuestas en aquella oportunidad son válidas para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, por esa razón se transcriben en lo pertinente:

"Previamente a decidir sobre la admisibilidad de la demanda, se hace necesario establecer si es ésta la jurisdicción encargada de conocer de la acción ejercitada y si además es el Consejo de Estado el competente para tramitarla.

"Respecto al primer punto, es decir, la de si esta jurisdicción debe conocer de la presente demanda, se considera que ninguna duda surge sobre el particular, atendiendo a lo previsto en el numeral 1., del artículo 237 de la Carta Política, según el cual es atribución del Consejo de Estado "Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley", complementado con el artículo 82 del C.C.A., reformado por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, norma que consagra que esta jurisdicción "está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, de conformidad con la Constitución y la ley". A continuación, el artículo 83 *ibídem*, reformado por el artículo 13 del Decreto 2304 de 1989 dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo" juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones

administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

"De otra parte, se reafirma que la jurisdicción contencioso administrativa debe conocer de la presente acción, si se toma en cuenta lo previsto por el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, al señalar que los perjudicados podrán demandar ante esta jurisdicción, "según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o ambos", y que, precisamente, para el caso de que prospere la demanda contra la entidad o contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió no sólo su responsabilidad, sino la del ente público al cual estaba adscrito y se considere que tal servidor debe responder, "la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiera".

"En las condiciones anteriormente relacionadas se concluye que, la acción de repetición derivada del artículo 90 de la actual Carta Política, en concordancia con las disposiciones legales mencionadas, cuya vigencia anterior en nada obstaculiza el desarrollo y aplicación del precepto constitucional citado, debe ejercitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"Punto diferente es el relacionado con la competencia para conocer de la demanda, la cual en criterio de esta Sala Unitaria, le corresponde en el presente caso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En efecto:

"Se afirma en la demanda que es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado el conocimiento de este proceso, en razón a lo previsto en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A., al disponer que la Corporación conoce "De todos los demás (procesos), de carácter administrativo, para los cuales no exista regla de competencia", en concordancia con el numeral 2 del artículo 97 del misino ordenamiento, según el cual corresponde a la Sala Plena "Conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones". Descarta así el actor que los Tribunales Administrativos sean competentes para conocer este tipo de acciones,en razón a que no se consagra tal competencia ni en el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988 (artículos 131 y 132 del C.C.A.), ni en las normas del Decreto 2288 de 1989.

"Contrariamente a lo expresado por el actor, se considera que el conocimiento de la acción de repetición aquí ejercitada es de competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca si se toma en cuenta que lo pretendido en últimas es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la repetición viene a ser una secuela o prolongación. Esa acción indemnizatoria denominada en el actual Código Contencioso Administrativo de reparación directa, se caracteriza precisamente porque se ejercita directamente, sin acudir a etapas previas de agotamiento de vía gubernativa, ni similares, para en esa forma, demandar como se

hace en el *sub-júdice,* en forma directa el pago indemnizatorio que el Estado realizó y por el que ahora debe responder el funcionario o ex funcionario en este proceso, según claras voces del artículo 86 del C.C.A., sin que esta apreciación varíe por la circunstancia de que la Administración actúe como demandante.

"De otra parte, cabe, observar que si en ejercicio de la acción de reparación directa y con fundamento en los artículos 77 y 78 del C.C.A., se demanda a la entidad y al funcionario público que con su actuar doloso o gravemente culposo ocasionó el daño cuya indemnización se pretende, tal demanda necesariamente deberá dirigirse ante el Tribunal para que éste conozca en única o primera instancia, según cuantía, del respectivo proceso, similar criterio debe aplicarse frente a la acción de repetición, si se tiene en cuenta además que de todas formas el comportamiento del funcionario constituye simultáneamente un hecho propio y un hecho del ente oficial al que estaba adscrito, y que de esa misma actuación deriva la responsabilidad administrativa y la propia, a examinarse por la vía de la acción de reparación directa. Así las cosas, se concluye que por la naturaleza de la acción incoada y por el factor territorial, de la presente demanda debe conocer en única o primera instancia la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación a la que corresponde determinar sobre la admisibilidad de la misma. Con tal objeto se le remitirá el expediente, de acuerdo con el inciso 4o. del artículo 143 del C. C. A.

De igual criterio es el doctor Carlos Betancur Jaramillo que en la cuarta edición de su libro Derecho Procesal Administrativo, la cual se encuentra en preparación, dice en relación con el punto:

> "Si entiendo lo anterior, si el funcionario es citado al proceso. Porque, en caso contrario, la administración para repetir tendrá que demandar, en acción de reversión, al funcionario. Aquí ese nuevo proceso tendrá que cumplirse, también ante la jurisdicción administrativa, y tendrá la administración la carga de probar la conducta irregular (culposa o dolosa) del funcionario que dio lugar a la condena del ente estatal...".

Determinado que es esta jurisdicción la competente para conocer del proceso, se procederá a revocar el auto apelado y en su lugar se ordenará la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo ContenciosoAdministratívo,

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, esto es aquel proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 3 de junio de 1994 y en su lugar se dispone:

1o.- Admítese la demanda que en ejercicio de la acción de repetición ha formulado el municipio de Pereira en contra de los señores Oscar Fernando Solarte Robledo y Juan Carlos Morales Quintero.

2o.- Notifíquese personalmente, este auto a los demandados.

3o.- Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

4o.- Cumplidas las notificaciones, fíjese el proceso en lista por cinco (5) días.

Las anteriores previsiones serán cumplidas por el *a-quo.*

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DE LA CORPORACION.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Daniel Suárez Bernández, Presidente de la Sala; *Juan Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/ FALLA DEL SERVICIO MEDICO-Falta de Elementos Médicos/**PERSONAL MEDICO-**Turnos/**FATIGA**

Frente a los temores que el cuerpo médico viene registrando por las continuas condenas que la justicia contencioso-administrativa hace contra los centros de imputación jurídica a cargo del Estado, la Sala desea recordar que ellas toman apoyo en realidades fácticas como las que se recogen dentro del presente proceso, que conmueven por la falta de consideración y respeto por la persona humana enferma. Esta es tratada con frecuencia, como una cosa, y muchos médicos desempeñan su papel como simples TECNICOS, pues no ven en el hombre más que una MAQUINA, y no al SER HUMANO que soporta la enfermedad. Un centro de atención médica responsable debe contar con los elementos necesarios para atender a los pacientes, y los profesionales de la medicina no deben avalar con su comportamiento complaciente las deficiencias que ellos presentan, como consecuencia de la burocracia o el desgreño. Tampoco deben obligarse a cumplir jornadas de trabajo más allá de lo razonable. Un médico fatigado es un peligro para el enfermo, que definitivamente no puede ser en sus manos, un juguete del destino. El tiene derecho a esperar su muerte, si de eso se trata, con valor y dignidad. Para el logro de estos fines el centro hospitalario, y el profesional de la medicina, están obligados a hacer el mejor de los aportes, ora en la prestación del servicio, ora como sacerdotes educados para dar la respuesta correcta a los problemas que el enfermo plantea. La ORTOTANASIA es también un derecho fundamental de la persona humana.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: Expediente No. 8380. Actor: Carlos Román Alvarez Cajiao. Demandado: Instituto de los Seguros Sociales.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el RECURSO DE APELACION interpuesto por el apoderado del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia calendada el día dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva DISPUSO:

"1o. Declárase administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales por la muerte del menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, ocurrida el día 3 de diciembre de 1990 en el Hospital Universitario San José de Popayán.

"2o. Como consecuencia del anterior ordenamiento, condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar a los demandantes, a título de indemnización de perjuicios morales, los siguientes valores:

"a) A los padres de la víctima, señores AMPARO QUINTERO DE ALVAREZ y CARLOS ROMAN ALVAREZ QUINTERO, el equivalente en pesos colombianos a un mil gramos de oro, para cada uno de ellos.

"b) A los abuelos de la víctima, señores CARLOS AURELIO ALVAREZ FANDIÑO e ISAURA MARIA CAJIAO, el equivalente en pesos colombianos a QUINIENTOS GRAMOS DE ORO para cada uno de ellos.

"c) Al hermano de la víctima, ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO, el equivalente en pesos colombianos a QUINIENTOS GRAMOS DE ORO.

"3o. Las condenas impuestas deberán pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y devengarán intereses comerciales en los primeros seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

"El Banco de la República deberá certificar el valor nacional del oro fino, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

"4o. Absuélvese a los doctores: ESMERALDA RINCON DE ESTUPIÑAN, LUIS H. ARIAS, MARCO JOSE OCAMPO LOPEZ Y ANCIZAR MORALES BLANDON.

"5o. Niéganse las restantes súplicas de la demanda» (fls. 381-382, C.1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"Los señores CARLOS ROMAN ALVAREZ, AMPARO QUINTERO DE ALVAREZ, CARLOS AURELIO ALVAREZ FANDIÑO, ISAURA MARIA CAJIAO DE ALVAREZ, FERNANDO AURELIO ALVAREZ CAJIAO, ISAURA ELVIRA ALVAREZ CAJIAO, SIGIFREDO ALVAREZ CAJIAO, JULIAN ALVAREZ CAJIAO, LUZ ELENA QUINTERO y el menor ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO, representado por los dos primeros nombrados, sus padres, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituído, solicitan a este Tribunal, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa enderezada en contra del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, al que señalaron como demandado que, previos los trámites de ley y con citación y audiencia del ente demandado se hagan las siguientes o parecidas **declaraciones y condenas:**

"1o. Que se declare que la Nación INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES es absolutamente responsable de todos los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados a CARLOS ROMAN ALVAREZ CAJIAO, AMPARO QUINTERO DE ALVAREZ, ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO, CARLOS AURELIO ALVAREZ FANDIÑO, ISAURA MARIA CAJIAO DE ALVAREZ, FERNANDO AURELIO ALVAREZ CAJIAO, ISAURA ELVIRA ALVAREZ CAJIAO, SIGIFREDO ALVAREZ CAJIAO, JULIAN ALVAREZ CAJIAO, Y LUZ ELENA QUINTERO, de las condiciones civiles ya anotadas, perjuicios ocasionados con la muerte del menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, ocurrida el 3 de diciembre de 1990 en Popayán, en las dependencias del Instituto de los Seguros Sociales, en el Hospital Universitario San José de Popayán, por falla en la prestación del servicio médico asistencial y omisión del tratamiento y cuidados debidos, cuando era atendido por el personal médico y paramédico del Instituto de los Seguros Sociales.

"2o. En consecuencia de lo anterior, condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a los demandados el valor de todos los perjuicios materiales y morales que les ocasionaron a consecuencia de la muerte del menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, ocurrida por falla en el servicio, conforme a la siguiente liquidación; o a la que resulte probada legalmente en el proceso, teniendo en cuenta la sentencia del Consejo de Estado de febrero 9 de 1978, que determinó el valor de la indemnización por perjuicios morales en el valor de 1.000 gramos de oro, de acuerdo con la devaluación de la moneda y a la corrección monetaria.

"A.- LIQUIDACION PARA LOS PADRES:

"a) Para CARLOS ROMAN ALVAREZ CAJIAO:

"Por perjuicios materiales, daño emergente $28.000.

"Por perjuicios morales subjetivados, una suma equivalente al valor de 1.000 gramos de oro, al precio del gramo de oro a la fecha de la sentencia.

"a) (sic) Para AMPARO QUINTERO DE ALVAREZ:

"Por perjuicios materiales, lucro cesante, la suma de 12.399.246.80.

"Por perjuicios morales subjetivados, una suma equivalente al valor de 1.000 gramos de oro, al precio del gramo de oro a la fecha de la sentencia.

"B) Liquidación para el hermano:

"Para ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO:

"Por perjuicios morales subjetivos, una suma equivalente al valor de 1.000 gramos de oro, al precio del gramo de oro a la fecha de la sentencia.

"C) Liquidación para los tíos y los abuelos.

"Para CARLOS AURELIO ALVAREZ FANDIÑO, ISAURA MARIA CAJIAO DE ALVAREZ, FERNANDO AURELIO ALVAREZ CAJIAO, ISAURA ELVIRA ALVAREZ CAJIAO, SIGIFREDO ALVAREZ CAJIAO, JULIAN ALVAREZ CAJIAO Y LUZ ELENA QUINTERO, a cada uno, una suma equivalente al valor de 1.000 gramos de oro, al precio del gramo de oro a la fecha de la sentencia, por concepto de perjuicios morales subjetivados.

"Por daño emergente, la suma que resulte demostrada.

"3o. Para la liquidación de las sumas anteriores indicadas, solicito se ajusten teniendo en cuenta el aumento registrado por el índice de precios al consumidor.

"4o. Condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, al pago de intereses comerciales sobre las sumas liquidadas, desde la fecha de los hechos.

"5o. El INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES cumplirá la sentencia en los treinta días siguientes a la ejecutoria del fallo».

"LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

"Los actores para sustentar sus pedimentos expusieron los hechos que el Tribunal procede a resumir así:

"El menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO ingresó en horas de la mañana del 2 de diciembre de 1990 con un cuadro clínico de obstrucción intestinal a la Sección de Urgencias del Instituto de los Seguros Sociales en el Hospital Universitario San José de Popayán donde fue atendido por el médico de turno quien formuló al infante 0.8 cm de Metoclopramida por vía parenteral y dispuso

la remisión a la casa de habitación del menor, de donde debió regresar al Hospital hacia las 10 a.m., con la presentación de un cuadro de intoxicación por metoclopramida, totalmente dopado, insensible, con la boca rígida, síndrome febril y con obstrucción intestinal.

A partir de ese momento relata la demanda una serie encadenada de omisiones y errores de parte del personal del Instituto de los Seguros Sociales que culminó con la muerte del menor.

"Indican los demandantes como fallas y omisiones: la no persencia del cirujano y anestesiólogo de turno, circunstancia que retardó angustiosamente la intervención del niño; la desatención por parte del mismo personal y la pediatra tratante durante el postoperatorio y la no remisión a la sala de cuidados intensivos, cuando el caso lo ameritaba.

"Señalan los demandantes que de esa manera se vulneraron claros y expresos ordenamientos constitucionales y se les irrogó perjuicios a conforme detallan en sus peticiones "....

.....

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"1o. **LA COMPETENCIA:**

"Corresponde a este Tribunal conocer de la presente acción en PRIMERA INSTANCIA, dado el monto de la mayor de las pretensiones consignadas en la demanda y el lugar de ocurrencia de los hechos, todo ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132, numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.

"2o. **El Régimen de responsabilidad aplicable.**

"Establecido como está en el proceso que el menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO fue atendido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, sometido a cirugía y posteriormente falleció durante el período post operatorio, el *sub-júdice* viene a gobernarse por el régimen de falla presunta en la prestación del servicio médico oficial. Es decir, se presume que la atención del servicio médico asistencial prestada por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales funcionó de manera inadecuada y que esa circunstancia causó la muerte del señalado infante.

"Asume, de esta manera, el Tribunal la orientación jurisprudencial contenida en sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado con fecha 30 de julio de 1992 y 24 de agosto del mismo, con ponencias de los Honorables Consejeros, Doctores Daniel Suárez Hernández y Carlos Betancur Jaramillo, respectivamente.

"En el primero de los fallos antes indicados, se dijo:

"...por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, "por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una Institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

"Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someterse al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisfacieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

"Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ellos los centros clínicos oficiales que sirvan al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias del caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento".

"Sobre la base del criterio que se deja expuesto, el Honorable Consejo de Estado en el segundo de los fallos antes referidos, amplió el concepto de la Corporación sobre este régimen de responsabilidad, de la manera siguiente:

"Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo, consagra en forma más técnica la noción de falla presunta. Y aunque esta especie del género falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por arma de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía), estima la Sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferentes. Así:

"Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, con el daño y la relación de causalidad),

en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la Constitución Nacional), produciéndose así más que una persunción de falta, una de responsabilidad.

"Esta distinción permite entender que en los casos de falla persunta, dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, **cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque esta se presume.**

"En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la persunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentan ahora en el derecho colombiano, respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción.

Así, en el caso de que alguien alegue que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, **el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente.** En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas, al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo de tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

"Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas,

porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan persentarse durante el proceso operatorio (Ha subrayado el Tribunal).

"A la luz de los lineamientos que se dejan transcritos corresponde al Tribunal entrar a examinar los hechos probados en el proceso, en punto a establecer si la parte demandada, a través de ellos logra desvirtuar la presunción de falla en el servicio de asistencia médica.

"3o. **Los hechos que rodearon la atención al menor Alvarez Quintero.**

"La propia administración, a través del comité médico *ad-hoc* que investigó el caso hoy sometido a estudio de este Tribunal, resume de manera siguiente el proceso de atención del indicado infante:

"El paciente consulta a Urgencias del ISS el 2 XII-90 a las 6 a.m. donde se aplica metoclopramida. IM.

"Según datos que figuran en la Historia Clínica el paciente ha sido visto por médico particular el 30 de noviembre de 1990 quien formuló metoclopramida oral suero oral.

"No se sabe si el médico de urgencias conocía este antecedente.

"Cuando el paciente es llevado nuevamente el mismo día a urgencias, 5 horas más tarde, se hospitaliza por posibles efectos secundarios de la metoclopramida.

"El tratamiento para los efectos secundarios de la metoclopramida se hace parcialmente ya que se indicó líquidos IV y diurético pero no se puede aplicar el antídoto específico, Defenhidramina parenteral, por no haber en servicio ni farmacia del ISS.

"El diagnóstico del problema abdominal se confirma en parte por los hallazgos radiológicos por lo cual se pide interconsulta a cirujano de turno.

"Desde el momento en que se hace el diagnóstico de posible obstrucción intestinal y el acto quirúrgico, transcurren 8 horas, tiempo empleado para tomar exámenes de laboratorio, radiografías, interconsulta con otros médicos, disección de vena etc.: **tiempo posiblemente muy largo y que deteriora el estado general del paciente.**

"Además faltaron algunos datos paraclínicos que hubieran podido establecer un diagnóstico aproximado del estado de equilibrio ácido-básico-hidroelectrolítico y renal **que permitieran una mejor preparación para el acto quirúrgico y la evaluación posterior.**

"Según la Historia Clínica no hay evaluación médica post quirúrgica.

"Por lo anotado anteriormente creemos que el manejo del paciente en sus diferentes etapas tuvo algunas fallas que pueden atribuirse algunas de ellas al abscurecimiento del cuadro en parte por el uso de la Metoclopramida. No hay autopsia para sacar mayores conclusiones sobre las causas de muerte" (folios 106 y 107, cuaderno de pruebas) (subraya el Tribunal).

"Este análisis y conclusiones iniciales a las que llegara el indicado comité médico *ad-hoc,* vino a ser ampliado el primero de marzo de 1991, contando ya con la presencia y orientación del doctor JAIME LINDO TORRIJOS, Jefe de la Oficina Nacional de Evaluación de Calidad; del doctor Leider Vergara M., Jefe de la Oficina Seccional de Planeación e Informática y del Jefe de la División de Servicios de Salud Seccional, encargado. El Tribunal se permite recoger en esta providencia el texto de dichas conclusiones y recomendaciones, por cuanto resultan reveladoras del nivel de atención prestado en el presente caso.

"Al analizar la historia clínica se puede concluir que hay una serie de fallas de tipo institucional (estructura); en el proceso de atención (prestación de servicios) y de demanda de servicios.

"LOS (SIC) DE TIPO INSTITUCIONAL SON:

"a) Falta de algunos medicamentos adecuados y específicos por (sic) el efectivo control de los efectos colaterales de la metoclopramida.

"b) Atención de niños en urgencias por parte de médico general y no de pediatra que hubiera podido evaluar el caso desde un principio en forma más adecuada.

"c) Retardo en respuesta a interconsulta debido a la organización establecida para la prestación de estos servicios.

"d) Falta de disponibilidad de radiólogo en días feriados.

"e) El niño estuvo hospitalizado en el área de pensión del hospital en donde el personal de enfermería no pertenece administrativamente al ISS.

"LOS DE TIPO DE PRESTACION DE SERVICIOS (PROCESO DE ATENCION).

"a) Falta de un control más decidido y oportuno del paciente en cuanto a su permanente evolución mientras respondía la interconsulta y, especialmente relacionado con su estado de hidratación y función renal completado con estudios paraclínicos como electrolitos, y pruebas de funcionamiento renal.

"b) Cabe anotar que como se trata de un análisis de una historia clínica, no sabemos si el pediatra de turno tuvo otras ocupaciones concomitantes, como atención de otros casos, asistencia a cesáreas, atención de recién nacidos etc., que pudieran haber desviado su atención confiado en la interconsulta que se había solicitado.

"c) Retraso en la intervención quirúrgica en muchas horas, que pudo haber agravado las condiciones del paciente como se demuestra por la nota del anestesista quien encuentra deshidratado al paciente al hacer la evaluación de éste, y ordena una hidratación rápida con disección de vena para corregirla.

"d) Falta de mejor control post operatorio en equipo (cirujano, anestesista y pediatra) hasta una real estabilización del paciente antes de ser evacuado de sala de recuperación.

"e) Falta de autopsia para mayores conclusiones (folio 109 del cuaderno de pruebas).

"Lo hallado por el comité *ad-hoc* del Instituto de Seguros Sociales, encuentra respaldo no solamente en los datos consignados en la historia clínica que obra en el proceso y a la cual hace referencia el informe, sino que, encuentra la Sala, que viene a concordar con declaraciones testimoniales recibidas en el curso del presente proceso que merecen credibilidad, como son las exposiciones ofrecidas por el doctor HERVE ORLANDO TAPIA (folios 42 a 46); Rovira Collazos Collazos (folios 63 a 70) y Cira Herlinda Castro de Burgos (folios 79 a 89) y las notas de enfermería que en fotocopia auténtica corren entre folios 228 y 230 del cuaderno de pruebas.

"Con tales elementos de prueba tan claros y contundentes mal puede pretenderse desvirtuar la falla presunta en la prestación del servicio médico, pues que antes que enervarla viene a corroborar lo presumido. Resulta evidente la muy triste realidad de la deficiente atención prestada en el caso presente al menor Alvarez Quintero, dejando traslucir la muy poca importancia que le merece a la administración la adecuada dotación de hospitales y servicios oficiales de salud que, para utilizar la expresión del Tribunal Nacional de Etica Médica, se caracteriza por el «excesivo celo de ahorro económico", lo cual se hace "con graves riesgos para la salud y vida del enfermo..." (folio 359, cuaderno de pruebas).

"3.1. **La excepción propuesta por el Instituto de Seguros Sociales.**

"Tal y como se ha visto, el Instituto demandado, al descorrer el traslado propuso como excepción en su favor la que denominó de "Inexistencia de la Obligación de Indemnizar" que hace descansar, en última instancia, en el caso fortuito, como quiera que aduce como causa de la muerte del niño Alvarez Quintero la ocurrencia de "un accidente imprevisible e impresdisible (sic)", el que, según indica en su escrito de contestación, consistió en la bronco aspiración que sufrió el niño al presentar vómito.

"No empero que la excepción propuesta no está llamada a prosperar por cuanto se ha establecido que el Instituto no actuó con la diligencia y cuidado debidos y que una serie de omisiones, carencias o descuidos se hicieron presentes de manera por demás alarmante durante la atención prestada al menor. Baste

mencionarse que al momento en que se produjo la supuesta broncoaspiración (la que, además, no se ha probado que fuese -- la causa de la muerte), no había aspirador para contrarrestarla; que el médico hospitalario «no sabía» de la presencia del menor ni de las condiciones en que se hallaba; que no fue posible practicarle el colon por edema sugerido por el médico particular que había tratado al niño antes de la hospitalización y que tenía por objeto reducir la invaginación del intestino porque no había radiólogo; que no pudo cumplirse el tratamiento para atender la intoxicación por metoclopramida por cuanto no existía en farmacia, ni en el servicio el antídoto específico para ello y que fuera ordenado por la pediatria; que entre el momento del diagnóstico de obstrucción intestinal y la cirugía transcurrió un tiempo demasiado largo que permitió que el estado general del niño se deteriorara; que no existió un adecuado control de la hidratación del niño y, por último -que fue lo primero- la primera atención del menor la efectuó un médico general que sin consignar diagnóstico alguno formuló la metoclopramida sin precaver mediante observación hospitalaria los efectos colaterales que podía producir, quiere el Tribunal referirse a ella.

"El caso fortuito lo ha definido el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 (?) como "el imprevisto a que no es posible resistir ..." de donde resultan ser sus notas características el que no exista razón especial para creer en su realización (imprevisible) y, además, que sea imposible evitar sus consecuencias (irresistible).

Sobre estas características del caso fortuito señala el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez:

"El hecho debe ser imprevisto e irresistible en sí mismo, es decir, que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar habría podido preverlo y resistirlo. Se requiere una imposibilidad absoluta. Una simple dificultad o una imposibilidad relativa, personal al agente, no bastan; la culpa se aprecia *in abstracto*. Un hecho que se hubiera podido prever y evitar con mayor diligencia o a costa de un mayor esfuerzo o sacrificio no es caso fortuito; un hombre prudente lo habría previsto y evitado. Esto es suficiente para privarlo de ese carácter". (Alessandri Rodríguez Arturo, "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil", Tomo II, página 600, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1987).

"En el *sub-júdice* no ha ocurrido, precisamente, un caso fortuito, aun en el supuesto -no probado- de haber ocurrido la muerte del niño por broncoaspiación, pues que tal fenómeno sí era previsible, dados los antecedentes médicos del menor que acaba de ser sometido a una cirugía. Si hubiese estado disponible el aspirador que se echa de menos en el informe a que esta providencia se ha referido y la atención del personal de enfermería hubiese sido permanente, se habría podido resistir el "accidente", por manera que la excepción propuesta por el Instituto carece de fundamento para estar llamada a ser atendida.

"4o.- **La situación de los médicos que son parte en el proceso.**

Debe insistir el Tribunal en la circunstancia de no haberse demostrado cuál fue la causa de la muerte del menor Alvarez Quintero.

"En efecto al anotar el médico hospitalario de turno la causa de la muerte, señala «broncoaspiración», sin embargo tal eventualidad no está comprobada como claramente lo aducen varios demandados, pues que no se le practicó autopsia.

"Aparte de lo anterior existe dentro del conjunto de elementos probatorios una pieza de especial importancia que permite poner en duda la indicada causa del deceso. Se trata de las anotaciones de enfermería que obran al folio 161 del cuaderno de pruebas, las cuales dan cuenta de los últimos momentos de vida del infante.

"Allí se lee que a las 2 a.m. el niño que continúa con temperatura de 39 grados, "se queja y **trata de vomitar**", no que vomitó.

"Pasan 50 minutos entre tal anotación y la siguiente en que la enfermera (testigo presencial) señala: "Se observa que le merma la respiración y se queda con la mirada fija, se coloca 02 y se llama al doctor Morales que viene enseguida, lo examina y lo declara muerto, **ya declarado muerto vomitó bastante líquido chocolatoso".**

"Sobre la base de esta circunstancia considera el Tribunal que mal puede determinarse la responsabilidad de un o unos médicos en particular, máxime que, como lo establece el Tribunal de Etica Médica, la actuación de los mismos se ajusta a lo científico y éticamente aceptado.

"Por lo demás, ninguna relación determinante de la muerte puede tenerse por probada entre el actuar de los profesionales y aquella.

"El niño no murió por la intoxicación de metoclopramida (se insiste); tampoco falleció por el retardo del cirujano en iniciar la operación, pues esta fue exitosa, hasta donde se tiene establecido en el proceso, y, en fin, las diversas conductas imputadas a los médicos no tuvieron una causa determinante y culposa en la muerte del menor Alvarez Quintero, por lo que la presunción de falla respecto de ellos no puede operar y sí mantenerse la presunción de falla anónima frente al ente oficial" (fls. 363-377, C.1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 401 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender a perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"1o. Al menor Leonardo Alvarez Quintero, el día 2 de diciembre de 1990 se le suministró la atención médica necesaria incluyendo intervención quirúrgica cuyo resultado fue satisfactorio, buscando aliviar la referida crisis gastrointestinal dándole el Instituto de Seguros Sociales la atención necesaria a una situación delicada que presentó el menor referido y respecto de la cual se realizaron todas las actuaciones necesarias tendientes a aliviar dicha crisis.

"2. El Tribunal de Etica Médica del Cauca, el Tribunal de Etica Médica Nacional y el Comité *ad-hoc* del Instituto de Seguros Sociales, después de analizar en forma pormenorizada el caso y la conducta de los profesionales vinculados a la Entidad, determinó como se aprecia dentro del expediente que no hubo falta contra la ética ni contra el debido proceder médico por parte del personal que dicho día prestó sus servicios al menor fallecido. El doctor Víctor Manuel Rodríguez, médico especialista en pediatría, manifiesta que la dosis de droga recibida por el menor era la dosis adecuada a su edad y peso y por lo tanto no hay ninguna relación de causalidad entre la aplicación de la droga Plasil cuyo nombre genérico es Metoclopramida y la posterior muerte por bronaspiración en el post operatorio del menor.

"3. Es obligatorio afirmar en este proceso que derivado de la inexistencia total de elementos diagnosticantes de un proceso de broncoaspiración causante de la muerte que nos ocupa, estamos en presencia de una de aquellas situaciones claramente imprevisibles e imposibles de solucionar al presentarse por cuanto al no poder prever no se puede realizar ningún tipo de trabajo preventivo que nos permita incoar el riesgo que dicho proceso presenta no sólo en un niño recién nacido operado, sino incluso en muchísimos niños que tranquilamente descansan en sus hogares y que por efectos del azar desarrollan un proceso broncoaspiratorio y fallecen en el mismo.

"4. Quiero resaltar para efectos del análisis de ustedes, Honorables Magistrados, el hecho importante de que con posterioridad al fallecimiento del niño, existen pruebas que afirman que continuaba extrayéndose de sus ductos digestivos un líquido «chocolatoso», lo que significa que la enfermedad que el niño presentaba fue la que llevó al proceso de broncoaspiración, proceso que a la postre fue la causa única de su fallecimiento.

"La noción de falla presunta en la prestación del servicio, elemento que sustenta de una manera determinante la decisión que en virtud del presente documento, me permite sustentar el recurso de apelación interpuesto quedaría en el evento o de no haber sido aplicado un medicamento para tratar de controlar el primer estado de crisis del menor, o de no haberse presentado la intervención quirúrgica que permitiera tratar de sacarlo de la crisis gastrointestinal presentada, pero en ningún caso puede imputarse porque el paciente hubiera presentado un proceso físico broncoaspiración ajeno completamente a diagnóstico, y por ende a una falla en la labor de los paramédicos para poder evitarlo. No se puede evitar algo que se desconoce que va a ocurrir.

"Cuando se detectó el estado del menor inmediatamente se realizaron todas las actuaciones necesarias para salvar su vida, encontrándose que éste ya había fallecido y por lo tanto no había nada que hacer y el estado del menor quedó detectado dentro del mismo lapso en que presentó el proceso broncoaspiratorio.

"5. Ya se había podido detectar que el niño presentaba deseos de vomitar, pero lo que no se sabe es de qué manera presentó el proceso broncoaspiratorio. Si no se pudo detectar dicho proceso que lo llevó a la muerte, es imposible imputar fallas en el servicio a un ente del Estado que no ha tenido forma de detectar a través de sus miembros un proceso interno de salud de uno de sus pacientes.

"6. Se desconoce, señores Magistrados, si el proceso broncoaspiratorio fue interno del niño en estado de inconciencia sujeto por la influencia de los anestésicos y por lo tanto tampoco en este evento es posible imputarse falla persunta en el servicio a las entidades del Estado, específicamente a mi poderdante.

"Con base en todo lo anterior, solicito a los señores Magistrados modificar la sentencia apelada en el sentido de exonerar en su totalidad de responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales frente a este proceso y condenar en costas a los demandantes» (fls. 401-402, C.1).

-III-

CONCEPTO DE LA PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA

La Procuradora Segunda Delegada, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

"Evaluadas las pruebas se observa, entre las de índole testimonial recepcionadas a varios de los galenos del Instituto de los Seguros Sociales que por una u otra razón intervinieron, o tuvieron conocimiento del caso del menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, algunas que contienen aspectos de importancia que pueden contribuir a establecer la real ocurrencia de los hechos materia del presente proceso, razón por la cual se transcriben o resumen, en lo pertinente.

"El doctor ANCIZAR MORALES (fl. 50), médico de turno en el Hospital Universitario San José, de los Seguros Sociales de Popayán, profesional a quien le correspondió certificar la defunción del menor, expresó: "...al revisar la historia clínica encontré como diagnóstico: pieza mesentérica - obstrucción intestinal-insuficiencia respiratoria..." Comenta luego que las dos causas inicialmente mencionadas son de origen congénito y la tercera, "posiblemente debida a una broncoaspiración". Finalmente comenta que el caso fue discutido dentro del gremio médico concluyendo que "posiblemente" el niño vomitó y broncoaspiró produciéndole esto una insuficiencia respiratoria que pudo ser la causa de su muerte.

"El doctor ESPINOSA NAVIA, médico de urgencias del ISS, comenta en su declaración que ese día, diciembre 2 de 1990, inició su turno en urgencias a las 7 a.m., que como a las 11:25 llegó una señora con un niño de brazos en estado febril y somnoliento al que luego de ser examinado se le diagnosticó su estado como efecto secundario del plasil (metoclopramida), droga aplicada horas antes. Un poco mas tarde el niño fue examinado por la pediatra doctora ESMERALDA MARTINEZ quien le diagnosticó "obstrucción intestinal" debiendo ser sometido a una cirugía. En horas de la terde, antes de ser llevado el niño para la intervención quirúrgica ordenada, llegó el doctor ORLANDO TAPIAS, médico de la familia del niño y recomendó la conveniencia de que lo examinara nuevamente la pediatra, pues éste seguía vomitando y luego de examinar las radiografías con el doctor ARIAS, el cirujano, comentaron que con un exámen de "colon por edema" practicado por un radiólogo podría solucionarse la obstrucción intestinal del niño, exámen que no se le practicó debido a que no había radiólogo de turno por ser día festivo.

"A folios 45 y 46 del cuaderno de pruebas se halla la declaración del doctor ARIAS CALDAS, médico que intervino quirúrgicamente al menor ALVAREZ QUINTERO, quien comenta que la cirugía fue satisfactoria y no se presentaron complicaciones durante la misma, que para el post-operatorio se consideró la posibilidad de llevar al niño a la Unidad de cuidados intensivos, pero como seguía con diarrea y podía infectar a otros niños se dispuso su traslado a la habitación bajo el cuidado de una enfermera. Agrega que para aclarar la verdadera causa del deceso del menor habría sido necesario practicarle la autopsia, exámen que no fue autorizado por sus padres quedando la duda si la muerte del niño fue consecuencia de alguna causa congénita en razón de los antecedentes de embarazo de la madre que presentó ruptura de membrana a los 6 meses y un parto con cesárea a los ocho meses.

"El oficio fechado febrero 22 de 1991 (fl. 293), suscrito por el doctor SOFONIAS YACUP, director del Hospital Universitario de San José de Popayán -ISS- dice en uno de sus apartes: "...Revisado el archivo (sic) de la U.C.I (Unidad de Cuidados Intensivos) no existe solicitud de ingreso del paciente. Se aclara que en ningún momento se le negó el ingreso al mencionado paciente a la citada unidad..".

"Una de las enfermeras comenta al respecto, que se consideró la posibilidad de llevar al niño a la Unidad de Cuidados Intensivos, pero que no se dejó ninguna solicitud escrita para que éste fuera trasladado allí.

"La señora AMPARO QUINTERO DE ALVAREZ, madre del niño fallecido, presento denuncia ante el Tribunal de Etica Médica en diciembre 4 de 1990 por "presuntas faltas a la ética médica por la atención dada al infante LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, en dependencias de Urgencias del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN".

"Adelantada la investigación del caso, el Tribunal de Etica Médica declaró que no existía mérito para formular cargos por violación de la ética en contra de los profesionales denunciados, doctores MARCO JOSE OCAMPO L., ESMERALDA MARTINEZ Y LUIS HERNAN ARIAS. (Fallo de abril 25 de 1991 -fls. 117 - 122 c.l.).

"El informe rendido por el Médico Pediatra del ISS, doctor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ (fl. 100 C-2), referente a la dosis de metoclopramida (plasil) aplicada al menor LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, respecto de la cual se afirma en la demanda fue excesiva y que según diagnóstico médico inicial en la sección de urgencias del hospital produjo en el menor efectos secundarios, como somnolencia y estado febril, el referenciado informe anota: "Revisada la H.C. se observa que se aplicó 0.8 cc., dósis única intramuscular a un niño con peso de 8.600 gramos, lo que equivale a una dosis terapéutica normal para este niño".

"Se estima necesario destacar algunos de los apartes del estudio realizado por el Comité Médico *ad-hoc* designado por la propia administración para que investigara el caso del menor ALVAREZ QUINTERO, estudio al cual también se remite el Tribunal Administrativo del Cauca y que, dada la importancia de sus conceptos y conclusiones, este despacho también destaca.

"El estudio en referencia hace un recuento desde que el paciente ingresó a urgencias del hospital del ISS el 2 de diciembre de 1990 a las 6:00 a.m., oportunidad en la que se le aplicó metoclopramida Im. y se le llevó a su casa nuevamente. Cinco horas más tarde regresó el infante al hospital ordenándose su hospitalización por "posibles efectos secundarios de la metoclopramida, siendo tratado al efecto parcialmente... ya que se indicó (sic) líquidos y diuréticos pero no se puede aplicar el antídoto específico, defenhidramina parenteral, por no haber en servicio ni en farmacia del ISS ...; desde el momento en que se hace el diagnóstico de posible obstrucción intestinal y el acto quirúrgico transcurren 8 horas, tiempo empleado para tomar exámenes de laboratorio, radiografías, interconsulta con otros médicos, disección de "vena, etc., tiempo posiblemente muy largo y que deteriora el estado general del paciente...".

"Más adelante se lee: "...Además faltaron algunos datos paraclínicos que hubieran podido establecer un diagnostico aproximado del estado de equilibrio - ácido básico hidroelectrolítico y renal que permitiera una mejor preparación para el acto quirúrgico y la evaluación posterior...": No hay evaluación post quirúrgica; ... por lo anotado anteriormente creemos que el manejo del paciente en sus diferentes etapas tuvo algunas fallas que pueden atribuirse algunas de ellas, al obscurecimiento del cuadro en parte, por el uso de la metoclopramida. No hay autopsia para sacar mayores conclusiones sobre las causales de muerte del niño...".

"El anterior análisis fue ampliado con posterioridad, en marzo de 1991, oportunidad en la que el Comité Médico ad-hoc fue asesorado por otros profesionales de la medicina como el Jefe de la Oficina Nacional de evaluación de Calidad, el Jefe de la Oficina Seccional de Planeación e Informática y el Jefe de la División de Servicios de Salud- Seccional encargado, quienes hicieron algunas sugerencias y llegaron a conclusiones importantes respecto de la intención prestada al niño ALVAREZ QUINTERO.

"Este segundo informe en lo pertinente precisa: "... al analizar la Historia Clínica se puede concluir que hay una serie de fallas de tipo institucional (estructura) en el proceso de atención (prestación de servicios) y de demanda de servicios"... Los reseñados como de tipo institucional se enumeran así: "...falta de algunos medicamentos adecuados y específicos...; atención de niños en urgencias por parte de médico general y no de pediatra...; falta de mejor control post operatorio en equipo, (cirujano, anestesista y pediatra), hasta una real estabilización del paciente antes de ser retirado de la Sala de recuperación...; retardo en respuesta a interconsulta debido a la organización establecida para la prestación de estos servicios...; falta de disponibilidad de radiólogo en días feriados; falta de un control mas decidido y oportuno del paciente en cuanto a su permanente evolución mientras respondía a la interconsulta y, especialmente en cuanto toca con su estado de hidratación y función renal; retraso en la intervención quirúrgica en varias horas, lo que pudo haber agravado las condiciones del paciente como se demuestra por la nota del anestesista quien encuentra deshidratado al niño y ordena una hidratación rápida, con disección de venas para corregirlas...".

"Las anotaciones citadas encuentran respaldo probatorio en los elementos de juicio testimonial y documental aportados al expediente, pruebas que prestan veracidad y certeza respecto a la consolidación y existencia de la presunción de falla de la Administración, falla no atribuible al cuerpo médico en sí por deficiencias en su gestión y servicio profesional, sino a la Institución demandada por la inadecuada dotación de equipos médicos y hospitalarios, e insuficiencia de personal médico para cubrir permanente y oportunamente todas las áreas, conclusión evidente e inobjetable, como lo acreditan las pruebas reseñadas.

"Jurisprudencialmente y como innovación de ha venido dando aplicación a la falla presuntamente del servicio frente a situaciones relacionadas con intervenciones médicas y quirurgicas en las que por su propia naturaleza, exclusividad y privacidad, el acreditar la falla o falta alegada por los demandantes se convierte en una barrera infranqueable, ya que la comprobación de aspectos científicos o técnico-profesionales sobre los cuales se edifican los cargos, es difícil y casi que imposible para quienes alegan la falla y pretenden indemnización por los perjuicios ocasionados por causa de la misma.

"Establece la nueva jurisprudencia que "...mientras en el evento de la responsabilidad por la falla de servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se

presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros dos se sabe el daño y la relación de causalidad, en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosidad ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico produciéndose así mas que una presunción de falta, una de responsabilidad.

"La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque el actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así en el caso de que alguien alegue que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales que se le prestó el servicio en la fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"...en este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente..." (sentencia 24 de agosto de 1992, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo).

"El Tribunal del Cauca falló declarando administrativamente responsable al ISS por la muerte del niño LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, al encontrar que los elementos de prueba aportados al proceso son claros y contundentes, y que frente a éstos mal puede pretender desvirtuarse la falla en la prestación del servicio médico la que, antes que ser enervada, viene a corroborar la falla presumida, anota al efecto el *a-quo:* "...Resulta evidente la muy triste realidad de la deficiente atención prestada en el caso del menor ALVAREZ QUINTERO dejando traslucir la muy poca importancia que le merece a la Administración la adecuada dotación de hospitales y servicios oficiales de salud que, para utilizar la expresión del Tribunal Nacional de Etica Médica, se caracteriza por el "excesivo celo de ahorro económico, lo cual se hace en graves riesgos para la salud y la vida del enfermo...".

"Con relación a los médicos llamados en garantía dentro del proceso, el *a-quo* los absolvió de responsabilidad con base en las pruebas que conforman el expediente, las cuales analiza frente a las actuaciones de los galenos implicados, concluyendo que mal puede determinarse la responsabilidad de uno o varios médicos en particular, máxime que, como lo establece el Tribunal de Etica Médica, la actuación de éstos se ajustó a lo científico y éticamente aceptado".

"La Administración -ISS- apeló el fallo del Tribunal argumentando que al menor ALVAREZ QUINTERO se le suministró la atención médica necesaria incluyendo la intervención quirúrgica practicada, cuyo resultado fue satisfactorio. Destaca que ninguno de los galenos del ISS incurrió en falla del servicio frente a los cuidados y tratamientos que el estado de salud del menor exigían; y agrega que debe tenerse en cuenta la importancia de la anotación registrada en la

Historia Clínica del Infante respecto a que, con posterioridad a su fallecimiento continuaba extrayéndose de su ducto digestivo un líquido "chocolatoso", lo que significa que la enfermedad que el niño presentaba fue la que propició la broncoaspiración que a la postre fue la causa única de su fallecimiento, proceso físico completamente imprevisto e impredecible médicamente por ende, no imputable a falla del personal médico, paramédico o a la misma institución de salud donde era atendido.

Concluye este despacho que no existe en el expediente prueba concreta y clara que permita establecer con certeza la real causa del fallecimiento del menor ALVAREZ QUINTERO. No puede afirmarse que su deceso fue consecuencia de "broncoaspiración", tal causa se consigna tan sólo como una posibilidad; tampoco puede concluirse que fue por los efectos secundarios intoxicantes producidos por la metoclopramida pues esto tampoco es confirmado como causa determinante de su muerte; en cambio, sí es factible sostener, puesto que así lo acreditan los elementos de juicio que integran el proceso, que hubo una serie de circunstancias, como se concluyó en el informe rendido por el Comité Médico *ad-hoc* oportunamente comentado, que ligadas entre sí permiten establecer la existencia de fallas estructurales a cargo de la administración pública, que de no existir, permitirían con seguridad una eficiente, oportuna e idónea prestación de los servicios de salud a la comunidad que acude en busca de los mismos a instituciones asistenciales, confiando en que éstas se hallan dotadas acorde a las exigencias y necesidades que su propia naturaleza impone y que el Estado como ente encargado de velar por el bienestar del conglomerado social, está en la obligación de prestar.

"Esta Agencia del Ministerio Público pedirá la confirmación de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca en febrero dos de 1993, no obstante que considera que en el presente caso, las pruebas analizadas permiten afirmar que se dio de manera clara la falla del servicio" (fls. 410-419, C.1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes, de universo económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que se dio la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica el *ad-quem* hace suya la valoración jurídica, fáctica probatoria que hizo el sentenciador de instancia, por encontrarla seria, ponderada, y ajustada a la lógica de lo razonable, pues el fallo en puridad de verdad es JUSTO.

De la prueba apreciada por el Tribunal, la Sala le da especial mérito probatorio a las CONCLUSIONES que el COMITE *AD HOC*, integrado por resolución No. 1242 de 18 de diciembre de 1990, originaria de la Gerencia del Instituto de los Seguros Sociales presentó el día ocho (8) de enero de 1991 (ACTA No. 001), y el primero (1o.) de marzo del mismo año, en las cuales y en lo pertinente se destaca:

"El paciente consulta a Urgencias del ISS el 2-XII-90 a las 6 a.m. donde se aplica Metoclopramida IM.

"Según datos que figuran en la Historia Clínica el paciente ha sido visto por médico particular el 30 de noviembre de 1990 quien formuló Metoclopramida oral y suero oral. ------ No se sabe si el médico de urgencias conocía este antecedente.

"Cuando el paciente es llevado nuevamente el mismo día a urgencias, 5 horas más tarde, se hospitaliza por posibles efectos secundarios de la Metoclopramida.

"La pediatra de turno, llamada para ver el paciente hace además el diagnóstico de posible obstrucción intestinal.

"El tratamiento para los efectos secundarios de la metoclopramida se hace parcialmente ya que se indicó líquidos IV diurético pero no se puede aplicar el antídoto específico Difenhidramina parenteral, por no haber en servicio ni farmacia del ISS.

"El diagnóstico del problema abdominal se confirma en parte los hallazgos radiológicos por lo cual se pide interconsulta al cirujano de turno.

"Desde el momento en que se hace el diagnóstico de post obstrucción intestinal y el acto quirúrgico, transcurren ? horas, tiempo empleado para tomar exámenes de laboratorio, radiografías, interconsulta con otros médicos, disección de vena etc.; tiempo posiblemente muy largo y que deteriora el estado general del paciente.

"Además faltaron algunos datos paraclínicos que hubieran podido establecer un diagnóstico aproximado del estado de equilibrio ácido básico- hidroelectrolítico y renal que permitieran una mejor preparación para el acto quirúrgico y la evaluación posterior.

"Según la historia clínica no hay evaluación médica post-quirúrgica.

"Por lo anotado anteriormente creemos que el manejo del paciente en sus diferentes etapas tuvo algunas fallas que pueden atribuirse algunas de ellas al obscurecimiento del cuadro en parte por el uso de la Metoclopramida. No hay autopsia para sacar mayores conclusiones sobre las causas de muerte" (fls. 106-107, C.1).

ACTA No. 002

"El objetivo de la reunión fue el de reanalizar y evaluar la calidad del proceso de la atención brindada al niño LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, frente a los parámetros normatizados por el Instituto de Seguros Sociales, con base en la Historia Clínica Número 910533319, para lo cual, el doctor Jaime Lindo hizo como introducción una explicación sobre las formas de evaluar la calidad en la atención de salud; las etapas que comprenden el análisis de una evaluación, encaminadas a determinar si el proceso de atención en salud brindado a un paciente tuvo los niveles esperados en términos de oportunidad, continuidad, suficiencia, integridad, racionalidad científica y, también, el compromiso que en un momento dado puede tener el estado de la estructura de los servicios.

"Con base en los lineamientos anteriores, los interrogantes del Comité *AD HOC* hicieron un profundo análisis de la atención brindada a nivel hospitalario al niño LEONARDO ALVAREZ QUINTERO, desde el momento que los familiares lo llevaron a consulta de urgencias ISS (diciembre 2 de 1990 a las 6 horas) hasta cuando se produjo su deceso (diciembre 3 de 1990 a las 2 y 50 horas).

Por unanimidad los integrantes del Comité decidieron que esta acta es un complemento del acta No. 001, cuyo contenido es la descripción en el tiempo del tipo de atención brindada al paciente Alvarez Quintero, fundamentada en la correspondiente historia clínica y producto del análisis efectuado en la reunión que se llevó a cabo el ocho (8) de enero de 1991 y las 14 y 30 horas, por lo que en la presente acta se consigna lo pertinente a las conclusiones a que se llegaron como resultado del análisis del proceso de atención que a continuación se describen, y de igual manera la formulación de recomendaciones:

CONCLUSIONES:

Al analizar la historia clínica se puede concluir que hay una serie de fallas de tipo institucional (estructura); en el proceso de atención (prestación de servicios) y de demanda de servicios.

"LOS DE TIPO INSTITUCIONAL SON:

"a) Falta de algunos medicamentos adecuados y específicos por el efectivo control de los efectos colaterales de la Metoclopramida.

"b) Atención de niños en urgencias por parte de médico general y no de pediatría que hubiera podido evaluar el caso desde un principio en forma más adecuada.

"c) Retardo en respuesta a interconsulta debido a la organización establecida para la prestación de estos servicios.

"d) Falta de disponibilidad de radiólogo en días feriados.

"e) El niño estuvo hospitalizado en el área de pensión del hospital en donde el personal de enfermería no pertenece administrativamente al ISS.

"LOS DE TIPO DE PRESTACION DE SERVICIO (PROCESO DE ATENCION)

"a) Falta de un control más decidido y oportuno del paciente en cuanto a su permanente evolución mientras se respondía la interconsulta y, especialmente relacionado con su estado de hidratación y función renal completado con estudios paraclínicos como electrolitos, y pruebas de funcionamiento renal.

"b) Cabe anotar que como se trata de un análisis de una historia clínica, no sabemos si el pediatra de turno tuvo otras ocupaciones concomitantes, como atención de otros casos, asistencia a cesáreas, atención de recién nacidos etc. que pudieron haber desviado su atención confiado en la interconsulta que se había solicitado.

"c) Retraso en la intervención quirúrgica en muchas horas, que pudo haber agravado las condiciones del paciente como se demuestra por la nota del anestesista quien encuentra deshidratado al paciente al hacer la evaluación de este, y ordena una hidratación rápida con disección de vena para corregirla.

"d) Falta de mejor control post-operatorio en equipo (cirujano, anestesista y pediatra) hasta una real estabilización del paciente antes de ser evacuado de la sala de recuperación.

"e) Falta de autopsia para mayores conclusiones.

"LOS DE TIPO DEMANDA DE SERVICIOS:

"Fallas de la familia al no consultar en primera instancia al ISS sino después de 48 horas de iniciados los síntomas y después de haber recibido medicamentos.

"RECOMENDACIONES:

"Realizar reuniones periódicas del personal médico con directivos para discutir problemas relacionados con prestación de servicios, aplicación de soluciones a las dificultades que impiden una buena atención (droga, equipos, laboratorio, turnos, unidades de cuidados intensivos, recursos humanos etc.).

"Propender por una mayor disponibilidad de recursos humanos para la atención del niño como más especialistas pediatras generales, cirujanos, neonatólogos, neurólogos, neumólogos, intensivista etc., teniendo en cuenta el aumento progresivo del número de beneficiarios y la demanda cada vez mayor de atención en esta seccional.

"Facilitar en forma periódica la actualización del profesional por medio de información escrita, asistencia a cursillos.

"Estimular el del buen profesional que reduce en la generalización de una óptima prestación de servicios.

"Es fundamental que el ISS establezca con prioridad mecanismos para la educación de la comunidad sobre «conservación de la salud»; buena y racional utilización de los servicios para descongestionar consulta externa y urgencias. Sería conveniente establecer un nivel de atención primaria para educación y orientación adecuada del beneficiario.

"En fin seríamos interminables en sugerencias y recomendaciones; creemos que la pregunta que debemos hacernos es POR QUE OCURREN LAS FALLAS? y la respuesta integral a esta pregunta nos ayudaría a realizar una mejor atención.

"No sobra agregar que el médico no sólo debe evaluar y consolar, sino educar y pervenir.» (fls. 108-110, C.1).

Dentro del marco probatorio anterior la Sala encuentra que el informe rendido por los profesionales de la medicina Dres. LUIS ARTURO ADRADA CORDOBA, GUIDO DE ROSA PEÑA Y MARIELA OBREGON, tiene fuerza de convicción. Cómo desconocer, por ejemplo que el niño-paciente careció del suministro de algunos medicamentos adecuados y específicos, para el efectivo control de los efectos colaterales de la Metoclopramida; que la evaluación fue hecha por médico general, y no por un pediatra que hubiera podido hacerlo desde un principio "...en forma más adecuada...", que hubo retardo en respuesta a interconsulta debido a la organización establecida para la prestación de tales servicios, que no se dispuso de un radiólogo, que el paciente no tuvo un control más decidido y oportuno, en cuanto a su permanente evolución, mientras se respondía a la interconsulta. Acaso el retraso en la intervención quirúrgica, por muchas horas, no pudo agravar las condiciones del paciente ¿Por qué no se le hizo a éste un mejor control post-operatorio en equipo (cirujano, anestesista y pediatra)?

Las mismas RECOMENDACIONES que el citado comité hace en el ACTA No. 2, dejan en el fallador serias inquietudes sobre la forma como el Seguro Social atiende a sus pacientes. Allí, y después de enlistar las falencias que presenta el organismo, los profesionales de la ciencia médica se preguntan con universo filosófico: "POR QUE OCURREN LAS FALLAS? La respuesta la dieron el día 21 de septiembre de 1993 los médicos de la Central de Urgencias del citado Instituto, cuando a través de la prensa nacional hicieron pública una carta dirigida a los tribunales de ética de la profesión, y a las autoridades respectivas, en la cual y en lo pertinente se lee:

"Creemos que ha llegado el momento de hacer explícito nuestro desacuerdo con la situación que se padece en los servicios asistenciales del Departamento de Urgencias de la Clínica San Pedro Claver.

"Es por eso que manifestamos el sentirnos profundamente afectados en nuestra responsabilidad como humanos, como profesionales de la salud y como funcionarios de una institución de servicios prepagados de salud.

"Estamos obligados a diario a enfrentarnos a condiciones de insensibilidad con los pacientes que nos llegan la mayor parte de las veces en estado preagónico; las razones político-administrativas no son claras para nosotros y no les podemos brindar la ayuda vital suficiente para alejarlos de la muerte.

"Ante una demanda de servicios conocida de sobra. Se contemporiza con una pasmosa tranquilidad ejecutiva con el crónico déficit de planta física y de personal médico y paramédico, de esenciales ayudas diagnósticas, de elementales medios terapéuticos, de básicos elementos para examen físico de los pacientes, etc.

"Esta es una condición a la que estamos sometidos desgastando cotidianamente nuestra salud por la gran generación de estragos que de ella se deriva, agregándose a lo ya expuesto las casi inexistentes medidas de higiene, al inherente al ejercicio en medio de permanente exposición.

"Hemos soportado en forma desapacible, por decir lo menos, tan temible situación por la buena fe que le hemos puesto a las promesas repetidas que se nos han hecho de parte de distintos niveles, tanto administrativos como de dirección, sumándose a esto el temor producido por la potencial represividad de que se revisten las jerarquías que respalda el organigrama en la institución que con tan limitada generosidad nos contrata.

"Por otra parte, ronda en nuestras mentes también como elemento perturbador de nuestra tranquilidad el compromiso ético que puesto al servicio del ente interinstitucional del Instituto de Seguros Sociales, lleve impreso cada uno de nuestros actos que en razón de nuestro trabajo sobre afiliados (y no afiliados) que hoy en día se hallan cada vez más sensibilizados por las crecientes normas de carácter jurídico que le dan posibilidad de despertar apetitos reivindicativos contra profesionales de un nivel de gran importancia para los planes del ISS, y por ende del Estado, pero a escala general, políticamente despreciables.

"Estas son las reflexiones de las que queremos dejar constancia en la conciencia social y los respectivos Tribunales de Justicia.

"No obstante, queremos aprovechar este documento para que quienes están dirigiendo los diferentes sistemas de salud de nuestro país, recapaciten y pongan en práctica políticas de salud que en realidad toquen los centros más sensibles del dolor de nuestros pacientes sin que se haga a expensas de la dignidad de los profesionales de la salud".

Como si lo que se deja expuesto fuera poco, para dar por demostrada la falla del servicio, viene en apoyo de esta conclusión el fallo del Tribunal de Etica Médica, que conoció de la muerte del infante LEONARDO ALVAEZ QUINTERO, y que valoró la conducta del Dr. ARIAS, en cuyos considerandos se lee:

"En lo concerniente al primer hecho, o sea, haberse demorado llegar al centro hospitalario, estando en turno de llamada, esta Colegiatura considera que existió excesiva confianza por parte del implicado al ausentarse de su casa sin dejar razón al celador o sin llamar al I.S.S., para informar dónde se encontraba.

"Sinembargo, tal demora no es exclusivamente imputable al doctor ARIAS sino que se debió a la carencia de una adecuada reglamentación de los citados turnos, a la falta de instrumentos eficaces para localizar al médico y al excesivo celo de ahorro económico de la llamada medicina institucional que en vez de tener especialistas permanentes en los centros hospitalarios, creó los mencionados turnos, con graves riesgos para la salud y la vida del enfermo, pues aun suponiendo que el profesional médico estuviera pendiente con suma diligencia de cualquier llamado y suponiendo sistemas de localización eficientes, de todos modos, ello no impediría que en casos de particular urgencia, el médico llegara tarde.

"De todas maneras, no hubo ninguna relación entre la llegada tarde del médico implicado y la muerte del niño, pues según consta en autos, la intervención quirúrgica se desarrolló de manera satisfactoria.

"Además, como infortunadamente, y de manera inexplicable, no se llevó a cabo la necropsia del infante, no podemos saber cuál fue la causa determinante de su muerte y, por ende, si fue inevitable o imprevisible o si se debió a la negligencia y, en este último caso, a quién le sería imputable.

"Más aún, si se debió a broncoaspiración, como se sugiere, serían otras personas, diferentes al implicado, las responsables y la misma institución hospitalaria por carecer de los elementos necesarios para superar una emergencia de esa naturaleza" (fls. 359-360, C.1).

En este momento del discurso judicial el sentenciador se pregunta: Acaso la carencia de una adecuada reglamentación de turnos, la falta de instrumentos eficaces para localizar los médicos y el excesivo "...celo de ahorro económico de la llamada medicina institucional..." no son *per se* falencias de la institución, que dan lugar, en muchos casos, a deducir responsabilidad administrativa, a la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional?

B) Frente a los temores que el cuerpo médico viene registrando por las continuas condenas que la justicia contencioso-administrativa hace, contra los centros de imputación jurídica a cargo del Estado, la Sala desea recordar que ellas toman apoyo en realidades fácticas como las que se recogen dentro del presente proceso, que conmueven por la falta de consideración y respeto por la persona humana enferma. Esta es tratada con frecuencia, como una cosa, y muchos médicos desempeñan su papel como simples TECNICOS, pues no ven en el hombre más que una MAQUINA, y no al SER HUMANO que soporta la enfermedad. Un centro de atención médica

responsable debe contar con los elementos necesarios para atender a los pacientes, y los profesionales de la medicina no deben avalar con su comportamiento complaciente las deficiencias que ellos presentan, como consecuencia de la burocracia o el desgreño. Tampoco deben obligarse a cumplir jornadas de trabajo más allá de lo razonable. Un médico fatigado es un peligro para el enfermo, que definitivamente no puede ser en sus manos, un juguete del destino. El tiene derecho a esperar su muerte, si de eso se trata, con valor y dignidad. Para el logro de estos fines el centro hospitalario, y el profesional de la medicina, están obligados a hacer el mejor de los aportes, ora en la prestación del servicio, ora como sacerdotes educados para dar la respuesta correcta a los problemas que el enfermo plantea. La ORTOTANASIA es también un derecho fundamental de la persona humana.

C) La LEGITIMACION POR ACTIVA quedó bien demostrada en lo que hace relación con los padres de la víctima CARLOS ROMAN ALVAREZ Y AMPARO QUINTERO, quienes contrajeros matrimonio el día 17 de julio de 1981. De esta unión nacieron ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO (octubre 23/1981) y el occiso LEONARDO ALVAREZ QUINTERO (junio 3/1990).

Por todo lo anterior se confirmará la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el Tribunal en favor de los primeros por un mil (1.000 gramos de oro fino para cada uno y de quinientos (500) gramos de oro para el hermano.

Se revocará la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el Tribunal en favor de los sedicentes abuelos de la víctima, pues no demostraron serlo. En auto calendado el día ocho (8) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), se decretó prueba de oficio orientada a llenar el vacío probatorio, pero el apoderado de la parte actora guardó silencio sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.) CONFIRMANSE los numerales primero (1o.), tercero (3o.), cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la sentencia calendada el día dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro de proceso del rubro.

2o.) REVOCASE el numeral segundo (2o.) de la misma sentencia, el cual quedará así:

2o.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a las personas que a continuación se indican, y por concepto de PERJUICIOS MORALES, las siguientes cantidades de oro fino:

A CARLOS ROMAN ALVAREZ QUINTERO Y AMPARO QUINTERO ALVAREZ (padres), 1.000 gramos de oro fino para cada uno de ellos.

A ALEJANDRO ALVAREZ QUINTERO (hermano), quinientos (500) gramos de oro fino.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriado este fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

3o.) Expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4o.) Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta, Lola Elisa Benavides López,* secretaria.

RESPONSABILIDAD POR FALLA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA/INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD IRRESPONSABILIDAD OBJETIVA/ERROR JUDICIAL

La responsabilidad de la Administración, por PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD, toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el articulo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. El error judicial puede responder a una errónea apreciación de km hechos, o a una desfasado subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis, normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez. La responsabilídad de la administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de P. P., pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. Para que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la de que no se registre una ACTTIUD DOLOSA 0 CULPOSA POR PARTE DEL SINDICADO o de los DANINMCADOS. La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. P.,

es OBJETIVA, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre quince (1 5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 9391. Apelación. Actor: Alberto Uribe Oñate. Demandado: La Nación-Ministerio de Justicia.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador Judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1 994), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en virtud de la cual se DENEGARON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Procede la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda dentro de las presentes diligencias, previos los siguientes

"ANTECEDENTES:

"Los señores ALBERTO URIBE OÑATE y MARIA EUGENIA SALDAÑA DE URIBE, quienes actúan en su nombre y en representación de los menores ALEJANDRA LUCIA, GUILLERMO ANDRES E IVAN FERNANDO URIBE SALDAÑA, los señores HERNAN ALBERTO URIBE SALDAÑA, ALICIA MARIA OÑATE DE URIBE, JESUS URIBE OÑATE, EDUARDO URIBE OÑATE, WILSON URIBE OÑATE, MARTA URIBE DE MOLANO, ALICIA URIBE OÑATE y LUCIA URIBE DE ARANGO, quienes en su orden son hijos, madre, hermanos y hermano de los primeros, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento formulan demanda contra La Nación-Ministerio de Justicia - Poder Judicial, para que en sentencia definitiva se le hagan las siguientes,

"DECLARACIONES Y CONDENAS:

"PRIMERA.- Declárase que la Nación Colombiana es administrativamente responsable de la atención y encarcelamiento contra derecho del señor ALBER-

TO URIBE OÑATE ocurrida por el procedimiento judicial que se originó por su vinculación como presunto cómplice en el secuestro y homicidio de los indígenas ANGEL MARIA TORRES, ANTONIO HUGUES CHAPARRO Y LUIS NAPOLEON TORRES CRESPO.

"SEGUNDA.- Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación a la reparación patrimonial consistente en pagarle perjuicios morales a los demandantes que son: MARIA EUGENIA SALDAÑA DE URIBE; los menores ALEJANDRA LUCIA, GUILLERMO ANDRES e IVAN FERNANDO URIBE SALDAÑA, representados éstos por sus padres, y HERNAN ALBERTO URIBE SALDAÑA, ALICIA MARIA OÑATE DE URIBE, JESUS URIBE OÑATE, EDUARDO URIBE OÑATE, WILSON URIBE OÑATE, MARTHA URIBE DE MOLANQ, ALICIA URIBE OÑATE y LUCIA URIBE DE ARANGO; materiales y morales para ALBERTO URIBE OÑATE.

"Nota: En lo tocante a los perjuicios materiales se tendrá en cuenta el ingreso que se pruebe, y en su defecto el salario mínimo legal mensual más el auxilio de transporte, en cualquier caso ajustado con base en los índices de precios del DANE, y en lo que se refiere a los morales, con base en el valor de un gramo de oro para la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al proceso y por este concepto se solicita, para cada uno de los demandantes, la cantidad de 1.000 gramos de oro, sin que se entienda limitada a tal, si, para la época del fallo, la jurisprudencia aceptare un mayor número de gramos".

"HECHOS

"Los relata la demanda así:

"Señala que el asunto de los indígenas cobró una notoriedad no sólo a nivel nacional, sino internacionalmente, teniendo un gran despliegue en los diferentes medios de comunicación, en donde se hacía referencia de la vinculación de ALBERTO URIBE OÑATE a tan detestable hecho; lo que condujo a la destrucción moral de ALBERTO URIBE OÑATE y su familia, integrada por su esposa, sus hijos, madre y hermanos.

"Expresa que dicha situación no se hubiera presentado si el Juez 65 de Instrucción Criminal no lo hubiese vinculado al crimen por la sola circunstancia de haber transportado a los indígenas al Terminal de Valledupar, le hizo falta a la Nación seriedad y tino a través de su funcionario.

"Finalmente, señala que ALBERTO URIBE OÑATE consigna en un documento el que todo el padecimiento, peregrinaje, sentimientos, vicisitudes, al igual que la de su familia y que a pesar de ser remitido a los diferentes medios de comunicación éste no fue publicado".....

.....

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"De las pruebas documentales que obran en el proceso quedó plenamente demostrado:

"Que el señor ALBERTO URIBE OÑATE ingresó al Ministerio de Gobierno el día 26 de octubre de 1990 a desempeñar el cargo de profesional universitario 3020-04 de la División de Asuntos Indígenas de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad, con un ingreso mensual de $127.200.00 (v. f. 26 cuaderno l).

"Que el señor URIBE OÑATE fue suspendido del referido cargo y posteriormente fue declarado insubsistente su nombramientol (v.f.26 cuaderno 1).

"Que el actor estuvo privado de su libertad durante el tiempo comprendido entre el 27 de marzo de 1991 y el 24 de octubre del mismo año, según consta en la certificación expedida por el Asesor Jurídico de la Cárcel Judicial de Valledupar y que dice.:

"MINISTERIO DE JUSTICIA... I.N.P.E.C. ...CARCEL JUDICIAL DE VALLEDUPAR ... SECCION JURIDICA ... EL SUSCRITO ASESOR JURIDICIO (E) DE LA CARCEL JUDICIAL DE VALLEDUPAR ... CERTIFICA: Que el señor ALBERTO URIBE OÑATE, ingresó a este Centro Carcelario el día 27 de marzo de 1991, mediante oficio fechado marzo 26/91, suscrito por el Dr. JOSE MANUEL JAIMES QUINTERO - Juez Segundo de Instrucción Criminal Ambulante, sindicado por el delito de prevaricato a disposición del H. Tribunal Superior de esta ciudad, quien ordenó su libertad el día 26 dejunio de 1991 mediante oficio No. 1098, quedando a disposición del Juez 65 de Instrucción Criminal Ambulante del Distrito Judicial de Bogotá, por el presunto delito de Secuestro y Homicidio. Este Despacho mediante telegrama 084 de fecha octubre 21/91, informó que el procesado quedaba a disposición del Juez 93 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, quien debía calificar el mérito del sumario... El mencionado fue puesto en libertad definitiva el 24 de octubre de 1991, según boleta 020 expedida por la Dra. LEDHA ROSA MEJIA PARRA, Juez Once de Instrucción Criminal de esta ciudad, por haberlo dispuesto el JUZGADO NOVENTA Y TRES DE INSTRUCCION CRIMINAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, en oficio 247 de la fecha...".

"El señor ALBERTO URIBE OÑATE fue vinculado a un proceso penal originado por el secuestro y homicidio de los indígenas ANGEL MARIA TORRES, ANTONIO HUGUES CHAPARRO y LUIS NAPOLEON TORRES CRESPO, en donde se le dictó medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva por el Juzgado 65 de Instrucción Criminal Ambulante del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., como presunto cómplice de los delitos de secuestro y homicidio de tres indígenas arhuacos, según consta en la

fotocopia del oficio 160 de 16 de mayo de 1991, emanado del despacho anteriormente señalado (v. f. 215 cuaderno 2).

"Que tanto la muerte de los tres indígenas como la detención del señor URIBE OÑATE, tuvo un amplio despliegue publicitario, a nivel local y nacional, según consta en las ediciones de los periódicos El Espectador, el Diario Vallenato que circularon el 20 de enero de 1991, del 2 de junio de 1991, del 13 de octubre de 1991 en el número (página 106), de 17 de diciembre de 1990, del Diario Vallenato (folios 101, 102, 103, 106, 107, 108 cuaderno 1).

"Que al momento de ser calificado el mérito del sumario, el Juzgado 93 de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante auto de 23 de octubre de 1992, cesó todo procedimiento penal en contra de ALBERTO URIBE OÑATE, por considerar que no cometió los delitos a él imputados, concediéndole el beneficio de la libertad provisional (v.f.150 a 214 cuaderno 2).

"La referida decisión fue impugnada, siendo confirinada por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al decidir el recurso de apelación, por auto de 30 de junio de 1992 (v.f.44 a 59, cuaderno l).

"Que mediante resolución 006 de 27 de abril de 1992, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, absolvió de responsabilidad disciplinaria al señor ALBERTO URIBE OÑATE de los cargos imputados por estar presuntamente comprometido en el homicidio de los indígenas arhuacos LUIS NAPOLEON TORRES, ANGEL MARIA TORRES Y ANTONIO HUGUES CHAPARRO (v.f. 67 a 94 cuaderno l).

"La controversia jurídica se contrae a determinar si la detención privativa de que fue objeto el señor ALBERTO URIBE OÑATE constituyó una falla del servicio que apareje responsabilidad a cargo de la Administración.

"La que deberá ser estudiada a la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional vigente, en atención a que el apoderado del actor solicita la indemnización con fundamento en dicha norma.

"En el artículo 90 de la actual Constitución en forma expresa consignó la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

"Hoy en día es posible determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado como consecuencia de las actuaciones judiciales, tal y como se desprende del contenido del artículo 414 del C. de P. P.

"Antes de entrar al estudio de las pruebas allegadas al proceso, es necesario en primer término, establecer qué se entiende por daño antijurídico.

"Al respecto el Honorable Consejo de Estado en sentencia de 18 de febrero de 1993 expresó:

"Ahora bien, ante la ausencia de una definición constitucional y legal que concretamente determine el sentido de la expresión **"daños antijurídicos"** utilizados en el precepto comentado, la Sala ha acudido a la doctrina española para establecer el alcance de dicho concepto, y así, entre otros, en fallos de 3 1 de octubre de 1991, expediente No. 6515; de 22 de noviembre de 1991, con ponencia del señor Consejero Doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA; y de 3 0 de julio de 199 1, expediente 694 1, con ponencia del señor Consejero Doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, se han trasladado, en lo pertinente, las siguientes nociones:

"Según LEGUINA," ... un daño seráantijurídico cuando lavíctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica". (Cita de J. M. de la Cuétara. La actividad de la Administración. Tecnos, pág. 554), "... no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial".

"Al referirse al concepto "técnico-jurídico" de lesión resarcible o daño antijurídico, el profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, hace las siguientes consideraciones:

"Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

"A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicios. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad sujetiva) (sic), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo".

"Para que se configure el daño jurídico es preciso que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.

"El que no se configura en el presente caso, ya que del contenido de la providencia del Juez 93 de Instrucción Criminal, se desprende que contra ALBERTO URIBE OÑATE pesaban unas pruebas que inicialmente permitieron dictar medida de aseguramiento contra el sindicado como evidentemente ocurrió, pero que posteriormente por ampliación de los mismos testimonios y ampliación de la indagatoria del sindicado y de la versión libre rendida por una de las hijas de los indígenas DUFANY ROSARIO TORRES CRESPO, se llegó a la conclusión que habían desaparecido los supuestos de la medida cautelar personal, sin que subsista un indicio que lo vincule con los hechos investigados procediendo a dictar cesación de procedimiento en su favor (v. f. 47).

"Significa lo anterior que cuando el demandante fue detenido preventivamente existía mérito,para ello, y en tales circunstancias no se puede predicar que el Juez actuó en forma inexcusable.

"Es bueno precisar que si el Juez 65 de Instrucción Criminal Ambulante incurrió en un error inexcusable la acción debe adelantarse en su contra ante la jurisdicción ordinaria en los términos a que se refiere el artículo 40 del C. de P. C.

"En este orden de ideas y refiriéndonos a la lesión o daño antijurídico, tenemos que decir que esta figurajurídica no se configura, porque para que, exista lesión resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico, es decir que el sujeto que lo sufre no tenga el deberjurídico de soportarlo.

"En el presente caso no se puede afirmar que el señor ALBERTO URIBE OÑATE no debía soportar la acción de Injusticia porque es obvio como quedó señalado anteriormente que contra él existía una vinculación respaldada por indicios y por testimonios, como se desprende del razonamiento jurídico del Juez que revocó el auto de detención, decisión ésta que fue confirmada por el superior.

"Cabe anotar además que contra ALBERTO URIBE OÑATE se adelantó una investigación disciplinaria que terminó con la absolución de la misma, pero ello no impedía de ninguna manera la iniciación de la investigación penal.

"Lo cierto es que tanto en la investigación disciplinaria como en la penal se le imputaron unos cargos con fundamento en unas pruebas e indicios, pero que a la postre culminaron con una absolución en el proceso disciplinario y una cesación de procedimiento en el proceso penal.

"Entonces no puede afirmarse como se lee en la demanda que hubo privación injusta de la libertad del demandante.

"Porque de acuerdo con el artículo 3 88 del Código de Procedimiento Penal para que se dicte medida de aseguramiento se requiere que contra el sindicado resultara por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas producidas en el proceso y esto esjustamente lo que aconteció en el caso de estudio, con fundamento en los testimonios de GENTIL CRUZ PATIÑO y EVA ALONSO CAMACHO los que más tarde fueron valorados por otro juez y bajo otras circunstancias que permitieron la cesación de procedimiento.

"De allí que la detención preventiva fue ocasionada por unos testimonios y en tales condiciones no podemos endilgarle responsabilidad al Estado, sino a ellos mismos, por lo que si procedía alguna actuación debería enderezarse contra ellos.

"Tampoco puede deducirse responsabilidad del Estado por el desbordamiento de las informaciones periodísticas respecto a los hechos que motivaron la demanda, porque ello es una responsabilidad propia de los periodistas quienes deben conservar su ética y ajustarse a la ley de prensa, máxime cuando como en el presente caso no existe constancia procesal de que ellas hayan sido suministradas por agente de la administración judicial.

"Es indudable que tanto las informaciones periodísticas como la detención del señor ALBERTO URIBE le causaron un daño irreparable, pero de ninguna manera imputable a la administración de justicia, sino a quienes de una u otra manerapermítieronstivinculación, tanto al procesopenal como al disciplinario" (fis. 270-281 Cuaderno No. I).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 284 y siguientes del cuademoNo. 1, obra el escrito en el cual el apoderado de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"La sentencia: la tesis central del Tribunal, sustentándose en sentencia del 18 de febrero de 1993 del Consejo de Estado, el que a su vez, se apoya en unas nociones doctrinarias de tratadistas como Leguina y Eduardo García de Enterría, es la de que en síntesis, "para que se configure el daño antijurídico es preciso que el sujeto que lo sufre, no tenga el deber jurídico de soportarlo". El Tribunal remata

expresando que "no se puede afirmar que el señor ALBERTO URIBE OÑATE no debía soportar la acción de la justicia".

"De primera mano es necesario replicar de inmediato y respetuosamente al Tribunal: se coincide en que la acción de la justicia debe soportarse. Son las arbitrariedades las que no deben soportarse.Y el Estado colombiano fue arbitrario, inicuo, con URIBE OÑATE y su familia.

"Caben, entonces, las siguientes reflexiones:

"1. Sostiene la Corporación que si el Juez 65 de Instrucción Criminal Ambulante "ncurrió en error inexcusable la acción **debe** adelantarse en su contra ante la jurisdicción ordinaria en los términos a que se refiere el art. 40 del C. de P. C.". (-el subrayado es mío-).

"Pienso que no acierta el Tribunal con el razonamiento precedente. Cuando utiliza el vocablo **"debe"** le da una connotación imperativa y plantea, implícitamente, como vía única la acción contra el juez. Y no es así.

"El particular que se crea lesionado puede demandar (-a elección suya-) al Estado o al funcionario. Y el Estado, haciendo el llamamiento en garantía, podrá repetir contra su agente. El diáfano art. 90 de la nueva Constitución no establece excepciones. La tesis de la responsabilidad estatal por las actuaciones judiciales se ha abierto camino. Y es que tiene que ser así. Es más, el mismo Tribunal lo acepta al citar el art. 414 del C. de P. P. (-página 7 *un fine* del fallo). Esta norma no es independiente sino que está subsumida en la disposición constitucional. No consagra un tipo de responsabilidad distinta a la general que contempla la de mayor rango.

"2.- Sostiene el fallador que "Tampoco puede deducirse responsabilidad del Estado por el desbordamiento de las informaciones periodísticas respecto a los hechos que motivaron la demanda, porque ello es una responsabilidad propia de los periodistas quienes deben conservar su ética y ajustarse a la ley de prensa, máxime cuando como en el presente caso no existe constancia procesal de que ellas hayan sido suministradas por agente de la administración judicial".

"A mi juicio, la Corporación reflexionó equivocadamente. Aquí cabe un razonamiento: Debe entenderse que si los funcionarios judiciales (-juez de instrucción y subalternos-) son los custodios de un expediente penal sometido a la reserva del sumario y si los periodistas estuvieron al tanto de las intimidades del proceso revelando quiénes eran los sindicados y, en general, el desarrollo del mismo la inferencia lógica es que la fuente de los comunicadores la constituyeron esos agentes judiciales. Así, si se establece la sustracción de unos valores que estaban en una caja fuerte el indicio más grave apunta necesariamente contra su custodio.

"3. La Corporación, no obstante que admite que "es indudable que tanto las informaciones periodísticas como la detención del señor ALBERTO URIBE le causaron un daño irreparable" (página 12 del fallo), pero sitúa la responsabilidad en otras personas, mas no en laNACION, falló en asunto de espaldas a una gran realidad: Es evidente, notoriamente evidente, no sólo en Colombia sino en la totalidad de los países, que cuando un hecho suscita o cobra gran notoriedad y por lo mismo pone en movimiento a la opinión pública, esta misma comienza a cuestionar la eficacia del Estado. Surge, así, la necesidad (-urgente-) de encontrar (-inmediatamente-) responsables, culpables. Y surge, también con la misma celeridad, el "chivo expiatorio". En este caso lo fue URIBE OÑATE y por reflejo (-o efecto dominó-), su familia. Es que al fin y al cabo, hay que satisfacer la voracidad de la opinión pública y ello se consigue a través de los medios de comunicación. Hay que entregar un "resultado" el que, por su precipitud, casi siempre, es desacertado e injusto. De haberlo percibido así, la Corporación habría accedido a las súplicas de la demanda".

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho. Por lo demás, no es una aecisión justa.

En el caso *sub-exámine* el *ad-quem* encuentra que el señor ALBERTO URIBE OÑATE, quien para el momento en que fue detenido ocupaba el cargo de Profesional Universitario 3020-04 de la División de Asuntos Indígenas de la Dirección General de Integración y Desarrollo de la Comunidad, con sede de actividades en Valledupar - Cesar -, fue detenido el día 27 de marzo de 1991 y dejado en libertad, por orden del Juzgado 93 de Instrucción Criminal de Bogotá el día 24 de octubre, del mismo año, es decir, que estuvo privado de la libertad por casi siete meses.

Sindicado del delito de PREVARICATO, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia calendada el día veinticinco de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), definió de una vez por todas su situación jurídica al resolver:

"2o.) Revocar la resolución acusatoria proferida por el mismo despacho judicial contra el procesado ALBERTO URIBE OÑATE, por el delito de prevaricato por acción contra el Municipio de El Copey.

"3o.) Decretar la cesación del procedimiento a favor del procesado ALBERTO URIBE OÑATE, por los delitos de prevaricato por acción y omisión, de que da cuenta este proceso, por atipicidad de las conductas imputadas al procesado.

"4o.) Decrétase la libertad del procesado ALBERTO URIBE OÑATE sin ninguna formalidad procesal previa. Líbrese la correspondiente boleta de liber-

tad, indicándole al Director de la Cárcel la situación que se indica en el numeral siguiente.

"5o.) Como contra el procesado ALBERTO URIBE OÑATE fue proferido auto de detención precautelar por el Juzgado 65 de Instrucción Criminal Ambulante del Distrito Judicial de Bogotá, por el delito indicado en la parte motiva de esta providencia, pónese a dicho procesado a disposición de tal juzgado en la Cárcel Judicial de esta ciudad. Ofíciese en tal sentido al mencionado Instructor y al Director del referido plantel carcelario" (C. 2, fol. 43).

De los considerandos del anterior proveído, el *ad-quem* retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la realidad fáctica. En ellos se lee:

"LA SITUACION DEL PROCESADO ALBERTO URIBE OÑATE.

"Como hubo de plantearlo la Sala mayoritaria en la condigna discusión del proyecto inicial de fallo, este procesado no se encuentra incurso en el delito de prevaricato en ninguna de sus modalidades como se pasa a demostrar;

"1o) El punible de prevaricato por acción que define el art. 149 del C. P. requiere de un sujeto activo calificado, de calificación jurídica, desde luego que sólo puede ser autor de tal injusto un empleado oficial. Este sujeto activo para que realice toda la conducta descrita en el mencionado artículo tiene que proferir resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley..." En el presente caso resulta incuestionable que el proceso Uribe Oñate ni dictó la resolución objeto de este proceso, ni aun dictándola tenía potestad funcional o administrativa para hacerlo. En el primer caso aparece evidente que él no incurrió en el tipo descrito en el art. 149 arriba citado; y, en el segundo, se estaría frente a un arquetípico caso de prevaricato imposible, como el que cometería un alcalde municipal que dictara resolución acusatoria contra alguien por un delito de homicidio, ni más ni menos. Ahora bien, del hecho que dicho procesado aparezca firmando la resolución del 9 de abril de 1990, tipificadora del punible *sub-júdice*, no es posible sostener que él también participó en dicho hecho punible, o que es coautor del mismo. Simplemente se trató de una equivocada y tal vez viciosa actuación del procesado Uribe Oñate como auditor de la Contraloría Municipal de El Copey, ya que él como funcionario de tal entidad fiscalizadora no tenía por qué suscribir el mencionado acto administrativo. En efecto, como bien lo señala la señora Fiscal en su visita aludida, apoyando su concepto en el art. 298 del Decreto 222 de 1983, y en el art. 69 de nuestra agonizante Ley de Leyes, entre las funciones de la Contraloría, a cualquiera de sus niveles oficiales, no está la de celebrar contratos administrativos sino la de ejercer sobre ellos la vigilancia que le señala la ley para su cumplimiento y desarrollo. En consecuencia, con la firma o sin la firma del autor, el delito de prevaricato se cometía, siempre que la resolución contentivo de la acción estuviese firmada por el alcalde de El Copey, como en efecto ocurrió. En consecuencia, la intervención del procesado Uribe Oñate en

la suscripción de la prealudida resolución era totalmente inocua y, por lo tanto, su comportamiento en relación con tal resolución fue absolutamente atípico. En consecuencia, la resolución acusatoria formulada contra él por el delito de prevaricato omisivo habrá de ser revocada y, en su reemplazo, se proferirá auto de cesación de procedimiento por tal conducta punible.

"Quedaría por resolver si el mismo procesado ha podido incurrir en prevaricato por omisión al no ejercer la debida vigilancia en relación con el contrato entre el procesado Laverde Restrepo y la señora Arciniegas de Granados. A este respecto cabe anotar que la función de la Contraloría en relación con la contratación administrativa, se contrae a ejercer "un control posterior" el cual está señalado en el art. 298 del Decreto 222 ya mencionado, norma superior a la cual deben sujetarse las regulaciones que sobre tal materia hagan los Códigos Fiscales departamentales y municipales. En consecuencia, al procesado Uribe Oñate sólo le competía auditar la cuenta de cobro presentada por la señora Arciniegas de Granados, en orden a verificar si ella tenía respaldo en algún contrato y otro acto administrativo dimanado del Municipio de El Copey, y si la suma a que dicha cuenta se refería tenía amparo presupuestal y si se ajustaba a los términos del contrato que la originaba. Pero en modo alguno podía entrar el auditor a cuestionar o a objetar dicha cuenta, en razón a que en el contrato que la había originado no se habían llenado algunos requisitos legales para su ejecución, ya que el control que a este respecto compete a la Contraloría no es previo sino posterior, como claramente lo expresa el art. 298 antes citado. En consecuencia era el procesado Laverde Restrepo a quien le correspondía como alcalde contratante la verificación y cumplimiento de los requisitos tantas veces mencionados, ya que sin el cumplimiento de ellos no era factible el proferimiento de la resolución materia de este proceso. En consecuencia, este procesado también será favorecido por un auto de cesación de procedimiento por el delito de prevaricato omisivo, en razón de la atipicidad de su conducta al respecto.

"Como consecuencia de tal determinación el procesado tendría derecho a su libertad inmediata, si no fuese porque a folio 53 del cuaderno de esta Corporación aparece un oficio remitido al *ad-quo* (sic) por el Juez 65 de Instrucción Criminal Ambulante del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual se informa que contra el procesado Uribe Oñate fue proferido por tal despacho auto de detención preventiva, por complicidad en el secuestro de tres indígenas Arhuacos. En consecuencia, el procesado será puesto a órdenes de dicho funcionario en el mismo establecimiento carcelario en que se halla. Se oficiará en tal sentido al mismo Instructor" (fls. 39-42 cuaderno No. 2).

Sindicado de los delitos de SECUESTRO Y HOMICIDIO. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en providencia de treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), resolvió:

"CONFIRMAR la cesación de procedimiento proferidas en favor de ALBERTO URIBE OÑATE Y DE EDUARDO ENRIQUE MATTOS LIÑAN, este último por razón de su muerte que extingue la acción penal, con relación a los delitos de Secuestro y Homicidio Agravado, por los cuales se les vinculó al proceso en calidad de procesados".

De los considerandos de la citada providencia el *ad-quem* retiene los siguientes apartes, pues su lectura permite la cabal comprensión de las circunstancias particulares del caso. En ellos se destaca:

"El otro de los procesados, responde al nombre de Alberto Uribe Oñate, nacido el 22 de noviembre de 1946 en la población de La Paz - Cesar-, hijo de Jesús Uribe Correa (fallecido) y Alicia Oñate de Uribe, y quien ocupaba el cargo de Director de la Casa Indígena con sede en Valledupar, para la época de la desaparición de los indígenas arhuacos.

"Se le vinculó al sumario mediante su respectiva declaración de indagatoria y por auto del 15 de mayo de 1991, originario del Juzgado 65 de Instrucción Criminal Ambulante de Santafé de Bogotá, D.C., dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva "como presunto cómplice de los delitos de Secuestro y Homicidio de los Indígenas Arhuacos Angel María Torres, Antonio Hugues Chaparro y Luis Napoleón Torres" (fls. 183 a 202 del segundo cuaderno).

"En la calificación se cesó también con relación a él la investigación que en su contra se adelantaba y ahora corresponde decir, que si bien contrariamente a lo sostenido por el jueza-*quo* la doctrina y la jurisprudencia enseña que sí es factible hacer pronunciamiento sobre la responsabilidad del cómplice, siempre que ésta esté probada, no obstante que no haya sido posible identificar a los autores del delito, pero en este caso le asiste, en cambio, toda la razón en cuanto concluye que ningún medio probatorio apunta a una incriminación directa de la participación de este justiciable en los reatos que dieron origen a la investigación, como tampoco permite que se infiera por vía indiciaria.

"El aspecto subjetivo de la tipicidad de la participación supone el conocimiento del ilícito respecto del cual se presta la ayuda, puesto que sobre la base de este conocimiento se erige el aspecto conativo del dolo de participación, que consiste en querer el resultado que afecta el bien jurídico.

"Los cargos consistentes en que Uribe Oñate fue ubicado en el cargo que ocupaba para que mantuviera una vigilancia permanente sobre la actividad de la comunidad indígena y que entorpeció las diligencias carecen en verdad de todo fundamento, sin más abono que la propia estimación subjetiva de los empleados de la Casa Indígena, quienes muestran poca simpatía hacia él; prácticamente, el sumario sólo prueba sin discusión que Uribe Oñate sabía del viaje que debían emprender los líderes arhuacos y fue la persona que el día de la partida prestó

su colaboración para transportarlos hasta el terminal de transporte, pero de este solo hecho, no puede deducirse que subjetivamente quería prestar una ayuda eficaz para que se retuviera a las víctimas en un sitio determinado del itinerario y posteriormente las eliminaran, comunicando a los autores materiales o intelectuales de la delincuencia el conocimiento que tenía de la hora de partida de los líderes arhuacos.

"Es entendible que Alberto Uribe Oñate se prestó a trasladar a los indígenas hasta el sitio del terininal del transporte, más por un acto de gentileza o por cumplir con su deber, por su condición de Director de la Casa Indígena, y al estar convencido que ejecutaba un acto enteramente lícito, él pudo tener una intención inocentemente distinta a la de prestar una ayuda para que ese día los líderes indígenas fueran interceptados por los sujetos que luego les dieron muerte.

"Sin que sean necesarias mayores argumentaciones a las ya expuestas por el *a-quo,* la providencia objeto de apelación se confirmará tanto con respecto a Alberto Uríbe Oñate, como con relación a Eduardo Mattos Liñán, pero en cuanto a este último, por las razones esbozadas *ab-initio.*

"Como consecuencia de la anterior determinación, se ordenará la cancelación de la caución que prestó Uribe Oñate para gozar del beneficio de la libertad provisional, por la terminación del proceso seguido en su contra (art. 444 del C. de P. P.)" (fls. 56-58 cdno. 2).

B) A la luz de la realidad fáctica que se deja detallada, se impone concluir que el demandante tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados, por la privación injusta de su libertad, dentro del marco de lo preceptuado por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, que a la letra reza:

"ART. 414. INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

Sobre el alcance jurídico de la anterior normatividad la Sala ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse. Así, en sentencia de primero (1o.) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), expediente No. 7058, Actor: CARMEN AMINTA ESCOBAR MEJIA, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, se dijo:

"Cobra en la actualidad mayor respaldo el planteamiento que hace la Sala para declarar la responsabilidad del Estado por causa de la actuación judicial comentada, si se atiende a la norma constitucional contenida en el artículo 90 de la Carta que establece:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las actividades públicas.

"En el evento de ser condenado...".

"De conformidad con el texto transcrito, resulta claro que en el mismo se hace referencia sin establecer diferencias, ni distinciones de ninguna naturaleza, a "la acción o la omisión de las autoridades públicas", lo que permite deducir que dado el contenido genérico de esta expresión, las autoridades judiciales se incluyen como integrantes de las autoridades públicas y consiguientemente con sus actos y omisiones pueden generar la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos causados.

"Por otra parte, cabe advertir que en el artículo 93 de la Constitución vigente se estableció:

"Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

"Según este precepto constitucional, en tratándose de derechos humanos y de prohibición de estados de excepción, las normas de derecho internacional debidamente adoptadas por el Congreso prevalecen sobre las disposiciones legales y constitucionales, en cuya interpretación debe atenderse a la norrnatividad internacional. En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, suscrita en esa fecha por Colombia y ratificada el 31 de julio de 1973, aprobada por la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, consagró en el artículo 10:

"Derecho a Indemnización.

"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

"Lo aquí consagrado, junto con la preceptiva del artículo 90 de la Carta, permiten en la actualidad efectuar otros enfoques para efectos de determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado como consecuencia de las actuaciones judiciales.

"Respalda lo anterior el contenido del art. 414 del nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo texto prescribe:

"Art. 414: Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de

perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no le cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave".

"A pesar de que el anterior precepto no lo incluyó el ejecutivo en el proyecto inicial del Código de ProcedimientoPenal, posteriormente el propio Gobierno lo agregó con miras a desarrollar los artículos 2 y 90 de la Carta Política vigente, el último de los cuales, en forma expresa consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Quedó entonces, instituída legalmente en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria frente al Estado, por aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad".

También en sentencia de 3 0 dejunio de 1994, expediente No. 9734, Actor: NERIO MARTINEZ DITTA, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, se precisó:

"Las autoridades que se dejan relacionadas, demuestran en forma clara que el Estado es responsable de los perjuicios sufridos por Nerio José Martínez Ditta, al ser capturado ilegalmente por agentes de la Policía Nacional. **Esa responsabilidad se deriva del hecho de que a través de esa institución se hizo una detención ilegal, porque los detenidos no estaban en situación de flagrancia cuando fueron capturados, ni existía una orden de autoridad competente.** Ese procedimiento ilegal de la Policía hizo incurrir en error a la Fiscalía Regional de Valledupar y a la Fiscalía Delegada de Barranquilla, entidades estas que procedieron a adelantar la investigación correspondiente, con base en los informes rendidos por los agentes de policía que llevaron a cabo la captura y originaron la investigación que culminó con la orden de libertad de los detenidos, ante la comprobación de la inexistencia del hecho punible.

"Fue la institución demandada la que causó el perjuicio al demandante, porque si no se hubiera realizado la detención ilegal y si no se hubiera anunciado que existían informes de inteligencia que señalaban a los detenidos como integrantes de las FARC, la Fiscalía no habría adelantado el trámite investigativo, ni hubiera prolongado la detención, como sucedió.

"Como acertadamente lo señaló el *a-quo,* el artículo 414 del C. de P. P., **consagra una acción indemnizatoria en contra del Estado y en favor de quien ha sido privado injustamente de la libertad, cuando sea exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible.** Como en el *sub-júdice* se determinó la inexistencia de hecho punible, el actor tiene derecho a reclamar del Estado Colombiano, una indemnización por los perjuicios sufridos. Este artículo 414 es fiel desarrollo del artículo 90 de la

Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las **precisas circunstancias allí previstas'.**

En relación con laresponsabilidad de la administración por PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD, la Sala desea hacer las siguientes precisiones, por la vía jurisprudencial, a saber:

a) Ella toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso, o como lo ha dicho la Corte Constitucional Italiana: "Todo procedimiento judicial que prive a la persona de uno de sus derechos fundamentales y que luego sea considerado erróneo" (Sentencia número 12 de 2 de febrero de 1978).

b) El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasado subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa, o a una groserautilizaciónde lanormatividadjurídica, en el caso sometido aconsideración del juez.

c) El error de hecho, por sí solo, jamás será determinante de la responsabilidad administrativa, pues como lo enseña bien el Profesor Guido Santiago Tawil, "... cualquiera que sea el vicio determinante de la resolución, el errorjudicial no estará en los hechos o en las pruebas, en sí mismos considerados, sino en el MODO DE SUBSUMIR a éstos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en cada caso resulte obligada". (La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia". Depalma, pág. 54).

d) La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. El mismo tratadista, en antes citado, explica su posición académica sobre la materia, la cual patrocina la Sala, dentro del siguiente temperamento:

> "Lo contrario sería admitir que a pesar de reconocerse la existencia de conductas manifiestamente antijurídicas, ellas resulten inmunes a la reparación de los daños que han causado, como consecuencia de no haberse podido recurrir la resolución que les dio origen, sea, por ejemplo, por no ser advertido del error en término, porque el resultado dañoso se manifestó una vez firme aquella, por no tratarse de una de las resoluciones recurribles conforme al ordenamiento formal, o, lo que

es aún peor, por no haber sido el damnificado parte en el proceso en que el supuesto error se cometió" (O. Citada, pág. 56).

e) Además de la existencia del error judicial, en el pronunciamiento judicial, debe probarse la existencia de UN DAÑO FISICO O MORAL, evaluable económicamente, y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable.

f) *Condictio sine qua non* para que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la de que no se registre una ACTITUD DOLOSA O CULPOSA POR PARTE DEL SINDICADO o de los DAMNIFICADOS. En este particular, la Sala hace suya la pauta jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 24 de noviembre de 1986, en la cual se predica:

"Cuando un error, de uno u otro sentido, se ha producido en el desarrollo de la actividad judicial, es obligado para cuantos intervienen en el proceso, procurar con lealtad procesal y con la buena fe exigible a todo litigante, ponerlo de relieve para su subsanación".

g) La reparación por el daño causado debe ser integral, esto es, se debe indemnizar tanto el daño emergente, como el lucro cesante y el daño moral. Ni la Constitución Nacional ni ley alguna han puesto limitaciones en este particular.

h) La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. Penal, es OBJETIVA, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.

i) Como causales eximentes de responsabilidad operan la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la conducta exclusiva del damnificado. Respecto de esta última, la Sala hace suya la perspectiva doctrinaria del Profesor Guido Santiago Tawil, cuando enseña:

"Aunque se trata, como hemos expresado anteriormente,de una responsabilidad de carácter objetivo, razón por la cual la conducta del damnificado pareciera en principio carecer de mayor relevancia, ello no es así, dada la exigencia de exclusividad que caracteriza en este supuesto a la responsabilidad estatal.

"Por tal razón, resultará esencial que aquel que persigue una reparación no se haya extralimitado o hubiera abusado de su libertad o derecho, valiéndose de ardides o procedimientos mediante los cuales pudiera haber inducido a error o al funcionamiento anormal de la Justicia que dio origen al perjuicio".

j) La exoneración puede ser fruto de una sentencia judicial o de una providencia judicial. El artículo 414 del C. de P. Penal habla de sentencia absolutoria o 'SU EQUIVALENTE", expresión esta que debe tomarse en sentido amplio.

Aplicada la anterior filosofía jurídica, al caso en comento, se tiene que de la lectura de los considerandos de las providencias que ordenaron la libertad de ALBERTO URIBE OÑATE, se vivencia que la justicia penal llegó a la conclusión de que **el delito**

de PREVARICATO no lo cometió el encartado, en ninguna de sus modalidades, pues él no dictó "... la resolución objeto de este proceso, ni aún dictándola tenía potestad funcional o administrativa para hacerlo..." (C 2, fol. 40). Y por lo que hace relación con la sindicación que se le hizo de ser "... presunto cómplice de los delitos de Secuestro y Homicidio de los indígenas arhuacos Angel María Torres, Antonio Hugues Chaparro y Luis Napoleón Torres", el Tribunal es muy claro al concluir que los cargos **"... CARECEN EN VERDAD DE TODO FUNDAMENTO,** sin más abono que la propia estimación subjetiva de los empleados de la Casa Indígena, quienes muestran poca simpatía hacia él...". Pero es más. En la misma providencia el alto Tribunal destaca los aspectos de gentileza, cumplimiento del deber, licitud, etc., de la conducta del sindicado hacia los indígenas desaparecidos, todo lo cual lo lleva a concluir que "... él pudo tener una intención inocentemente distinta, al estar convencido que ejecutaba un acto enteramente lícito, él pudo tener una intención inocentemente distinta a la de prestar una ayuda **para que ese día los líderes indígenas fueran interceptados por los sujetos que luego les dieron muerte**...". (C. 2, fol. 58). (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, la responsabilidad de la Administración resulta clara, no sólo a la luz de la filosofía jurídica que informa el artículo 90 de la Constitución Nacional, sino también del artículo 414 del C. de P. Penal. En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejándole al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta RELATIVA que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial, desde una CONCRETA REALIDAD, como lo enseña el Profesor TOMAS RAMON FERNANDEZ.

Para la Sala la orden legal de indemnizar los perjuicios es una respuesta adecuada al FACILISMO con el cual los jueces suelen disponer de la libertad del hombre, con olvido de que ella es la cualidad fundamental del ser espiritual, esto es, la que le permite la realización de su propia vocación. No se puede seguir jugando con la honra de las personas con la orientación dañina que predica que una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, no se le niega a nadie. La carta que ilustres ciudadanos de Valledupar dirigieron al Señor Presidente de la República el día 20 de agosto de 1991, conmueve por el testimonio de injusticia que con el detenido se registró. En ella se lee que ALBERTO URIBE OÑATE es un joven profesional de la región, hombre de bien, de buenas costumbres, gran trabajador, padre de cuatro hijos que ha venido formando con el fruto de su trabajo honrado, esposo ejemplar, servidor público por más de quince años **"... a quien por esos caprichos del destino o EL MANEJO INADECUADO DE LAS INFORMACIONES, MALA FE Y AFAN DE CONSEGUIR RESPONSABLES DE ACTOS REPROCHABLES, CRIMENES ATROCES, MANIFESTACIONES SALVAJES DE FALTA DE RESPETO A LA VIDA, a nuestras tradiciones y costumbres,** y por encima de todo contrariando el

gran respeto y orgullo que experimentamos los Cesarenses por nuestros indígenas, AL CUAL EL NO ES AJENO, se le ha vinculado, a nuestro parecer, de MANERA TEMERARIA, al vil asesinato de tres importantes líderes de nuestras comunidades indígenas... El Doctor URIBE OÑATE, dentro de los escasos treinta (30) días que estuvo en calidad de Director de Asuntos Indígenas del Cesar, **no hizo cosa diferente a tratar de servirles, y de lograr del Gobierno Central mayor atención para la necesidad más agobiante de estas comunidades otrora dejadas a su suerte ...** El Dr. Uribe Oñate **es bueno, incapaz de cometer ni esos ni otros delitos. Pedimos a Ud., Señor Presidente, Justicia para este hombre. PEDIMOS 'POR DIOS'QUE LOS DELITOS DE OTROS** NO SE LE ATRIBUYAN A EL, porque estamos frente a la peor contradicción con la verdad..." (C. 2, fol. 96).

La Sala patrocina y hace suyo el mensaje que se recoge en el documento anterior, pues en el fondo demanda de los jueces, que no hagan un manejo ligero de las informaciones, que no caigan en las trampas puestas por los que suelen actuar de mala fe, esto es, de los deshonestos, que gustan de pedir cuentas a los honestos, que se cuiden del mensaje populista, que llega por todos los medios, y que muchas veces cabalga sobre personas inocentes, facilitando la fuga del culpable. Para el mensaje que desea transmitir la sentencia, vienen bien las enseñanzas del Dr. HUGO ISAZA MEJIA, quien al hacer un estudio sobre "EL RUMOR EN MATERIA PENAL", invita a reflexionar con seriedad sobre la materia, predica:

> "Se dice", "se cuenta", "la gente comenta", son todas ellas expresiones vagas, sin valor positivo en el campo de la investigación penal. "La gente", "el Pueblo" son entes abstractos, indeterminados, que no pueden servir de sujeto responsable de una referencia incriminatoria. Porque esas voces designan confusamente a todos los hombres de un ámbito social, y a ninguno en particular. Son voces genéricas, universales que no individualizan a personas determinadas como fuente de unas afirmaciones.
>
> "Del montón anónimo que es "la gente" o "el pueblo", nacen rumores y decires cuyo origen es casi siempre oscuro. El rumor, ha dicho Ciordon Allport, en su obra La Psicología del rumor, es un fenómeno social que parece delatar una sed intelectual, cuando no una necesidad emocional. "El rumor -escribe el mencionado autor- es afín a la divagación ensoñadora que en ocasiones descarga ansiedades y tensiones sociales".
>
> "La impresión que un acontecimiento produce en un medio social, la sensibilidad o la tensión de los ánimos constituye el medio conductor que propaga la onda del rumor. El sentimiento de indignación general que suscita la comisión de ciertos delitos, crea la necesidad de un culpable; pues bien, la ausencia de éste da pábulo a la germinación de los rumores. La psicología popular para colmar este vacío precisa tan sólo de un poco de imaginación, de pre-juicio y de maledicencia. Un nombre surge y en alas del rumor emprende su vuelo, tanto más veloz cuanto mayor sea el clima de expectación y ansiedad que le sirve de medio conductor.

"Cada persona, en la cadena del rumor, es a la vez sujeto receptor y emisor del mensaje que contiene. Mas, se ignora el primer eslabón o sujeto emisor original responsable de dicho contenido. Y al pretender hallarlo, las pesquisas se desvanecen en un remolino de círculos viciosos.

"La vaguedad de este origen cristaliza casi siempre en la expresión "SE DICE", que precede al mensaje como rótulo de su anonimia. El "se dice", afirmaba Oscar Wilde, "es una comadre embustera". Tal anteportada del relato no es otra cosa que la máscara que encubre al ente que habla y acusa. Y es precisamente por esta naturaleza impersonal del rumor o el decir popular, por su origen difuso, incierto y oscuro, que la sana crítica lo priva de todo valor como probanza incriminatoria.

"En el vaporoso mundo de los rumores lo hallarnos todo: desde los menudos cuentos en torno a discordias señoreras y querellas de comadrería, sucesos insólitos extractados de esa amena crónica parroquial que deliciosamente susurra en nuestros oídos, hasta la ráfaga saetera que hiere de muerte una reputación ajena o compromete gravemente a alguien. El impacto de un delito en el medio social desata, por lo regular, toda una epidemia de rumores. Y hay quien prescribe, como medida profiláctica, una vacunación de los organismos judiciales para preservarlos de este virus asolador.

"Para avalar la certeza de un rumor, se suele invocar la autoridad de la "OPINION PUBLICA", esa diosa inicua que oculta su rostro para ponerse muchas veces al servicio de inconfesables designios. La "voz del pueblo" es, en la esfera de la investigación penal, la voz de nadie que retumba clamorosa y se yergue arrogante y amenazadora frente al inculpado. La "opinión pública" es, para el criminalista Hans Gross, "esa prostituta a la que todos pueden comprar a pesar de que con tanta frecuencia es aclamada como *Vox Dei*".

"Por otra parte, cuando la corriente del rumor porta un mensaje de difamación y calumnia, el efecto lesivo en el seno social suele ser progresivo hasta alcanzar proporciones desastrosas. Pues aquel sabor almibarado que impregna la maledicencia murmurante, endulza perversamente el paladar de las gentes que lo transmiten" (Revista Judicial, Manizales, febrero de 1989. No. 15 págs. 151-153).

C) LA LEGITIMACION por activa quedó bien demostrada. JESUS URIBE CORREA y ALICIA MARIA OÑATE (padres del detenido), contrajeron matrimonio el día dos (2) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943), y de esa unión nacieron, JESUS, MARTHA, EDUARDO, ALICIA, WILSON Y LUCIA URIBE OÑATE (hermanos del detenido). A su turno, ALBERTO URIBE OÑATE probó ser hijo de la pareja ya citada y haber contraído matrimonio con MARIA EUGENIA SALDAÑA, el día 22 de febrero de mil novecientos setenta y cuatro. De esta unión nacieron sus hijos HERNAN ALBERTO, ALEJANDRA LUCIA, GUILLERMO ANDRES e IVAN FERNANDO URIBE SALDAÑA.

Dentro del orden de parentesco que se deja precisado, se presume el PERJUICIO MORAL. Por lo demás, los deponentes Dr. JESUS SOLANO GARCIA, defensor del sindicado, LUIS ENRIQUE CANTILLO CASTRO y RICARDO ALFONSO HERRERA MIRANDA, son muy claros cuando deponen y describen las amarguras de toda la familia demandante con motivo de la detención del hijo, hermano, esposo y padre.

De lo relatado por ellos el fallador retiene los siguientes apartes:

DOCTOR JESUS SOLANO GARCIA, expuso:

"Durante el aludido proceso, tuve permanente contacto con la familiaURIBE OÑATE y URIBE SALDAÑA, principalmente cónyuge de ALBERTO URIBE, señora MARIA EUGENIA SALDAÑA, con la madre y hermanos del mismo, señora ALICIA OÑATE DE URIBE, ALICIA URIBE OÑATE, MARTA URIBE DE MOLANO, WILSON URIBE OÑATE, JESUS URIBE OÑATE, y otros hermanos cuyos nombres no recuerdo en el instante, y por esa relación directa que tuve con ellos, pude constatar que el sufrimiento y la zozobra espiritual que ellos padecieron durante dicho lapso y en virtud de tales hechos, fueron inmensos, por lo cual en varias oportunidades tuve que aconsejarles prudencia, mesura y resignación en la esperanza de que tarde o temprano se haría justicia y se haría patente la inocencia que su familiar ALBERTO URIBE como en efecto sucedió con la decisión final emitida por el señor Juez 93 de Instrucción Criminal, radicado en Bogotá (Cesación de todo procedimiento), decisión que fue posterior y plenamente confirmada por el Tribunal Superior de Valledupar. La angustia y congoja padecidas por las familias URIBE OÑATE y URIBE SALDAÑA se dio en gran parte, no sólo en el proceso en sí, sino a las informaciones y notificas sensacionalistas de la prensa hablada y escrita que no eran más que el fruto de la chismografía pueblerina y de las consejas en relación con la presunta responsabilidad de Uribe Oñate en los sucesos que se investigaban y a los cuales ya nos hemos referido. Entre los medios que acogieron y difundieron tan descabelladas y sensacionalistas informaciones, recuerdo lo siguiente: "El Tiempo, El Espectador y El Espacio de Bogotá, El Heraldo de Barranquilla, El Diario Vallenato de Valledupar, y las emisoras o cadenas de emisoras R.C.N., Caracol y Todelar, además de los Noticieros Televisivos 24 Horas, el Noticiero del Medio Día, el Noticiero Nacional, los Noticieros de Telecaribe y otros que no alcanzo a recordar en el momento..." (fls. 217-218 Cuaderno No. l).

LUIS ENRIQUE CANTILLO CASTRO, dijo:

"...Por el hecho que se le imputaba al doctor ALBERTO URIBE OÑATE tanto la esposa, como sus hijos, su querida madre doña Alicia y todos sus hermanos, EDUARDO, ALICIA, MARTA, LUCIA Y WILSONcomo sus hijos ANDREA, HERNAN GUILLERMO e IVAN, ellos sufrieron una tristeza y una cuestión de mucho dolor, que se presentaba en los hogares de estas familias, hasta donde

yo sé a doña Alicia muchas veces hubo que llevarla a varias clínicas, porque llegaba el momento que prendía la televisión, y siempre escuchaba o veía que mencionaban el nombre de su hijo ALBERTO URIBE OÑATE, en una ocasión estando de visita en casa de doña Alicia Oñate de Uribe, timbró el teléfono y yo lo levanté para responder a la llamada y la pregunta que se me hizo, que si esa era la casa de la mamá del mata indio doctor Uribe Oñate, y de inmediato me colgaron. Cuando yo me trasladaba a la casa de la señora MARIA EUGENIA SALDAÑA DE URIBE, apenas me veía se ponía a llorar, ella, sus niños y muchas veces le colaboraba, en parte económica, tanto para el sustento, como a veces pago para las mesadas del colegio y llegó una oportunidad en que esos niños tuvieron que haberse repartido entre los familiares del doctor ALBERTO URIBE OÑATE, tanto es así que tuvieron que mandar uno para Cartagena, y también había con los demás hermanos familiares el temor de salir a la calle, porque la gente los señalaban para decirle que son fanilia del mata indio, o sea del que mató los indios, y ellos más bien permanecían en sus residencias esperando la buena suerte de la justicia. Vivían amenazados, y recibían muchas ofensas e insultos que no sabían de dónde llegaban, tengo conocimiento que por intermedio del mismo doctor Uribe, cuando iba a la cárcel a visitarlo y fuera de ella recibía amenazas de muerte para él o sus hijos o sus hermanos. A raíz de todo esto los niños tuvieron que haberlos retirado de los colegios, había uno en el Militar, en el Gimnasio del Norte y los otros dos que se me escapa dónde estudiaban..." (fls. 221-222 cuaderno No. 1).

RICARDO ALFONSO HERRERA MIRANDA, relató:

"Como primero yo fui una de las personas que lo suplantó económicamente en el hogar, aportándole el factor económico, moral, hasta me tocó llevarme un hijo para quitarle el peso a la madre y lo puse a trabajar conmigo, él se llama HERNAN ALBERTO, aproximadamente como de 13 a 14 años, él me ayudaba en la fotocopiadora, duró aproximadamente unos cinco meses, y se lo llevaron a Valledupar, porque no tenían cómo pagarle los estudios, se lo llevaron para Cartagena, ellos vivían en una forma humillante, hasta hambre pasó esa gente, la señora esposa MARIA EUGENIA ella permanecía acongojada por todo lo sucedido por lo que se informaba en la radio y en la prensa nacional, decían que el esposo era un asesino de indios y que ya lo iban a condenar o que ya estaba condenado, la mamá le llamaban porteléfono y la insultaban, diendole (sic) que el hijo era un asesino, que le iban a echar males indígenas, entonces ella se sentía incómoda, lloraba y permanecía acongojada por la suerte de su hijo; a los hermanos también estaban en el dilema de que todo o sea ellos trabajaban es alrededor de Alberto por ser el único profesional, porque tenía mejor posición social y económica. Quiero agregar que los hijos son cuatro, HERNAN ALBERTO, ALEXANDRA, GUILLERMO e IVAN, ellos eran muy apegados a su padre y la detención les afectó porque su papá no les pudo pagar el colegio y los echaron del colegio, del Gimnasio del Norte y no me acuerdo de los otros colegios..." (fls. 225-226 cuaderno No. 1).

Por todo lo anterior, la Sala condenará a LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MORALES, las cantidades de oro que a continuación se indican, y a las personas que se relacionan, así:

A ALBERTO URIBE OÑATE (detenido), setecientos (700) gramos de oro fino;

Para MARIA EUGENIA SALDAÑA (esposa), trescientos (300) gramos de oro fino;

Para HERNAN ALBERTO, ALEJANDRA LUCIA, GUILLERMO ANDRES, IVAN FERNANDO URIBE SALDAÑA (hijos), trescientos (300) gramos de oro fino para cada uno.

Para ALICIA MARIA OÑATE (madre), trescientos gramos de oro fino (3 00);

Para JESUS, MARTHA, EDUARDO, ALICIA, WILSON y LUCIA URIBE OÑATE (hermanos), doscientos (200) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Se condenará, igualmente, a LA NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar al señor ALBERTO URIBE OÑATE (detenido) los PERJUICIOS MATERIALES que se le causaron, los cuales se liquidan dentro del siguiente marco:

a) La cantidad de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($3.500.000.00) que pagó a su apoderado Dr. JESUS SOLANO GARCIA. Esta suma se actualiza por el período comprendido entre el día 24 de octubre de mil novecientos noventa y uno, momento en el tiempo físico en que recuperó la libertad y el 31 de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), aplicando la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}.$$

$$\$3.500.000.oo \frac{\text{Ind. Final (31 jul/94)}}{\text{Ind. Inicial (24 oct./9 1)}}$$

$$Ra = \$3.500.000 \frac{313,44}{205.59}$$

$$Ra = \$\ 6.357.507.66.$$

Hecha la operación correspondiente, arroja un monto de SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SIETE PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 6.357.507.66).

b) Se ordenará, igualmente, el pago de los sueldos dejados de devengar por el señor ALBERTO URIBE OÑATE, por el período comprendido entre el 27 de marzo y el 24 de octubre de 1991, período durante el cual estuvo privado de la libertad. La liquidación se hace a razón de CIENTO VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS PESOS ($127.200.oo) que era el salario mensual que devengaba, como se desprende de la constancia expedida por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Ministerio de Gobierno (C. 2, fl. 26).

El monto que resulta se actualiza por el período comprendido entre el 24 de octubre de 1991 y el 31 de julio de 1994, aplicando la siguiente fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final (31 jul./94)}}{\text{Indice Inicial (24 oct./91)}}$$

$$Ra = \$877.680 \frac{373,44}{205.59}$$

$$Ra = \$1.594.244.95$$

Dentro del marco anterior, este rubro monta la suma de UN MILLON QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (1.594.244.95).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar,

RESUELVE:

A) Declárase que LA NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA es administrativamente responsable por la PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD de que fue víctima el señor ALBERTO URIBE OÑATE, dentro del marco de circunstancias que se relataron en los considerandos de este fallo.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar, por concepto de PERJUICIOS MORALES las cantidades de oro que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así:

A ALBERTO URIBE OÑATE (detenido), setecientos (700) gramos de oro fino;

Para MARIA EUGENIA SALDAÑA (esposa), trescientos (300) gramos de oro fino;

Para HERNAN ALBERTO, ALEJANDRA LUCIA, GUILLERMO ANDRES, IVAN FERNANDO URIBE SALDAÑA (hijos), trescientos (300) gramos de oro fino para cada uno.

Para ALICIA MARIA OÑATE (madre), trescientos (300) granos de oro fino;

Para JESUS, MARTHA, EDUARDO, ALICIA, WILSON y LUCIA URIBE OÑATE (hermanos), doscientos (200) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio del referido metal en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

CONDENASE, igualmente, a LA NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar al señor ALBERTO URIBE OÑATE, la suma de SIETE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($7.951.752.61), MONEDA CORRIENTE, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES.

C) DENIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

D) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C. C. Administrativo. Para tal fin, expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Envíese una copia de la sentencia al Sr. Ministro de Justicia, para lo de su cargo.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

DAÑO ANTIJURIDICO/EQUIDAD

El atentado contra el Brigadier General Miguel Alfredo Maza Márquez fue un "ACTO TERRORISTA" que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionen esa forma de lucha. Ahora bien, si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue, UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc. se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado. En la Ley 104 de 1993, el legislador dotó al Estado colombiano de instrumentos orientados a asegurar la vigencia del Estado Social de Derecho, y a garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Constitución de 1991. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades. En el caso *subexámine* el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la Administración, en estos casos, es LICITO,

pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL se informa, a su vez, en razones de EQUIDAD, criterio auxiliar en la actividad judicial. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental en el concepto de justicia.

SOLIDARIDAD

La solidaridad, finalmente, demanda de cada una de las personas un altruismo universal, para no ver a los semejantes sólo como miembros de un determinado grupo o secta, y un altruismo peligroso, para tener el valor de sacrificar la vida y bienes por los que están en grave riesgo de perderlo todo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 8577. Actor: Justo Vicente Cuervo Londoño. Demandada: La Nación-Departamento Administrativo de Seguridad D.A. S.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el RECURSO DE APELACION interpuesto tanto por el Procurador Judicial de la parte actora, como por el apoderado del centro de imputación jurídica demandado y el ProcuradorNoveno en lo Judicial, ante el Tribunal Administrativo, contra la sentencia calendada el día primero (1o.) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva,

DISPUSO

"PRIMERO.- Declárase no probada la excepción propuesta por el demandado.

"SEGUNDO.- Declárese administrativamente responsable, a la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad), por los perjuicios, sufridos por Justo Vicente Cuervo y Mónica y Andrea Cuervo Prados, por la muerte de ELSA STELLA PRADOS DE CUERVO, ocurrida en Bogotá el 30 de mayo de 1989, en el atentado dinamitero realizado contra el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, General Miguel Alfredo Maza Márquez.

"TERCERO.- Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad) a cancelar:

"a.- Por concepto de perjuicios MORALES, el valor en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de mil gramos oro, para cada uno de los demandantes -Justo Vicente Cuervo, y Mónica y Andrea Cuervo Prados-.

"b.- Por concepto de perjuicios MATERIALES, se condena a la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad), a pagar a Andrea Cuervo Prados, la suma de diez millones ochocientos ochenta y tres mil, doscientos ochenta y tres pesos con ochenta y tres centavos ($10.883.283.83), de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

"CUARTO.- Las sumas liquidadas, ganarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses corrientes a la ejecutoria de esta, sentencia y comerciales moratorias, desde el vencimiento de este término, hasta su cancelación.

"QUINTO.- Para el cumplimiento de este fallo, dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A. (Decreto Ley 01 de 1984).

"SEXTO.- Sin condena en costas, pues no se causaron.

"SEPTIMO.- Si no fuere apelada esta sentencia, consúltese con el superior (Artículo 184 del C.C.A.)" (fls. 128-129 Cuaderno No. l).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Los señores JUSTO VICENTE CUERVO LONDOÑO -en nombre propio y en representación de su menor hija Andrea Cuervo Prados- y MONICA CUERVO PRADOS, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA consagrada en el artículo 86 del C.C.A. -Decreto Ley 01 de 1984-, han presentado demanda ante este Tribunal, el día 23 de febrero de 1990, contra la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.), para que en su contra, se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:

"**I. PRETENSIONES:**

"PRIMERA: Declarar a LA NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD) administrativamente responsable de la muerte de ELSA STELLA PRADOS DE CUERVO, ocurrida en Bogotá el 30 de mayo de 1989, en el atentado dinamitero realizado contra el General Miguel Maza Márquez.

"SEGUNDA: Condenar a LA NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD) a pagar a favor de Justo Vicente Cuervo

Londoño, Andreay Mónica Cuervo Prados el equivalente en pesos colombianos de mil gramos oro puro o fino, para cada uno, según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado.

"TERCERA: Condenar a LA NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD) a pagar a favor de Andrea Cuervo Prados los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su madre, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

"1. Unas entradas mensuales de doscientos sesenta y dos mil ciento ochenta y cinco ($262.185.oo) pesos mensuales, más un veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales.

"2. La edad de 25 años de Andrea Cuervo Prados.

"3. El cálculo de la vida probable de Elsa Prados de Cuervo.

"4. Actualizada la condena según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 30 de mayo de 1989 y el que exista cuando se produzca el fallo.

"5. Las fórmulas de matemáticas financieras aceptadas por el Honorable Consejo de Estado.

"CUARTA: La NACION, por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta días siguientes a su comunicación la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorias después de dicho término" (Véanse folios 2 y 3 del cuaderno, No. l).

"II. ANTECEDENTES:

"1. Justo Vicente Cuervo Londoño y Elsa Stella Prados Valcárcel, contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica en la ciudad de Bogotá el 24 de agosto de 1970, en la Parroquia de San Francisco de Paula.

"2. Durante el matrimonio Cuervo-Prados, nacieron: Mónica y Andrea Cuervo Prados.

"3. Elsa Stella Prados Valcárcel nació el 26 de abril de 1952.

"4. Elsa Stella Prados de Cuervo vivía en la ciudad de Bogotá, con su esposo e hijas.

"5. Elsa Stella Prados de Cuervo era profesional en idiomas y trabajaba en la Universidad Pedagógica Nacional, Internacional Ltda., Universidad de los

Andes, e Instituto Electrónico de Idiomas, y daba clases particulares, actividad en la cual devengaba una suma mensual de doscientos sesenta y cinco mil ciento ochenta y cinco ($265.185.oo) pesos.

"6. Elsa Stella Prados de Cuervo, como madre responsable, trabajaba para ayudar en el congruo sostenimiento de su hogar y fundamentalmente de sus hijas Mónica y Andrea.

"7. El matrimonio Cuervo-Prados vivía en armonía, cariño, afecto y ayuda mutua.

"8. El 30 de mayo de 1989, unos minutos antes de las siete de la mañana, Elsa Stella Prados de Cuervo, salió de su residencia en compañía de su pequeña hija Andrea, quien estudiaba en el Colegio Nuevo Reino de Granada y a quien el bus del mencionado centro educativo recogía en la carrera séptima con calle 57.

"9. Elsa Stella Prados de Cuervo dejó a su niña en el bus del colegio y se dirigió nuevamente a su residencia. Ni madre ni hija pensaron al despedirse que ese sería su último adiós. A los pocos segundos la agonía, la angustia, la desesperación lo impensable, la fatídica muerte se llevaría en forma trágica a la madre de la pequeña.

"10. Casi simultáneamente el General Miguel Maza Márquez se dirigía en carro blindado y con su escolta de hombres armados con armas de dotación oficial, por la carrera séptima hacia el centro de la ciudad de Bogotá.

"11. Al llegar el señor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad y su grupo de escoltas a la calle 57, una tremenda, absurda, inesperada y violenta explosión de dinamita ocurrió en la zona.

"12. Un carro-bomba con 30 kilos de dinamita había hecho explosión.

"13. Al decir del señor Jefe del citado Departamento Administrativo: "Se atentó contra mi vida mediante la activación de una carga de explosivos en un vehículo estacionado sobre la vía. Este carro terrorista determinó la muerte de varios transeúntes, heridas al personal del DAS y lesiones a numerosas personas, incluso a alumnos de un colegio que se desplazaban por aquel lugar, además cuantiosos daños a edificaciones y vehículos...".

"14. Como doña Elsa Prados de Cuervo se dirigía a su apartamento, luego de dejar a su hija Andrea en el bus, fue víctima de la explosión causada por quienes activaron la dinamita para atentar contra la vida del General Miguel Maza Márquez.

"15. Su cuerpo*exámine* fue llevado por una ambulancia al Hospital Universitario San Ignacio.

"16. En el mencionado centro asistencias se anotó, en la hoja de urgencias que se le abrió: "Paciente traída en ambulancia del Servicio Seccional de Salud, después de haber recibido explosión, minutos antes del ingreso. Antecedentes: desconocidos. Examen fisico: paciente mujer de aproximadamente 32 años, inconsciente con palidez marcada no se palpa pulso ni tensión arterial, presenta esfuerzo respiratorio, pupilas midiáticas no reactivas, múltiples heridas pequeñas distribuídas en todo el cuerpo. MSI amputado a nivel del tercio distal, deformidad completa tercio medio brazo derecho, herida hipogastrio con exposición de asas intestinales, destrucción de cadera izquierda con gran exposición de estructuras músculo esqueléticas. I.D. ESTADO PRE MORTEN; exámenes solicitados y resultados: la paciente fallece 5 minutos después de ingresar al hospital".

"El mismo día, 30 de mayo de 1989, el señor Juez 118 de Instrucción Criminal pernanente realizó el levantamiento del cadáver de doña Stella Prados Valcárcel de Cuervo, acta que lleva el número 1281289.

"18. En dicho documento se lee, entre otras cosas:"orificio región sigomas izda, orificio de la región infraioidea izda, escoriaciones en la región detoidea izda, orificio región dentoidea izda.., orificio también en la región condro external interior derecha, otro orificio región mamaria derecha, un orificio en el tercio medio del brazo derecho, otro orificio en la región dentroidea derecha...".

"19. Falleció Elsa Stella Prados de Cuervo debido a la explosión de la carga de dinamita puesta contra el señor Brigadier General Miguel Maza Márquez.

"20. Elsa Stella Prados de Cuervo no era ningún terrorista, sino una madre de familia que acababa de dejar a su hija en el bus del colegio.

"21. La muerte de Elsa Stella Prados se debió a la explosión de dinamita que se dirigió por terroristas para atentar contra la vida del citado funcionario. Es decir, que si no hubiera habido atentado dinamitero contra el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, no hubiera muerto la pacífica ciudadana y buena madre de familia que cumplía con el deber de dejar a su pequeña hija en el bus.

"22. La libertad de locomoción es un derecho natural de la persona. Ni los países con sistemas totalitarios y con muros y murales han logrado terminarla.

"23. Dice el artículo 96 del Código de Policía: "No se necesita permiso de autorización para transitar dentro del territorio nacional".

"24. Y el artículo 98 del Código de Policía reza: "La Policía debe proteger la libertad de locomoción y la circulación de vehículos".

"25. Y el artículo 16 de la Constitución Política dice que 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 sociales del Estado y de los particulares.

"26. La explosión dinamitera ocurrida el 30 de mayo de 1989 en Bogotá y que constituye un hecho notorio, no deben soportarla las víctimas impúnemente. Si la muerte de Doña Elsa Stella Prados de Cuervo hubiera ocurrido en fuego cruzado entre los guardaespaldas del General Maza y quienes atentaron contra su vida, no existiría la menor duda para que quienes se sientan perjudicados con el hecho, puedan obtener la indemnización correspondiente de la NACION. Existe múltiple jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que así lo ha dicho.

"27. Al variar las armas de fuego por la dinamita para atentar contra la vida del General Maza, simplemente existió un cambio de instrumento, pero el fin perseguido era el mismo: acabar con la vida del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad. No es equitativo que una persona ajena al servicio, público, que nada tenía que ver con quienes fraguaron el atentado, sufra, las consecuencias del mismo.

"28. Países más avanzados que nosotros en esta materia, como Francia, en donde a raíz de la guerra de Argelia y la confrontación entre árabes y judíos, los terroristas se dedicaron a poner bomba en las calles de París, adoptaron en su legislación la indemnización para las víctimas que sufrieron dados en su integridad física y en sus bienes.

"29. Entre nosotros no existe una ley que consagre esa indemnización, ni tampoco una jurisprudencia concreta del Honorable Consejo de Estado que así lo diga. Se han pronunciado sentencias para casos similares como la de la explosión de Cali. Pero sí existen dentro de las providencias de dicha Corporación, muchas que aplican principios modernos del derecho administrativo como el de la equitativa distribución de las cargas públicas, la responsabilidad especial o la teoría del riesgo excepcional.

"30. Si en el presente proceso no es posible demostrar la falta de la administración, lo que no cabe ninguna duda será la prueba del hecho de la muerte de doña Elsa Stella Prados de Cuervo en el atentado contra la vida del General Maza, hecho que nos llevará a la aplicación del principio de derecho de la equitativa distribución de las cargas públicas, porque es equitativo que los daños sufridos por la demandante y sus causahabientes, se indemnice ya que el funcionamiento del Departamento Administrativo de Seguridad es un servicio público a cargo de la NACION y si en la prestación del mismo se causan unos daños a los particulares, en virtud del principio analizado, se deben indemnizar, porque todos debemos contribuir a la equitativa distribución de esas cargas públicas que debemos soportar por el hecho de vivir en sociedad.

"31. La muerte de doña Elsa Stella Prados de Cuervo ha producido unos perjuicios a los demandantes. Es humano sufrir moralmente cuando se pierde un ser querido. Su esposo, don Justo Vicente Cuervo y sus hijas Andrea y Mónica

Cuervo Prados han padecido angustia, dolor, aflicción debido a la muerte trágica de la víctima. Se ha solicitado el pago de lo máximo aceptado por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado: El equivalente en pesos de mil gramos oro a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado para estos demandantes.

"32. En cuanto a los perjuicios materiales, ellos se han solicitado para la menor Andrea, teniendo en cuenta las bases de liquidación aceptadas por la jurisprudencia. La víctima no hacía declaración de renta porque no estaba obligada, según el artículo 3o. del Decreto 2503 de 1987, porque sus ingresos proveían (sic) en su totalidad de una relación laboral y su patrimonio no excedía de siete millones ($7.000.000.oo) de pesos, ni era responsable del impuesto sobre las ventas. Este hecho habrá de tenerse en cuenta para no exigir la copia de la declaración de renta para liquidar los perjuicios materiales.

"33. Doña Elsa Stella Prados ayudaba a la educación, alimentación y crianza de su hija menor Andrea y le pagaba sus estudios en el Colegio Nuevo Reino de Granada. Cumplía así con el deber natural y legal de "subvenir a las ordinarias necesidades domésticas en proporción a sus facultades" al tenor del artículo 179 del C.C., subrogado por el Decreto 2820 de 1974. Esa educación debía proporcionarla la madre de Andrea hasta que terminara sus estudios universitarios, es decir, hasta una edad de 25 años porque es lo normal que en nuestro medio los padres eduquen a sus hijos hasta la terminación de los estudios universitarios, época en la cual comienza el joven a independizarse en real forma. No son los 18 años lo que marcan la independencia económica, sino los 25 años. Esta afirmación es un hecho notorio que no merece el menor análisis. Se puede decir que al noventa y ocho por ciento (98%) de los hijos hay que costearles los estudios universitarios. Esta es una realidad que no puede desconocer el juzgador al momento de fallar. No importar que existen leyes especiales que den la mayoría de edad a los 18 años y por tanto la independencia y capacidad para contratar; este es un fenómeno jurídico muy contrario a la realidad nacional que nos demuestra cómo los padres en Colombia son los que costean la educación universitaria de sus hijos.Por eso se solicita el pago de los perjuicios materiales hasta el día en que la menor Andrea Cuervo cumpla los 25 años" (Véanse falios 3 a 8 del cuaderno No..... .....

.....

"El litigio planteado, puede ubicarse entonces, del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional. Según esta teoría, ha señalado la jurisprudencia.

""... el Estado compromete su responsabilidad,cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los

administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio".

"Esta tesis llamada también, del riesgo provecho, puede aplicarse al caso *sub-júdice;* la responsabilidad por riesgo excepcional, en este caso se genera por la ejecución de funciones del servicio público.

"Del estudio anterior, observa este Tribunal de Justicia, que los hechos fuente de las pretensiones procesales, tienen su causa eficiente, en la conducta desplegada -en época de anormalidad- por el Estado, en este caso, por un funcionario público **-con ocasión de actividades necesarias, para el cumplimiento de la función asignada, que mira al restablecimiento del orden jurídico-;** la agresión contra el Estado -en el sentido antedicho-, por fuerzas contra él, tiene su causa eficiente en su acción pública -de guerra, de combate de éstas-, reaccionada por los que están por fuera del marco de la legalidad; y riesgo de naturaleza excepcional se concreta con la resistencia de estos, acarreando consecuencias prejudiciales frente a los administrados, en sus personas y/o sus bienes.

"La actividad maniobrada por la administración, en los hechos a que se refiere este juicio, fue legítima: como más adelante se estudiará; las medidas adoptadas por el Estado colombiano, a través de decretos de estado de sitio, y su ejecución por autoridades administrativas, merecieron contraataque por parte de aquellas fuerzas delincuenciales, y concretándose en este caso, en agresión directa contra el Estado, simbolizado en este caso -para los atacantes- en el General, Miguel Alfredo Maza Márquez, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. de la Nación Colombiana, para el año de 1989 -fecha de ocurrencia de los hechos a que refiere este litigio-. El desplazamiento de éste, desde su casa de habitación hasta la sede oficial, hacía parte integral e indispensable para el desarrollo de sus funciones, precisamente alusivas a la seguridad del Estado; pero se constituyó en blanco de aquellos, concretando el riesgo de excepcional naturaleza, con la relación del atentado.

"Es claro, que la conducta administrativa, es legítima; no puede argüirse de falente; pero es bien cierto que ella en forma **mediante,** es la generadora del hecho; se convierte en causa eficiente del daño sufrido por los administrados; sin aquella, el hecho no se produciría.

"No niega ni discute el Tribunal, que la causa inmediata del suceso lo ocasionó el atentado terrorista, hecho extraño, *en principi,* a la administración, pero también advierte que este atentado terrorista, tuvo como causa u origen, las actividades administrativas del Estado, ejecutadas con ocasión de una declaración de estado de sitio y de las medidas administrativas desarrolladas en cumplimiento de aquel; éstas se constituyeron, en lamirau objetivo del atentado.

"Lo anterior hace colegir la naturaleza incuestionable de MEDIATA, de la actividad administrativa aquí demandada, y al mismo tiempo, que ésta es, sin duda alguna, la causa eficiente en la producción del hecho dañoso.

"El Tribunal, halla dentro del principio de legalidad, respaldo en derecho, a la solicitud de la declaratoria de responsabilidad administrativa por los hechos a él formulados.

"Y el estado puede ser responsable, en hecho como el que se debate, porque su actividad, es la que genera el suceso; y lo genera, porque en épocas de anormalidad del orden público, -reconocido por el Estado mismo-, se conoce que éste es el blanco de las fuerzas que tienden a debilitarlo o a destruirlo. Y en las agresiones sufridas realmente por el Estado, en ejercicio de sus actividades y conductas, arrastra a los administrados en el soporte del ataque; no puede separarse aquí el acontecimiento, en su causa, con relación al estado y al administrado, que sufren aquel; el hecho se deriva, dimana, indudablemente, del ejercicio de funciones públicas, que buscan el equilibrio del Estado.

"Y en el despliegue de la actividad estatal, en época de desorden público, ésta puede tornarse en frente o causa de responsabilidad, pues hace, que vertebralmente, el suceso se dé.

"El Estado, como persona jurídica, no puede escindirse de los elementos que lo conforman territorio, nación y el consentimiento al poder. "Estas, condiciones de la esencia del Estado tienen razones distintas en su conformación. El territorio, puede entenderse, como la condición indispensable para que la autoridad política, se ejerza eficazmente -aunque hay casos reales, donde la ausencia del territorio, no ha impedido el ejercicio del poder político-; la comunidad nacional -o Nación- es comprendida, como expresión o manifestación, de la cohesión de los individuos -raza, la lengua, la religión, las tradiciones comunes-, fundamenta ésta, en el consentimiento de la solidaridad entre personas de una agrupación humana, que los hace vivir juntos; como ha lo (sic) dicho la doctrina, la nación depende más del espíritu, que de la carne. Aquella solidaridad alcanza hay veces niveles importantes del crecimiento; aumenta inclusive, con los látigos del sufrimiento, que padecen los pueblos. En cuanto al llamado, consentimiento del poder -como elemento del Estado como persona jurídica-, consiste en la aceptación de la autoridad, por parte de los individuos; como la fuerza ejercida por la autoridad, por sí, no produce cohesión -indispensable para supervivencia del estado-, la comunidad debe contribuir, en la obediencia a los mandatos de los gobernantes, por la convicción de que el Estado tiene derecho a proferirlos y que el ejercicio de su poder es legítimo.

"No podría afirmarse, que el administrado es extraño al Estado, pues él es uno de sus cometidos, por él tiene vida. El administrado, es parte del Estado, colabora en el Estado, para él se crea. Cuando el Estado responde, respondemos todos

los que de él hacemos parte, es esto la llamada solidaridad social. No podemos separarnos del Estado. Y si cuando el Estado sufre arremetidas por el ejercicio de sus actividades, impele a otros en el soporte del ataque, debe solucionar los daños. Cuando el Estado repara, no resarce una persona, diferente a todos nosotros; reparamos todos a través de una organización estatal, a la cual aportarnos, que por nosotros se debe. Cuando el Estado sufre ataques violentos, con ocasión u origen en su propia acción, debe reparar los daños de quienes padecieron por su causa, -aunque ésta legítima-.

"El Estado en el deber social que le atribuye el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886 -norma vigente para la época del suceso demandado-, de protección de la vida, honra y bienes de los que habitan en la República, tiene facetas diversas; previniendo, ejecutando y/o reparando.

"En casos como el que se decide, el deber social del Estado, consagrado en aquel canon, se satisface restableciendo patrimonialmente los daños causados.

"Como los acontecimientos no pueden retrotraerse, y al haberse consumado con perjuicio, éste debe indemnizarse pecuniariamente; el Estado no es un Dios que puede borrar lo sucedido **-ello es imposible-;** no puede levantar a los muertos caídos, no puede hacer desaparecer la aflicción sufrida en quienes padecen los hechos, pero puede sí, proteger a *posteriori* de su actividad, la honra, vida y/o bienes de los que habitan en la República, reparando el desastre monetariamente, asumiendo la responsabilidad por riesgos excepcionales que crea, y reconociendo, que en la búsqueda del logro absoluto del equilibrio social, unos participarán en el costo de esa ella.

"El artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, planteaba como lo señala la doctrina, la concepción comunitaria del Estado -éste como portador de los deberes de asistencia pública y de funciones sociales que miran a la complacencia de requerimientos de bienes y servicios esenciales para la vida de todos-. Los acometidos del Estado, no se reducen al mero perfeccionamiento de su organización y funcionamiento, le corresponde hallar instrumentos de satisfacción de aquellas necesidades. Yen la utilización de aquellos servicios y/o instrumentos, le corresponde proteger a las personas, en sus vidas, honra y bienes. Y si entonces, el Estado con su conducta mediata, ésta es eficiente en la producción de un daño, debe ser responsable; le incumbe, por tanto, la reparación de aquellos.

"De lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, si puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar dados ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo.

"Los elementos estructurales de este régimen de responsabilidad extracontractual, como ya se vio, son los siguientes:

"El primero, UN RIESGO DE NATURALEZA EXCEPCIONAL, NACIDO DE UNA ACCION DEL ESTADO EN EPOCA DE DESORDEN PUBLICO, DE LUCHA CONTRA LAS FUERZAS ILEGALES REACCIONADA O ARREMETIDA CIERTAMENTE, POR FUERZAS CONTRARIAS AL ORDEN JURIDICO;

"- Un segundo elemento de configuración de la responsabilidad, UN DAÑO O PERJUICIO sobre un bien jurídicamente tutelado.

"- Un tercero, y último elemento, un nexo de causalidad, entre el primer elemento y el segundo.

"3. ANALISIS PROBATORIO:

"a. EL PRIMER ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD. Este se halla comprobado.

"a.l. **EL ESTADO DE ANORMALIDAD VIVIDO PARA LA EPOCA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS** -30 de mayo de 1989-, se comprueba con los decretos legislativos de estado de sitio dictados por el Presidente de la República de Colombia.

"En efecto, en la década de 1980, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 121 de la Constitución Nacional de 1886, había declarado turbado el orden público, mediante el Decreto Legislativo 1038 de 1984; esa declaratoria obedeció, entre otras razones, a la acción de grupos armados que atentaban contra la paz pública y pretendían desestabilizar las instituciones legítimamente constituídas.

"Dentro del Estado de sitio, el Gobierno Nacional, expidió decretos con miras a conjurar el orden público; entre esos, se encuentra el número 814 de abril 19 de 1989- expedido el mes anterior, a los hechos a que concierne este juicio-. Este decreto legislativo, alude a la creación de un cuerpo especial armado contra los escuadrones de la muerte y otros grupos.

"La norma mencionada, a más de referir, en su motivación, a la declaración de estado de sitio mediante el Decreto 1 03 8 de 1984, indicó también, que ella se debió, a que "entre los grupos armados que subvierten el orden público, existen diversas modalidades criminales, entre ellas la de los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, cuya acción se ha intensificado por su conocida dependencia o vinculación con los agentes del narcotráfico atentando gravemente contra la seguridad ciudadana y creando un ambiente de incertidumbre y zozobra.

"Que la alteración del orden público que han generado estos grupos criminales **es de tal magnitud que para su restablecimiento se hace necesario acudir a procedimientos y organismos que permitan aunar esfuerzos con el fin de conjurar las acciones perturbadoras de la paz nacional;**

"Que para este efecto se hace indispensable crear un Cuerpo Armado Especial para combatir dichos grupos, DECRETA:

ART. 1o. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, créase un Cuerpo Especial Armado encargado de cumplir misiones de orden público contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de, justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, integrado hastapor mil efectivos armados, tomados del personal activo de la Policía Nacional.

"ART. 2o. Los efectivos especialmente calificados que integrarán el Cuerpo Especial Armado serán escogidos por el Director de la Policía Nacional. **Parágrafo.-** Los integrantes de este Cuerpo Especial operarán con los elementos que les han sido destinados para el desempeño de sus funciones ordinarias. La dotación adicional que se considere necesaria para el cumplimiento de los objetivos de este decreto, podrá ser adquirida en la forma prevista en las disposiciones vigentes y conforme a lo dispuesto por el decreto legislativo 1314 de 1988.

"ART. 3o. El Cuerpo Especial Armado tendrá la fánción de combatir los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares y realizar los demás operativos necesarios para erradicarlos e impedir sus actividades.

"Las funciones atribuídas a este Cuerpo Especial, no excluyen el desarrollo de aquellas que corresponde a los cuerpos armados y de inteligencia permanentes del Estado.

"ART. 4o. Las Fuerzas Militares darán en forma prioritaria la asistencia requerida para el cumplimiento de lo preceptuado en este decreto.

"ART. 5o. El Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, así como los demás organismos de inteligencia, a través de sus respectivas centrales, prestarán toda la colaboración que en materia de investigación se requiera, para el desempeño de las funciones atribuídas en este decreto al Cuerpo Especial Armado.

"ART. 6o. El Cuerpo Especial Armado estará bajo el mando del Director General de la Policía Nacional, quien para efectos de dirigir sus acciones contará con la asesoría de la Comisión creada por el Decreto número 813 de 1989.

"ART. 7o. El Gobierno Nacional hará las operaciones presupuestases que sean necesarias para el cumplimiento de este decreto.

"ART. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las normas que le sean contrarias.

"Publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 19 de abril de 1999.

"Diario Oficial 38.785 abril 19 de 1989

"Las anteriores normas jurídicas prueban diferentes hechos:

"- que para mayo 30 de 1989, el Estado colombiano se encontraba en estado de anorinalidad del orden público,

"- que por el Decreto 1038 de 1984, se declaró el estado de sitio -no había sido levantado para el día de ocurrencia del hecho, que se demanda en este proceso-.

"- que dentro del estado de sitio, el Presidente de la República, dictó el Decreto 814 de abril 19 de 1989, en el que recaba que el Estado está amenazado por fuerzas al margen de la Constitución, razón por la cual **creó un organismo -Cuerpo Especial Armado-, encargado de cumplir misiones de orden público contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada y realizar los demás operativos para erradicarlos e impedir sus actividades; que aquellas funciones no excluyen el desarrollo de actividades similares que corresponden a los cuerpos armados y de inteligencia permanente del Estado; que ese decreto legislativo le impuso al DAS, específicamente a su Director, ser puntual de esas políticas de represión.**

"a.2.**LA ARREMETIDA**-contra la actividad administrativa legítima, necesaria para el cumplimiento de la función administrativa- **POR FUERZAS AL MARGEN DE LA LEGALIDAD,** para el día de ocurrencia de los hechos -30 de mayo de 1989- también se halla acreditada;

"- En el expediente 261 de 1989, del DAS, se anotó como objeto del hecho recurrido el día 30 de mayo de 1989, en Bogotá, carrera séptima -calles 56 y 57- el atentado contra el General Miguel Alfredo Maza Márquez;

"- En el oficio de agosto 4 de 1989, del funcionario instructorde la investigación administrativa seguida en el DAS, se indicó que la causa de ésta era averiguar el atentado contra el General Miguel Alfredo Maza Márquez -el día 30 de mayo de 1989, en la ciudad de Bogotá-.

"- En el oficio de junio 6 de 1989, emanado del General Miguel Alfredo Maza Márquez, y dirigido al Procurador General de la Nación, mediante la cual, como ya se vio, le remite unas grabaciones tomadas por el B-2 de la Cuarta Brigada de Medellín, le pone a su conocimiento, que ellas son "...coincidentes con hechos circunstanciales del atentado de que fui víctima...". Así mismo, entera al señor Procurador General de la Nación, que, "... la fecha en que tuvieron lugar las conversaciones, objeto de la grabación, coincide con la captura del Capitán (r) ... y del sujeto ... ; a quienes como es de conocimiento de ese despacho, se les encontraron documentos relacionados con actividades de inteligencia siendo el más importante en nuestro criterio el titulado "INFORME CONFIDENCIAL AL SEÑOR DE LAS FLORES" **en el cual se consignan datos que habrían de relacionarse con el atentado del 30-MAY-89.**

"a.3. Con los documentos públicos, atrás enunciados, y emanados del Departamento Administrativo de Seguridad, relativos al proceso disciplinario que se abrió contra los Jefes de turno y patrulla, y los escoltas del General Miguel Alfredo Maza Márquez, el día 30 de mayo de 1989, y el oficio que éste, en su calidad de Jefe de Departamento Administrativo de Seguridad, le envió al Procurador General de la Nación, se establecen plenamente, todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de la ocurrencia del hecho demandado.

"a.4. Se probó dentro del proceso, la concresión del riesgo de naturaleza excepcional, con relación a los hechos aseverados por los demandantes, con los siguientes medios:

"- Informe del 13 de junio de 1989 ratificado -presentado por los Jefes de turno y patrulla, y los escoltas, del General Maza Márquez el día 30 de mayo del mismo año. Entre otros, y aludiendo al carro bomba, se estableció que la explosión y su onda, alcanzaron a la caravana de escoltas -personaje y unidades de seguridad- otros ciudadanos, vehículos, ventas callejeras, oficinas, comercio e inmuebles del sector, con resultados de conocimiento público, como son muertes, heridas de consideración en varias unidades de escolta, heridas a varios ciudadanos transeúntes -entre ellos menores de edad-, daños materiales a vehículos de escolta -de notoria consideración- etc. (Folios 14 a 19 del cuaderno 2).

"- Oficio No. (sic) de enero 26 de 1992, de la Juez 118 de Instrucción Criminal Permanente, remitiendo entre otros, el acta de levantamiento de cadáver de Elsa Stella Prados de Cuervo, EN RELACION CON LOS HECHOS OCURRIDOS EL DIA 30 DE MAYO DE 1989, CONTRA EL SEÑOR DIRECTOR DEL DAS, MIGUEL ALFREDO MAZA MARQUEZ (Documento público en original, folio 220 del cuaderno 2; acta, folio 226 *ibídem*).

"- Registro civil de defunción de ELSA STELLA PRADOS DE CUERVO, el día 31 de mayo de 1989. Se indicó como la causa del deceso: politraumatismo. (Documento público en fotocopia debidarnente del análisis probatorio efectuado, se deduce el primer elemento de responsabilidad administrativa".....

.....

"c. EL TERCER ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: El nexo causal.

"También se configura éste.El daño fue consecuencia de la actividad administrativa.

"La relación de causalidad, entre los dos primeros elementos de responsabilidad -hecho riesgoso y el perjuicio- en este caso, no es inmediata, como que el daño sufrido por los demandantes no dimana en forma directa, del riesgo creado por la Administración. No son las, declaración del estado de sitio, y las medidas ejecutadas para contrarrestar el desorden público, por sí solas, la causa eficiente para que el daño se hubiere producido. Pero si, de no haberse declarado tal guerra de combate de lo ilegal -que la sociedad consideraba enteramente necesaria- no se hubiera dado la reacción de esos grupos por fuera de la ley. La resistencia y contraataque de éstos, tuvo como manifestación primaria, el atentar contra la vida del señor General Miguel Alfredo Maza Márquez, Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y el hostilizarse su presencia en el alto gobierno, llevando finalmente a que dadas las condiciones para efectuarlo, se colocara una bomba de alto poder explosivo por el lugar de la caravana blindada, que lo conducía desde su casa hasta su trabajo, resultando como consecuencia de la explosión, muerta la esposa y madre, de los demandantes. Así se nota, cómo el riesgo que el Estado creó, viene a causar **mediatamente** la muerte de Elsa Stella Prados de Cuervo; si bien el Estado no quiso ni buscó esto, sí fue consecuencia necesaria de la situación particular en que se colocó a toda la población por las decisiones y ejecuciones materiales del Estado, en la lidia de movimientos contra éste. "La muerte de la señora Elsa Stella Prados de Cuervo, es el siniestro, la realización del riesgo, que a su vez desencadena, los daños -moral y material- por los que se está demandando.

"Corresponde a la Sala, en este punto, negar la excepción que propuso la apoderada judicial del demandado -el hecho del tercero-.

"Conocido es, que enel régimende responsabilidad extracontractual administrativa por riesgo excepcional, no existe la exoneración de la acción del tercero, pues el hecho siempre deviene del riesgo que genera el ejercicio de ciertas actividades -obras públicas o servicios públicos, de naturaleza riesgosa-; ya se ha repetido, como él, es la causa mediata en la producción del hecho; sin él, el suceso no se daría" (Fls. 90-123 Cdno. No. l).

- III -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

En el escrito que obra a folios 13 6 y siguientes del Cuaderno No. 1, el mandatario judicial de los demandantes destaca su inconformidad con el fallo de instancia sólo en dos puntos, a saber:

a) Pide que para liquidar los perjuicios materiales, en favor de la menor ANDREA CUERVO PRADOS, no se descuente un cincuenta por ciento (50%), que el Tribunal presume que la víctima destinaba para atender su congrua subsistencia. Impetra que ese monto se fije en un 25% siguiendo laorientaciónjurisprudencial de la Corporación.

b) Argumenta en el sentido de que los perjuicios materiales para la citada menor deben extenderse hasta el momento en el tiempo fisico en que cumpla los 25 años y no 18, pues la "... educación completa en el mundo moderno debe comprender la universitaria y posteriormente el establecimiento de los hijos. Para cumplir tales preceptos, se necesita que el hijo tenga a lo menos veinticinco años, pues no es común que un muchacho de 17 ó 18 años tenga consultorio u oficina profesional...".

- III -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL PROCURADOR NOVENO EN LO JUDICIAL

En el escrito que obra a folios 143 y siguientes del cuadorno No. 1, en lo pertinente **OBSERVA:**

"II. CRITICA A LA DECISION DEL TRIBUNAL

"Con tono de presuntuoso sustancialismo, a lo largo del fallo impugnado se repite que el atentado contra el General Miguel Maza Márquez, "tiene como causa eficiente el ejercicio de las funciones (o las acciones) públicas (de guerra) que batallan las fuerzas desestabilizadoras del estado de derecho". Nada más equivocado, las funciones públicas que sólo pueden entenderse en el contexto socio-político en el que se cumplen, *per se,* no son la causa de nada ni tampoco explican nada. Son los conflictos sociales y de violencia que anidan en la sociedad civil los que suministran las causas y las explicaciones de los actos de terror. La guerrilla, el narcotráfico, el paramilitarismo, que en abierto enfrentamiento con el Estado acuden al terrorismo para el mantenimiento de ciertas actividades ilícitas y el ejercicio de ciertas hegemonías, allí, en la sociedad civil, se han eregido en factores de poder que desatan la guerra y la violencia porque en Colombia, como lo ha sostenido Daniel Pecaut, el Estado es apenas "un agente político en la Constitución de la Nación", que no tiene el monopolio de la fuerza. Y es tan grave esa dispersión del podery ha adquirido dimensiones tan escalofriantes que el Decreto 814 del 19 de abril de 1989, parcialmente reproducido en la sentencia impugnada, denuncia la existencia de varios "grupos armados que subvierten el orden público" y que han adoptado diversas modalidades criminales "entre ellas las de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o justicia privada..." Y en sentidotarribién es bueno recordar, que esa situación no es más que la continuación de lo que se venía dando en el país desde años atrás, pues para la época de los hechos objeto de este proceso, uno de los Ministros del Presidente Virgilio Barco, concretamente señaló ante la opinión pública y el

Congreso de la República "la presencia activa" de más de cien (100) escuadrones de la muerte, algunos con nombres tan fatídicos como éstos: "Muerte a Jueces y Magistrados", "Muerte a homosexuales y prostitutas", "Muerte a abigeos", "Muerte a revolucionarios del Nordeste Antioqueño". En común, todos esos escuadrones tienen a la muerte como ideario.

"Y en lo que respecta específicamente con el narcotráfico, la Comisión de Estudios para la Violencia convocada por el Señor Ministro de Gobierno en 1987, sostuvo que "esa actividad se ha ido constituyendo en una forma de poder... privado, paralelo al Estado", que estimulando en su favor "La proliferación de agrupaciones armadas", como ejecutores de la muerte, asesina para hacerse justicia por su propia mano, o simplemente para íntimidar o arreglar sus cuentas. (Colombia: Violencia y Democracia. Comisión de Estudios sobre la Violencia. Universidad Nacional. Págs. 87 y 88).

"En síntesis, la violencia entre nosotros se ha instalado en el orden social como algo que le es consustancial, y para hallar las raíces de ese fenómeno, es necesario escabar en la Historia acerca de la debilidad endémica de nuestras formas de representación democrática y en la crisis recurrente de legitimidad del Estado.

"En otras palabras, en casos como el *sub-lite,* obviar el análisis de los problemas planteados limitándose a decir que se tendrán "en cuenta las situaciones de realidad social" o que "los hechos fuente de las pretensiones procesales... se enmarcan en una realidad histórica... (de) lucha legal contra los movimientos ilegales', es no decir absolutamente nada. Y subsumir semejantes afirmaciones en el valor simbólico que pueda tener el Decreto de Estado de Sitio a la sazón proferido, es convertir en una simple entelequía jurídica el juicio de responsabilidad pronunciado contra la administración, pues ese decreto no es más que el umbral de la puerta por la que entra el Estado en la vida y la realidad del país.

"Estas breves reflexiones me permiten afirmar que el análisis probatorio del Tribunal fue marcadamente deficiente, y por esto, con la decisión a que llegó, sesgadamente admite las súplicas de la demanda. Cuando no omitió el examen de los acontecimientos políticos y sociales que dice tomar en consideración, simplemente los menciona para minimizarlos en su verdadera dimensión y alcance.

"III. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

"En el marco en que se da el atentado contra el General MIGUEL MAZA MARQUEZ, la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es pues enteramente absurda. Si de riesgo excepcional que entraña un verdadero peligro para los ciudadanos se trata, como lo predica el fallo, la acción indemnizatoria ha debido incoarse contra la Organización que habiéndose eregido en uno de los tantos Centros de Poder, con tal acto propició la destrucción y la muerte.

"En otras palabras, los daños antijurídicos ocasionados en las circunstancias descritas en el capítulo anterior, no son imputables al Estado. El terrorismo, propio de las agrupaciones alzadas en armas al margen de la ley, como manifestación de carácter individual (no de masas) que en su origen es casi imposible de ubicar por exceder toda previsión superando con creces los medios con que cuenta el servicio, para someterlo, demandaría de un ejército en número, igual al de todos los colombianos. De tal manera que, en estas condiciones, sostener que "El desplazamiento" del General "desde su casa de habitación hasta la Sede Oficial" configura "un riesgo de excepcional naturaleza", puede constituir un buen juicio de alquimia jurídica pero no de derecho, porque la norma, conviene precisarlo, no es sólo la formulación abstracta de un derecho, sino también la expresión de todo un sistema de relaciones sociales que de igual modo debe analizarse en el momento de fallar. Y prescindir de esa realidad social pasando por alto el examen de los medios con que cuenta el Estado para enfrentar el terror y la violencia, puede llevarnos al extremo de hacerlo a él responsable del delito más fútil y de considerar a los funcionarios, empleados y trabajadores a su servicio, como un peligro potencial para los ciudadanos que se hallen próximos a los lugares por donde éstos transiten o vivan. Y ésta, que dentro de la concepción del Tribunal sería la situación de quienes integran la Policía, el Ejército, la Rama Jurisdiccional, la Procuraduría, el DAS, la Fiscalía, el Ministerio de Hacienda (Aduana), el Ministerio de Obras Públicas (Policía Vial) y otras tantas instituciones cuyo numeroso enlistado no es el propósito de este escrito, para eliminarla, implicaría el aniquilamiento del Estado, suprimiendo el último reducto de Etica Civil que aún nos queda. Consecuencia, como podrá verse, estrafalaria y de sin igual despropósito.

"Así pues, en el afán de introducir pequeñas pero aventuradas innovaciones jurisprudenciales, no pueden cerrarse los ojos a nuestra agobiante y dura realidad".

- IV -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL MANDATARIO JUDICIAL DEL CENTRO DE MIPUTACION JURIDICA DEMANDADO

En un extenso y bien detallado estudio, el Procurador Judicial de LA NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" estudia los entos de hecho del fallo apelado, su apoyo jurídico y la valoración probatoria por el sentenciador de instancia, lo mismo que el universo económico de las condenas, para terminar con las siguientes

CONCLUSIONES

"Para que se configure la responsabilidad de la Administración son exigidos en la jurisprudencia y doctrina tres elementos:

"Ocurrencia del hecho dañoso;

"Relación de causalidad entre ese hecho y un efecto;

"El daño o perjuicio:

"Sin la conjugación de esos tres factores no es posible deducir responsabilidad.

"En tratándose de riesgo excepcional, basta establecer su existencia, la ocurrencia del hecho y el perjuicio.

Ahora bien:

"En el evento *sub-lite* no es cierto que la administración hubiera creado un Estado de riesgo excepcional; hubiera realizado una actividad riesgosa tampoco lo es que ella hubiera producido como causa directa y eficiente el evento dañoso señalado en el libelo de demanda.

"Por tanto, no puede imputársele autoría directa en la ocurrencia del perjuicio.

"Por tales razones, la tipicidad de la responsabilidad se disuelve, y no procede, como respetuosamente le solicitó, la condena por el anotado concepto a la Nación colombiana. "Con ocasión del alegato de conclusión, estas consideraciones serán ampliadas y desarrolladas (fls. 214-215 Cdno. No. l).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues el *ad-quem* hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el Tribunal, por encontrarla ajustada a la ley y al derecho. Por lo demás, es una decisión justa.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que la señora ELSA STELLA PRADOS DE CUERVO, falleció como consecuencia del atentado que la delincuencia organizada hizo contra el Brigadier General MIGUEL ALFREDO MAZA MARQUEZ, el día treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y nueve (1989). El informe rendido al Sr. Director Central de Inteligencia, por el personal que para la época de los hechos se encontraba asignado como seguridad personal del alto funcionario, es prueba suficiente y convincente de la forma como ocurrieron los hechos. Dada su extensión, a su lectura remite la Sala. (C. 2, fol. 14 y ss. ss.). Por lo demás, la apoderada del centro de imputación jurídica demandado, al contestar la demanda, destaca el carácter de hecho notorio que tuvo la tragedia, al precisar:

"Estos son ampliamente conocidos por la opinión pública y se encuentran publicados en los diarios nacionales e internacionales a partir del 30 de mayo de 1989, fecha en la cual el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad y

muchos ciudadanos colombianos fueron víctimas del ataque terrorista ocurrido aproximadamente en la carrera 7a. con calle 57 de la ciudad de Bogotá, el cual causó la pérdida de muchas vidas inocentes" (C. 1, fol. 31).

B) Frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que en el caso en comento sí es posible aplicar el régimen de RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL. Por ello se patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee:

"De lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. **Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo"** (C. 1, fol. 113). (Subrayas de la Sala).

Para la Corporación, el atentado contra el Brigadier General Miguel Alfredo Maza Márquez fue un "ACTO TERRORISTA" que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió pues, contra la organización estatal, con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionan esa forma de lucha:

En un interesante estudio intitulado: "Los Actos Terroristas y el Seguro Privado", el Dr. Esteban Jaramillo destaca el universo y las consecuencias que buscan los delincuentes que así se comportan. En lo pertinente del mismo, se lee:

"Son los terroristas, entonces, personas que, en nombre de lo que ellos consideran una causa elevada, realizan actos indiscriminados de violencia que victiman o causan terror a la gente inocente: estiman, en tanto avezados sufridores que dicen ser, que el respeto a la vida y a las bases mismas de convivencia pacífica en las comunidades civilizadas no vale nada, ante la ineluctable necesidad de alcanzar la consecución del objetivo final de las organizaciones a las que pertenecen, sirviéndose de una especie de dialéctica del terror como instrumento de chantaje de probada eficacia, **pretendiendo desmoralizar al enemigo por los efectos intimidantes del salvajismo y la brutalidad hasta forzarlo a aceptar, porque así le ha apetecido a una minoría iluminada, la ilusión de un Estado "justo" en cuanto tal exento de los males que en su momento pudieron haber "justificado"** la acción terrorista. A muy grandes rasgos, ésta es la repugnante realidad de cuya presencia depende que el calificativo de "terrorista" puede predicarse de un acto de violencia; explicaciones para ese fenómeno las hay sin la menor duda -una de ellas la que ensayó Sean Mac Bride, antiguo miembro del IRA en los primeros años de este siglo, al expresar que "... si los investidos con la autoridad y el poder cometen injusticia, recurren a la tortura y al asesinato. ¿Acaso no es inevitable que sus víctimas reaccionen con

los métodos análogos? Esto nojustifica el salvajismo o la conducta inhumana, pero explica en parte la violencia y la brutalidad creciente en nuestro mundo" y no faltan los fatigosos desvaríos de conocidos embaucadores que intentan necias justificaciones para el terrorismo, pero por ahora basta con registrar el hecho y pasar a su examen desde el punto de vista que interesa para esta ponencia.

"b) Desde que en el año de 1959 tuvo lugar, en Río de Janeiro, la Cuarta reunión del Consejo Latinoamericano de Jurisconsultos bajo los auspicios de la Unión Panamericana, se ha venido admitiendo que el terrorismo es, al menos en la modalidad más caracterizada en los países del tercer mundo, **una expresión de la violencia política que encuentra ambiente propicio en la constante** pugna entre quienes no se resignan a conformarse con el malestar social y aquellos que se empecinan en sostener un "orden" agresivo, explotador y solucionado hasta los tuétanos, todo ello como consecuencia muy propia de un estado de cosas que, en el curso de esa misma reunión, fue magistralmente descrito por el Dr. Alberto Ruiz Eldredge como sigue: "... La sociedad actual, manejada por centro de poder -político, económico y financiero- ha sido convertida en un campo de batalla, agravando la crisis por el cultivo de valores antagónicos al hombre como tal. En efecto, se ha hecho de la existencia y del mundo del hombre unaentidad interpretable en términos económicos transida de problemática económica y sujeta también a determinaciones de ese mismo orden. La ciencia, la reflexión filosófica, el arte, la religión, la poesía, la educación, el derecho y todas las manifestaciones en sí de la cultura están, en mayor o menor grado, afectadas por una tabla de valores orientados hacia el lucro desmedido, la ventaja personal, el poder, es decir hacia una actitud egoísta; y esto afecta los actos fundamentales del hombre, el trabajo creador, el amor, la investigación de la verdad y la persecusión del bien común. Todo ha quedado sometido a medida, a precio, a las determinaciónes de la eficacia y la utilidad. Las categorías de mercancía y dinero son esenciales en el sistema actual y **han terminado por dominar el conjunto de la existencia, en tal modo que el lucro ha pasado a ser el factor decisivo en la ética del poder y la ambición se ha enseñoreado de la acción personal y social.** Si bien tal estado de cosas ha significado un extraordinario progreso de orden material, ha empeorado la situación del hombre originando un sistema de costumbres, de sentimientos, de ideas y de instituciones que organiza al individuo sobre esas actitudes de aislamiento y de defensa. Un hombre abstracto sin ataduras ni comunidades naturales, dios soberano en el corazón de una libertad sin dirección ni medida, que desde el primer momento vuelve hacia los otros la desconfianza, el cálculo y la reivindicación; instituciones encaminadas a asegurar la no usurpación de esos egoísmos o su mejor rendimiento por la asociación reducida al provecho; tal es el régimen de civilización que agoniza ante nuestros ojos, uno de los más pobres que haya conocido la historia. Arnold Toynbee declara que el hombre precisa de toda ayuda que pueda obtener, sea de Dios o sea de sí mismo, para salvarse de

cometer el crimen y la locura de liquidar su propia especie...". (Memoria del XII Encuentro Nacional. El Seguro en la Propiedad Horizontal y ante los Actos Terroristas, Medellín, octubre de 1986. Págs. 76 y 77). (Subrayas de la Sala).

Ahora bien: si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el **OBJETO DIRECTO** de la agresión fue UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado. En la Ley 104 de 1993, el legislador dotó al Estado colombiano de instrumentos orientados a asegurar la vigencia del Estado Social de Derecho, y a garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Constitución de 1991. Por ello en su Título II., y bajo el rubro "Atención a las víctimas de atentados terroristas", se precisa, en su artículo 18, que son "VICTIMAS" "... aquellas personas que sufren directamente PERJUICIOS por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada a la población". Luego, en el artículo 19, pone en marcha los PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD SOCIAL y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por DAÑO ESPECIAL, al disponer que las víctimas de actos terroristas "... recibirán asistencia humanitaria, entendiendo por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que HAYAN SIDO MENOSCABADAS POR LA ACCION TERRORISTA ...". La filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades. En el caso *sub-exámine* el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es LICITO, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo.

C) Para darle mayor fuerza de convicción a la sentencia, la Corporación recuerda que en providencia de 5 de julio de 1991, expediente No. 1082, Actor ANIBAL OROZCO CIFUENTES, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, se manejó la misma filosofía jurídica que se dejó descrita en el literal anterior.

En lo pertinente de la misma, se destaca:

"Del análisis probatorio que atrás hizo la Sala, no cabe duda que el grupo guerrillero M- 19 irrumpió injustamente en ataque bélico contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolima, el 1o. de julio de

1985 desde tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la integridad personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policiva allí localizada, sino además contra múltiples de los ciudadanos allí radicados.

"La Sala entiende, como también entendió el demandante, que el exiguo número de agentes policiales destinados a mantener el orden público y a garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes de aquel alejado rincón del país, obraron dentro del límite de sus capacidades, hasta el punto de que los supérstites bien merecieron distinciones y condecoraciones por su coraje y valentía al tratar de defenderse y defender a los pobladores del lugar, del cobarde ataque irrogado por el comando guerrillero, pero ello no es óbice para que con aplicación de las tesis antes esbozadas la Nación Colombiana resulte condenada por responsabilidad administrativa y tenga que indemnizar los daños que aquí se demandan.

"No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la "lesión, al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad. Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano (Aníbal, Orozco Cifuentes), que demostró ánimo de colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía en la población de Herrera, tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio.

"La responsabilidad administrativa que se le enrostra a cualquier ente público, solamente se neutraliza mediante la demostración plena que la entidad demandada hiciera para tipificar culpa exclusiva de la víctima, intervención de un tercero o fuerza mayor. Ninguna de estas situaciones se han demostrado en el *sub-lite*". (Extractos de Jurisprudencia. julio, agosto y septiembre de 1991. Segunda Parte. Tomo XIII, págs. 25 y 26).

Como se puede apreciar, el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL se informa, a su vez, en razones de EQUIDAD, criterio auxiliar en la actividad judicial. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental. en el concepto de justicia, como lo recuerda John Rawls, en su obra "Justicia como Equidad". Por ello enseña:

"La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en LOS BENEFICIOS y LAS CARGAS. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar

en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. **Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación en las circunstancias antes mencionadas. Las personas embarcadas en una práctica justa, o EQUITATIVA, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones -si es que parecieran cuestionables- por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte.**

"Es esta idea de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el CONCEPTO DE EQUIDAD sea fundamental para la justicia".

Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la EQUIDAD, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamientoque el ilustre filósofo aconseja al juez, cuando le exige: "...determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir" (Obra citada, pág. 3). En otras palabras: Cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es.

D) Para quienes suelen sorprenderse por la cadena ininterrumpida de condenas que la justicia contencioso-administrativa profiere a diario, contra la administración, parece conveniente recordarles que ellas se apoyan en el artículo 90 de la Constitución, y, en algunos casos, en leyes particulares, dictadas por el legislador. Tal es el caso del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza la indemnización por privación injusta de la libertad. La definición misma de Colombia, como un Estado Social del Derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permite que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera. Un Estado Social de Derecho es, por definición, un Estado de Bienestar, del cual sus integrantes pueden esperar que se comporte, en todos los momentos de su accionar, conforme a la ley y al derecho, es decir, que por su acción o por su omisión no los LESIONE. El respeto a la dignidad de la persona humana exige que no se admita discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opiniones o creencias. Por ello no se la puede privar de la vida, ni torturar, ni quitarle el espacio de libertad que le corresponde, para la defensa de sus ideales, pues como lo recordaba Tomás y Valiente,

al terminar una Conferencia en la Universidad de Salamanca, en 197 1, "... no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier nombre".

La solidaridad, finalmente, adopta a las personas a las exigencias de la vida común y, por tanto, a la realidad. Por ello enseña Ignace Lepp: "El hombre que no se la sintiera solidario de otro hombre o no aceptara tal condición, se deslizaría hacia el narcisismo y no lograría evitar, a la larga la neurosis y la misma demencia... La solidaridad social es una etapa primera para el Yo que marcha hacia los otros. Le brinda la posibilidad de encontrar a los otros sobre el terreno sólido de lo concreto, y ya esto constituye un progreso importante comparado con una comunicación puramente abstracta tal como la imaginaban los idealistas. La SOLIDARIDAD NOS CONDUCE AL UMBRAL DE LA COMUNION EXISTENCIAL: lo importante ahora es no tener miedo y franquear la puerta" (La Comunicación de las Existencias, pág- 68).

La solidaridad, finalmente, demanda de cada una de las personas un altruismo universal, para no ver a los semejantes sólo como miembros de un determinado grupo o secta, y un altruismo peligroso, para tener el valor de sacrificar la vida y los bienes por los que están en grave riesgo de perderlo todo.

E) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, ella quedó bien demostrada, pues la finada contrajo matrimonio con JUSTO VICENTE CUERVO LONI?OÑO, el día 24 de agosto de 1970. De esa unión nacieron ANDREA y MONICA CUERVO PRADOS.

Por todo lo anterior, el *ad-quem* patrocina la condena que hizo el Tribunal de instancia por los perjuicios MORALES causados, así:

Para JUSTO VICENTE CUERVO LONDOÑO (esposo) la suma de UN MIL (1.000) gramos de oro fino;

Para MONICA CUERVO PRADOS (hija), la suma de UN MIL (1.000) gramos de oro fino;

Para ANDREA CUERVO PRADOS (hija), la suma de UN MIL (1.000) gramos de oro fino.

Las sumas anteriores se deberán pagar con el precio que el referido metal tenga al momento de quedar ejecutoriada esta sentencia, según certificación que para tal fin expida el Banco de la República.

Por lo que hace relación con la condena que hizo el *a-quo,* por PERJUICIOS MATERIALES, también se confirmará, pero su monto se actualizará hasta el día 31 de agosto de 1994, utilizando para tal fin, las fórmulas aceptadas por la jurisprudencia de la Corporación.

Dentro del anterior marco, la condena por peduicios materiales se concreta, así:

$$Ra = R \frac{IndiceFinal}{Indice\ Inicial}$$

$$Ra = \$10.883.283.83 \frac{377.24}{293.33}$$

$$Ra = \$\ 13.996.556.75$$

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día primero (1o.) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, con la precisión de que actualizados hasta el 31 de agosto de 1994, los perjuicios materiales en favor de ANDREA CUERVO PRADOS quedan en la suma de TRECE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA SEIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($13.996.556.75).

SEGUNDO: Expídanse las copias del FALLO, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo. Envíese copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para lo de su cargo.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

SECCION CUARTA

REMATE DE BIENES/COBRO COACTIVO/NULIDAD-Causales**/CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-**Aplicación

Ni el artículo 833-1 del E.T. que restringe los recursos, ni el artículo 835 del E.T. que inidca que sólo son demandables "las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución", pueden tomarse con carácter definitivo y excluyente puesto que con posterioriddad a tales providencias hay una actuación administrativa que, en cuanto no haya normas especiales en el E.T. se debe surtir según el procedimiento del C. de P.C., como es la citación para remate, el remate mismo, su aprobación y su cumplimiento, puesto que el artículo 840 del E.T. que trata sucintamente del remate de bienes debe complementarse en su aplicación con los artículos 521 y siguientes del C. de P.C., siéndole igualmente aplicables las causales de nulidad previstas en los artículos 140 y 141 del C.P.C. Sobre este particular es pertinente recordar que la misma Ley 6a. de 1992 introdujo la aplicación supletiva del procedimiento civil en materias que pueden ser en el tiempo independientes o posteriores a las providencias señaladas en el artículo 835, según previsión del artículo 87 de la Ley 6a. incorporada en el E.T.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5591. Actor: Bertha Hernández. Apelación Interlocutorios -AUTO-

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación contra el Auto del 24 de marzo de 1994 mediante el cual la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor apoderado de la señora BERTHA HERNANDEZ contra las siguientes providencias dictadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -División de Recaudación y Cobranzas de Girardot-.

- Acta de Remate de noviembre 8 de 1993 de un inmueble ubicado en Girardot que fuera de propiedad del señor LUIS MARIA JOVEL y con base en Auto de octubre 21 de 1993 dictado en el proceso administrativo de cobro coactivo y previo aviso según lo ordenado por el artículo 525 del C.P.C. Se presentaron cuatro postores y se adjudicó a la mayor de las ofertas, hecha por el señor Orlando Medina Ariza.

- Resolución de aprobación del anterior remate, dictada por el Jefe de la División respectiva de Seción, "en aplicación de los artículo 839-1 E.T. y el artículo 529 del C.P.C.".

La **DEMANDA** está fundamentada en la violación de los artículos 539 y 523 del Código de Procedimiento Civil y la consecuente del debido proceso en razón a que no se citó a la señora Bertha Hernández "a su dirección registrada para que se hiciera parte en el proceso", "dejando iluso el gravamen hipotecario".

Igualmente, se fijó fecha para el remate sin haber citado a la demandante a sabiendas de tener la calidad de acreedor hipotecario, privándola de sus derechos y de la posibilidad de hacer postura en la diligencia de remate.

El **AUTO APELADO** en forma sucinta inadmitió la demanda por considerar que los actos acusados son de ejecución, no susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción según lo dispuesto en el artículo 78 Ley 6a. de 1992 (833-1 E.T.), que califica tales actuaciones como de trámite y el 835 E.T. que señala como demandables ante la jurisdicción, únicamente las resoluciones que fallan las excepciones y las que ordenan llevar adelante la ejecución.

En la **APELACIÓN** dice el actor que al no conocer el proceso no podía proponer excepciones y que al no haberse producido su vinculación, le fue totalmente desconocido el citado proceso, que como actuación administrativa debe estar sujeta a control con posterioridad a la sentencia de excepciones. De lo contratio la actuación posterior estaría al capricho de los funcionarios (art. 82 Dcto. 01/84).

Agrega que el artículo 78 de la Ley 6a. de 1992 hace referencia a las actuaciones administrativas de cobro de las deudas fiscales pero la actora no lo era, ni se adelantaba proceso alguno de cobro puesto que era acreedora hipotecaria que dejó de vinculársele debidamente al proceso. Menciona una sentencia de tutela que dictó a su favor la Sala Agraria del Tribunal Superior de Bogotá, sin probarla.

La **OPOSICION** de la DIAN se basa en los mismos fundamentos del auto apelado: que según el artículo 835 del E.T. sólo son demandables ante la jurisdicción las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, y que "las actuaciones administrativas realizadas en el proceso administrativo de cobro, son de trámite" según el artículo 78 Ley 6a. de 1992.

No son aplicables las normas del C.P.C. por tratarse de un proceso administrativo especial.

No está demostrado el fallo de tutela invocado y es al juez de la tutela a quien corresponde ordenar su cumplimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No comparte la Sala la inadmisión de la demanda decretada por el *a-quo*, por las siguientes razones:

En primer lugar, el principio que recoge el artículo 82 del C.C.A. es que, en general, todos los actos de la Administración pueden ser objeto del control jurisdiccional, lo excepcional es que escapen a él.

Ni el artículo 833-1 del E.T. que restringe los recursos, ni el artículo 835 del E.T. que indica que sólo son demandables "las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución", pueden tomarse con carácter definitivo y excluyente puesto que con posterioridad a tales providencias hay una actuación administrativa que, en cuanto no haya normas especiales en el E.T. se debe surtir según el procedimiento del Código de Procedimiento Civil, como es la citación para remate, el remate mismo, su aprobación y su cumplimiento, puesto que el artículo 840 del E.T. que trata sucintamente del remate de bienes debe complementarse en su aplicación con los artículos 521 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (Cap. IV. "Remate de bienes y pago al acreedor"), trámite dentro del cual se destaca que el auto aprobatorio del ramte es apelable en el efecto diferido, (art. 538 C.P.C.), siéndole igualmente aplicables las causales de nulidad previstas en los artículos 140 y 141 C.P.C.

Sobre este aprticular es pertienente recordar que la misma Ley 6a. de 1992 introdujo la **aplicación supletiva** del procedimiento civil en materias que pueden ser en el tiempo independientes o posteriores a las providencias señaladas en el artículo 835, según la siguiente previsión del artículo 87 de la Ley 6a. incorporada en el E.T. así:

> **"ART. 839-2. Embargo, secuestro y remate de bienes.** En los aspectos compatibles y no contemplados en este Estatuto, se observarán en el procedimiento administrativo de cobro las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que regulan el **embargo, secuestro y remate de bienes"** (la subraya no es original).

De la anterior relación se concluye que tales actuaciones posteriores pueden dar lugar a controversias ante la Administración y por ende ante esta jurisdicción, de donde se deduce que no pueden ser inadmitidas *a-priori*.

Además, pueden existir situaciones que se derivan de las disposiciones especiales de este proceso, como las contempladas en el artículo 839-1 del E.T., algunas de las cuales aparentemente se dieron en el caso planteado, en el que según el Certificado de Libertad ya existía un embargo de la demandante, antes de ser decretado por la Administración.

Las anteriores cosideraciones permiten concluir qe no puede sostenerse la inadmisión de la demanda con los argumentos de la *a-quo* y que repitió la entidad oficial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

DECIDE:

REVOCASE el auto apelado.

En su lugar, devuélvase al Tribuanl de origen para que, si reune los requisitos formales, ADMITA la demanda y disponga lo que corresponde según el artículo 207 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CESION DE DERECHOS/CONTRATO DE ASOCIACION/EMPRESA EXPLOTADORA DE RECURSOS NATURALES/PRINCIPIO LEX REI SITAE/PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM/LEY DEL CONTRATO

La ley colombiana se aplica a todas las relaciones jurídicas que emanen del contrato, entre ellas la cesión de derechos inherentes al contrato de asociación, sin que sea válida la posición del apoderado de la actora que, desconociendo la ley del contrato (ley nacional), estima que la cesión de derechos que celebró en el extranjero (Farm Out Agreement), conforme al principio "locus regit actum" debe regirse por la Ley de Estados Unidos; porque tratándose de la cesión de un derecho, ésta se rige por el ordenamiento imperante en el lugar de ubicación del derecho cedido, más aún cuando éste fue acordado previamente por las partes como ley del contrato y a ella se sujetaron voluntariamente. Por lo demás, la legislación comercial colombiana, también aplicable en este caso por disposición del artículo 20 numeral 16 del C. de Co. que considera a las empresas explotadoras de recursos naturales como mercantiles, determina que, de conformidad con lo previsto por el artículo 869 ibídem, "la ejecución de los cotratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, regirá por la ley colombiana". Adicionalmente en materia de derechos y obligaciones, como la posesión y decisión sobre la propiedad jurídica de las cosas, rige el principio internacional "lex rei sitae", antes que el de "locus regit actum".

CONTRATO DE ASOCIACION/CONTRATO DE CESION/CESION DE CONTRATO

En razón de la naturaleza del contrato cuyos derechos y obligaciones se ceden parcialmente, no podía la Administración fijar el precio del mismo,

atendiendo a los prospectos y proyecciones del petróleo a explotar, toda vez que lo que se vendía no era el recurso natural no renovable que pudiera encontrarse en los yacimientos explorados, sino el derecho de participación en el contrato msimo de asociación. Son distintos los derechos y obligaciones que se adquieren dentro del contrato de asociación, de aquellos derivados del contrato cesión, en virtud del cual el cesionario se subroga parcialmente en los derechos y obligaciones que corresponden al actor en aquél y que le implican, por su sola celebración, asumir en la proporción acordada, los costos y gastos de exploración que a cargo del actor se fijaron en el contrato de asociación, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria establecida en la cláusula 27 del contrato. Por esta razón, tampoco puede afirmarse que la cesión del contrato sea totalmente aleatoria, aunque eventualmente puede serlo, en la medida en que no se tenga certeza sobre los resultados económicos del contrato de asociación para las partes, pero no en cuanto a los costos de exploración, hasta entonces incurridos, que se conocían perfectamente al momento de la cesión.

ANTICIPO DE IMPORRENTA/LIQUIDACION PRIVADA/LIQUIDACION DE REVISION

La determinación del anticipo debe hacerse en la liquidación privada del impuesto, pero no en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones: Porque el anticipo es una forma de pago, más no un impuesto, pues en le momento que tal liquidación se porduce ya está cancelado el impuesto correspondiente al año siguiente. Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumado el plazo de que goza la Administración de Impuestos para practicar la liquidación de revisión la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado ser hipotética o incierta, pues ya ha presentado o ha debido presentarse la declaración de este otro ejercicio y cuantificado, por lo menor previamente el impuesto, caso en el cual la presunción establecida por la ley, "de ingreso futuro", ha desaparecido para dar paso a una cuantificación real de los hechos económicos del sujeto pasivo de la obligación tributaria. Porque la determinación del anticipo no puede hacer parte de la liquidación de revisión, ya que ésta sólo puede comprender de acuerdo con el proveído del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 vigente entonces, el período gravable correspondiente, y no hay duda que el período fiscal por el cual se practicó la liquidación acusada 1983, es distinto del de 1984 y en manera alguna, dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

IMPUESTO DE TIMBRE/LIQUIDACION DE AFORO-Improcedencia

Cumplido el hecho generador del impuesto de timbre, el término establecido por el inciso 2o. del artículo 54 de la Ley 29 de 1976, empezó a correr y la diligencia relativa a la tasación del impuesto de timbre se había iniciado por la propia contribuyente cuando presentó el documento, ante la Administración para efectos de pago, como contrato de cuantía determinado, el 19 de mayo de 1983, y canceló la suma de $400. Entonces, si la actuación se inició en tal fecha y si para efectos de la tasación legal del tributo, la Administración inició en tal fecha y si para efectos de la tasación legal de tributo, la Administración inició la investigación correspondiente con miras a la práctica de la liquidación de aforo en el año de 1986, no puede argumentarse que el procedimiento aplicable era el contenido en el Decreto 2503 de 1987, porque esta norma no existía cuando la actuación administrativa se inició.

ESTADO-Obligaciones/**CONDENA**-Ajuste/**PAGO EN EXCESO/INDICE DE PRECIOS**

El Estado como ente jurídico capaz de adquirir derecho y obligaciones, está expuesto a soportar las consecuencias de us acto que resulta contrario a derecho, que no sólo deber ser excluído del ordenamiento a través de la nulidad sino que al particular afectado se le debe "restablecer en su derecho". Esta finalidad de la acción está claramente consagrada en el artículo 85 del C.C.A. cuando autoriza a la persona lesionada en su derecho amparado en una norma legal, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca su derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5350. Actor: Occidental de Colombia INC-S.A. Nit. 60.053.930. Apelación de la sentencia del 17 de septiembre de 1993. Renta 1983-Timbre. Fallo.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos, mediante apoderados, por la sociedad actora, la entidad demandada y el Ministerio Público contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de septiembre de 1993, estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad **OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. S.A.** Nit. 60.053.930, contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración

de Impuestos Nacionales de Bogotá le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 983, y el impuesto de timbre, sobre el contrato de cesión celebrado con la Compañía Col. Cities Service Petroleum Corporation "COLCITCO" el 27 de abril, protocolizado mediante Escritura Pública No. 2605 de junio 7 de 1983 de la Notaría Séptima de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- Impuestos de renta

La actora, sucursal en Colombia de sociedad extranjera, cuyo objeto social consiste en la exploración, explotación, refinación, venta y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos en general y minerales, celebró con la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL" el día 11 de junio ded 1980 contrato de asociación para la exploración y explotación de petróleos en el sector Cravo Norte, el que fue protocolizado mediante la Escritura Pública No. 354 del 24 de octubre de 1980, de la Notaría 32 del Círculo de Bogotá.

En los años de 1981 y 1982, la contratista adelantó los estudios sismográficos y geográficos pertinentes y perforó doce (12) pozos para explotación. Durante este período realizó actividades encaminadas a encontrar otra compañía interesada en la adquisición de parte de sus derechos en el mencionado contrato para lo cual hizo las ofertas pertinentes.

El 27 de abril de 1983 mediante contrato, que posteriormente se protocolizó por escritura pública, OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC cede a COLCITCO el 50% de sus derechos en el contrato de asociación, documento en el cual no se fijó precio a la cesión.

El 11 de mayo de 1984 la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá en la que declaró ingresos por conceptos de intereses y corrección monetaria cuyo valor registró en la columna 5 del formulario, correspondiente al valor fiscal, como susceptible de constituir renta gravable y como valor en libros (columna 4) del formulario, cero. Liquidó sobre el monto total de $58.372 el impuesto de renta por $23.348 y aplicó descuentos tributarios para un impuesto de cero. Declaración que corrigió el 11 de julio de 1984, en la cual determinó privadamente el impuesto a cargo en la suma de $108.134.

Mediante auto comisorio 000132 del 10 de julio de 1986, la Administración de Impuestos ordenó inspección genera a los libros de la contribuyente con el fin de determinar el impuesto de renta y complementarios por el ejercicio fiscal de 1983, atendiendo a la solicitud de investigación No. 10711 de 22 de mayo de 1986, formulada por el señor Contralor General de la República.

Diligencia de inspección que se dió por terminada por acta del 9 de octubre de 1986.

Con fundamento en las conclusiones consignadas en el acta de visita y la Resolución 001 del 8 de octubre de 1986 la Administración mediante el requerimiento especial 000176 del 10 de octubre de 1986 propuso a la sociedad la modificación de su liquidación privada con el fin de :

- Adicionar los ingresos declarados en la suam de 120.818.410.000.oo, correspondiente al valor de cesión de los derechos de OCCIDENTAL a COLCITCO.

- Adición a los costos declarados de la suma de $201.054.660, imputables al ingreso omitido.

- Rechazo de costos activados por $11.446.564, por falta de retención en la fuente.

- Desestimación, por el mismo motivo, de los honorarios pedidos por la suma de $10.000.oo.

- Subsidiariamente, la determinación de la renta líquida por el sistema especial de comparación de patrimonios; adicionando para tal efecto al patrimonio declarado, el valor por las cuentas a cobrar a COLCITCO:

por los derechos de cesión	$120.818.410.000
menos el valor contabilizado por	$ 201.054.660
para una diferencia patrimonial de	$120.617.355.340

Requerimiento que fue ampliado mediante el auto 0001 de enero 14 de 1987.

El requerimiento especial y su ampliación fueron atendidos por la actora mediante oficios explicatorios del 24 de noviembre de 1986, del 2 de febrero de 1987 y del 7 de septiembre del mismo año.

La proposición de modificación de la liquidación privada se concretó en la liquidación oficial No. 0635 del 9 de octubre de 1987 (Fls. 130 a 222 cdno. ppal.) que determinó el impuesto de renta en $1.284.956.734, impuso sanción por inexactitud de $2.569.697.200, por libros de $75.110.683 y un mayor valor del anticipo, por $481.899.326.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reconsideración alegando:

A) La nulidad del acto administrativo por: desconocimiento del beneficio de auditoría, extemporaneidad, falta de competencia del funcionario que la practicó, el indebido planteamiento de la determinación simultánea de la renta por dos sistemas, y la adición del anticipo.

B) La improcedencia de la adición de ingresos, desconociendo la realidad económica frente al contrato de cesión; el desconocimiento de costos; la imposición de las sanciones, la determinación del anticipo, y el rechazo de costos y gastos.

Con relación a la indebida adición de ingresos planteó la unidad jurídica del acuerdo celebrado en Colombia por la OXY y COLCITCO, con el Farm Out Agreement, documento que contiene el contrato de cesión, celebrado en los E.U. de América el 17 de marzo de 1983, en cuya cláusula 5a. está fijado el precio de la cesión con una contraprestación consistente en que la compañía cesionaria asumiera el costo total de la perforación del pozo Caño Limón No. 1 y siete (7) Kms. de exploración sísmica.

Apoya su argumento invocando doctrina que, sobre la cesión de créditos, exponen los tratadistas del derecho civil.

Alegó igualmente la naturaleza aleatoria del contrato, la fecha cierta del documento otorgado en E.U. y su fuerza probatoria atendiendo al principio "locus regit actum, legalidad que se presume por haber cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil al allegar la prueba al proceso.

El recurso fue fallado por la Administración de Impuestos mediante la Resolución 000360 del 2 de diciembre de 1988, en la cual no accedió a decretar las nulidades propuestas ni las cuestiones de fondo alegadas y confirmó en su totalidad la liquidación de revisión 00635 del 9 de octubre de 1987.

2.- Impuesto de timbre

Con base en la misma estimación del precio del contrato de cesión, la Administración de Impuestos Nacionales practicó a la sociedad la liquidación de aforo del impuesto de timbre, mediante la cual fijó este impuesto en la suma de $33.256.492 e impuso sanción de 100% por igual valor para un total de $66.512.984.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente recurrió en reconsideración alegando la improcedencia de la liquidación de aforo. Recurso que fue fallado por la Administración mediante la Resolución A-0034P del 2 de junio de 1989, que confirmó la liquidación recurrida y levantó la sanción impuesta.

LAS DEMANDAS

I- Renta

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando que la Administración de Impuestos Nacionales al practicar el acto administrativo de liquidación de revisión incurrió en violación de los artículos: 20 de la Constitución Nacional; 1495 y 1498 del Código Civil; 51, 53, 72 y 887 del Código de Comercio; 177, 250, 258 y 259 del Código de Procedimiento Civil; 84 del Código Contencioso Administrativo; 84 del Decreto 1641 de 1961; 15, 16, 19 y 74 del Decreto 2053 de 1974; 34 ordinal 3o. del Decreto Ley 2821 de 1974; 30, 32, 33, 41, 49 y 57 de la Ley 52 de 1977; 19, 22, 49, 56 y 57 del Decreto Ley 3803 de 1982; 75, 83, 84, 89 y 98 de la Ley 9a. de 1983; 10, 12, 13 y 14 del Decreto Ley 3410 de 1983, y 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978.

A) Plantea la nulidad de la liquidación por incurrir en los siguientes vicios de forma:

1.- Desconocimiento del beneficio de auditoría

Acusa a la Administración de haber desconocido el beneficio de auditoría consagrado en los artículos 10, 12, 13, y 15 del Decreto 3410 de 1983, al cual tenía derecho por haber cumplido las exigencias allí establecidas para acceder al beneficio fiscal.

2.- Falta de oportunidad

Estima que la liquidación no se practicó oportunamente ya que cuando fue notificada había precluido el término consagrado en el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, toda vez que la inspección practicada por ser anterior al requerimiento, no tenía la virtualidad de suspender el término, porque la inspección a que se refiere el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, es la practicada después del requerimiento, como precisó la propia Administración en el concepto 22542 de agosto 31 de 1984, cuyos apartes transcribe.

3.- Incompetencia de la División de liquidación para determinar el precio presunto

Pues no existía norma alguna que facultara a la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales para ejercer tal función y muy al contrario, nuestro sistema tributario se basa precisamente en la autodeterminación del impuesto, en lo declarado por el contribuyente como se infiere del artículo 19 del Decreto 2053 de 1974 cuando dispone que el precio de enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especir y que "se tiene por valor comercial el señalado por las partes siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie en la fecha de su enajenación" y como excepción la norma señala que cuando el valor difiere notoriamente del valor comercial, puede el Director General de Impuestos Nacional rechazarlo para efectos impositivos y señalar un precio acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

Facultad que fue conferida por la ley exclusivamente al Director General de Impuestos, pero no a las administradores ni a sus subalternos.

Estima por consiguiente que la determinación del precio presunto que hizo la División de Liquidación, de la enajenación de los derechos de OXY a COLCITCO en el año de 1983 vició el acto administrativo de nulidad por incompetencia.

Destaca que en el caso que nos ocupa no se trata de probar que el adquirente pagó a OXY cierta cantidad por la enajenación, sino que simplemente el liquidador llegó a un precio estimado de enajenación calculado sobre reservas de petróleo "supuestamente" conocidas en la fecha de enajenación.

Seguidamente, discute los argumentos expuestos por la Administración de Impuestos, al resolver el recurso de reconsideración, para no acceder a declarar la nulidad por vicio de incompetencia.

B) Acusa de ilegalidad el acto complejo acusado:

1.- Por la indebida adición de ingresos tributarios en la suma de $3.212.111.500, porque para llegar a la determinación del precio presunto de la enajenación de los derechos de OXY a COLCITCO, la Administración utilizó las siguientes premisas equivocadas:

- Desconoció el contrato celebrado por las dos compañías en los Estados Unidos de América el 17 de marzo de 1983 llamado "Farm Out Agreement".

- Solo admite como contrato el documento suscrito en Colombia, aceptado pro ECOPETROL y protocolizado en la Notaría Séptima según Escritura Pública No. 2605 del 7 de junio de 1983.

- La afirmación de que las partes no pactaron contraprestación por la cesión de derechos que OXY hizo a COLCITCO.

- La calificación de irrisorio del valor de la contraprestación de enajenación de los derechos pactados entre OXY y COLCITCO.

- Establecimiento del precio presunto con fundamento en prospectos contenidos en ofertas de cesión anteriores a la iniciación de la perforación exploratoria del pozo Caño Limón No. 1 Zona de Cravo Norte.

Expone que la cesión mediante el documento firmado en Colombia, constituye únicamente la forma de dar cumplimiento a un contrato anterior entre el cedente y cesionario, en otros términos, es la tradición o modo de realizar el traspaso del dominio sobre el bien, conforme a un título antecedente. Por consiguiente el documento de cesión tiene que ser considerado en forma inseparable del contrato que le dió origen.

Acusa el acto administrativo de incurrir en violación del artículo 887 del Código de Comercio, por interpretación errada, al decir que el "negocio jurídico" celebrado entre la OCCIDENTAL y COLCITCO es el documento que se otorgó y protocolizó en Colombia y no otro distinto; porque este documento no contiene el negocio jurídico celebrado, sólo le da cumplimiento.

2.- La inadmisibilidad como prueba del Farm Out Agreement, fechado el 17 de marzo de 1983 en Estados Unidos, por considerar la Administración que es postconstituído, viola los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y el 22 del Decreto 825 de 1978 (presunción de veracidad de la declaración de rentas). Porque la presunción de veracidad, que existe mientras no se haya solicitad una comprobación especial ni la ley la exija, debe entenderse que se refiere a aquellos casos en los cuales el contribuyente

está obligado por la ley a cumplir una determinada solemnidad, como la escritura pública en la enajenación de inmuebles, pero no en el caso del Farm Out Agreement, que como contrato de enajenación de un derecho considerado mueble, a cambio de una prestación de hacer, no está sujeto a solemnidades especiales en la ley.

Adicionalmente el Farm Out Agreement, es un documento firmado en el exterior, razón por la cual opera el principio de "Locus regit actum", según lo explica la doctrina. Documento que, al cumplir con las exigencias del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, como lo reconoce la propia Administración (página 9 de la Resolución 00360 del 2 de diciembre de 1988) hace presumir que fue otorgado conforme a la ley del país de origen.

No podía la Administración al tenor de lo dispuesto por el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, desconocer el carácter indivisible de la prueba que resulte de los documentos públicos y privados.

Adicionalmente, violó la Administración el artículo 51 del Código de Comercio, al desconocer que hacer parte de la contabilidad, todos los comprobantes que sirven de respaldo a las partidas asentadas en los libros, de manera que el Farm Out Agreement hace parte de la contabilidad, pues constituye el antecedente de los registros de contabilidad existentes entre OXY y COLCITCO.

Conforme al artículo 72 del Código de Comercio "la fe debida a los libros es indivisible", por consiguiente si se acepta la existencia de la cesión del 50% de los derechos en el contrato de Asociación debe aceptarse la contraprestación, registrada en las contabilidades de OXY y COLCITCO, consistente en la asunción de costos por parte de COLCITCO respecto del pozo Caño Limón No. 1 y de site (7) Kms. de sísmica, hecho este que a su juicio está probado por: la constancia del Director Jurídico de ECOPETROL; la carta VOP-454 del 12 de septiembre de 1986 firmada por el Vicepresidente de la misma entidad estatal, el concepto técnico de Degolyer And Macnaughton noviembre 24 de 1986, los conceptos profesionales de los doctores Carlos Holguín y Sergio Rueda, anexos a la respuesta al memorial de interposición del recurso de reconsideración, y sobre todo, las ofertas de cesión de parte de OXY a numerosas compañías del mundo, con las cuales se pide como contraprestación de la cesión la asunción de los costos de perforación en todo o en parte, ofertas que fueron materia de relación en el mismo memorando de liquidación oficial.

En resumen, alega que la obligación de COLCITCO consistió en pagar el costo de perforación del pozo Caño Limón y siete (7) Kms. de exploración sísmica, obligación de hacer y no de dar. Y que las obligaciones de dar asumida por OXY, y la de hacer, contraída por COLCITCO, constituyen objeto propio de los contratos, conforme al artículo 1495 del Código Civil, razón por la cual el negocio debe considerarse como innominado en el sentido de que no está expresamente contemplado ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio.

Contrato que es aleatorio, porque el derecho transferido por la sociedad contribuyente es una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498 del Código Civil) y como consencuencia no es posible buscar equivalencia entre las prestaciones de las partes.

De otra parte el álea existente sólo se despeja en el momento en que descubre el yacimiento que contiene el petróleo.

Entonces cuando en los actos acusados se afirma que es "irrisorio" el valor de la contraprestación estipulada por la cesión, se viola, por falta de aplicación el artículo 1498 del Código Civil. Y cuando se afirma que la obligación de hacer asumida por COLCITCO no tiene una entidad suficiente como objeto de su obligación, se viola el artículo 1495 Ibídem, por no aplicación.

Como la obligación de hacer contraída por COLCITCO no implica un ingreso para OXY, tampoco puede constituir renta para ésta ya que no puede haber renta si no existe un ingreso susceptible de aumentar el patrimonio de quien recibe (artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974) y por consiguiente no puede decirse que OXY omitió ingresos en el año de 1983.

Además, el ingreso adicionado a la renta de la compañía no es el resultado de una comprobación realizada por las autoridades fiscales, sino una suposición adoptada por ellas con violación del artículo 32 de la Ley 52 de 1977, sin que sea admisible la prueba de indicios aducida por la Administración, porque esta prueba, además de suponer tres elementos esenciales (artículo 348 del Código de Procedimiento Civil) que no se dan en el caso de autos, debe aplicarse conforme lo enseña el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil características y requisitos que expone fundamento en doctrina de varios autores, cuyos apartes transcribe, para concluir que hubo también violación de este artículo.

Considera que al plantear la Administración de Impuestos una diferencia patrimonial de $2.892.127.401 con base en la misma suposición de ingresos omitidos, violó los artículos 20 de la Constitución Nacional y 19 del Decreto 2053 de 1974, pues si bien este último faculta al Director de Impuestos para estimar ingresos cuando el valor de enajenación convenido por las partes difiera notoriamente del varlo comercial, ni este artículo ni ninguna otra disposición legal vigente en Colombia facultan para incrementar el patrimonio declarado por los contribuyentes con base en precios estimados, y al haberlo así hecho la Administración se extralimitó en sus funciones violando no sólo el precepto constitucional antes indicado, sino el artículo 49 de la Ley 52 de 1977, que determina el contenido de las liquidaciones oficiales y en manera alguna faculta al liquidador para establecer alternativas en cuanto a la base gravable y al monto de los impuestos se reifere, razón por la cual, al haberse incluído en la liquidación oficial elementos que no están autorizados por la ley, como una eventual liquidación alternativa, se desconoce el artículo 57 ordinal 4o. de la Ley 52 de 1977, como el artículo

49 *Ibídem*, en concordancia con el 19 del Decreto 3803 de 1982, que autoriza a la Administración para modificar por una sola vez las liquidaciones privadas de los contribuyentes mediante liquidación de revisión.

3.- Acusa de ilegal el acto administrativo en cuanto impone la sanción por inexactitud, porque en este caso los ingresos sólo tiene existencia jurídica como consecuencia de la determinación de la división de liquidación, o sea desde el 9 de octubre de 1987, y por consiguiente mal podía la contribuyente incluir en su declaración un ingreso que aún no conocía, pues el denuncio tributario fue presentado con anterioridad, en el año de 1984.

Además, conforme al artículo 49 del Decreto Ley 3803 de 1982 inciso 2o. no se configura inexactitud cuando el menor impuesto establecido por el contribuyente con relación al determinado por la Administración provenga de diferencias de criterio relativas a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciadas sean completas y verdaderas. Ingresos reales que fueron denunciados por la contribuyente, razón por la cual no puede ser sancionada por inexactitud.

4.- Con similares argumentos acusa de ilegal la sanción por libros impuesta, expone que se violaron los artículos 34 ordinal 3o. del Decreto Ley 2821 de 1974; 83 y 84 de la Ley 09 de 1983, 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982, porque si bien para calcular la baase de imposición son los del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se impone la sanción, la Administración aplicó equivocadamente el procedimiento para efectos de liquidar la sanción reducida.

5.- Acusa de ilegal el incremento del anticipo liquidado, como consecuencia de la improcedencia de la adición de ingresos, y porque además no se dio explicación alguna en el memorando anexo a la liquidación violando así los artículos 49 y 52 de la Ley 52 de 1977 y 20 de la Constitución Nacional.

6.- Estima que es ilegal el rechazo de costas actuales por $65.179.693, por falta de retención en la fuente ya que sin el adecuado respaldo probatorio en el expediente se procedió a su desconocimiento, a pesar de que con el certificado del revisor fiscal se demostró que habían sido contabilizados.

II- Impuesto de Timbre

Alega la violación de los artículos 55 a 58 del Decreto 2503 de 1987, por falta de aplicación, ya que a su juicio, como normas de procedimiento de inmediata aplicación han debido observarse por la Administración y al no haberlas aplicado violó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

No era procedente en su concepto una liquidación de aforo, sin antes observar el procedimiento establecido en las normas anteriormente señaladas, hecho éste previsto como causal de nulidad por el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 y que encaja dentro de las previsiones del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, anuló los actos demandados y ordenó devolver la suma a favor y los intereses a que hubiere lugar al considerar:

I. En el Impuesto sobre la Renta (Exp. 6889)

Que no prosperaban los cargos de nulidad por desconocimiento del beneficio de auditoría, extemporaneidad del acto administrativo y por vicio de incompetencia de la Administración para fijar el precio del contrato. En el aspecto de fondo accedió a las súplicas de la demanda en cuanto a la determinación del precio del contrato de cesión porque el estudio del contrato de asociación celebrado con ECOPETROL, del convenio de cesión hecho por la sociedad actora de parte de sus derechos en el mismo, así como del análisis del *Farm Out Agreement*, contrato celebrado para efectos de la cesión el 27 de abril de 1983, y esencialmente del dictamen pericial practicado por peritos ingenieros técnicos de petróleos, era evidente que para el 19 de mayo de 1983, fecha en la cual se pagaron los impuestos de timbre del contrato de cesión, no había certeza de que los resultados del área fueran favorables; en consecuencia ha deido aceptarse el valor comercial acordado por las partes en el contrato de cesión, documento con fecha cierta según el artículo 76 del Decreto 1651 de 1961.

Observa que 27 de abril de 1983, fecha anterior a la citada, el contrato de cesión había sido autorizado con su firma por el Gerente General de ECOPETROL, que también puede tenerse como un autoridad administrativa, ya que es el representante del Gobierno en las contrataciones relativas a la exploración y explotación de hidrocarburos, fecha que coincidiría con la fecha definitiva a que hace referencia al Farm Out Agreement.

Consideró el Tribunal que la Administración determinó el costo presunto del contrato sin mayores bases jurídicas fundamentándose en estimaciones de la posible existencia del petróleo, consignadas en simples ofertas de venta que no podían ser tomados como costos del posible contrato sino como un principio base para negociar, ofertas que nunca fueron aceptadas.

Por consiguiente la Administración confundió las proyecciones económicas estimadas con el precio del contrato. Precio que fue el valor de la perforación del pozo o sea la suma de $421.731.999 que aceptó en 1986 la compañía, como costo del contrato para efectos del impuesto de timbre que ajustó y pagó, cifra que la actora contabilizó como un menor costo en sus estados financieros.

Como consencuencia de haber prosperado el primer cargo, referente a la adición de ingresos, dio prosperidad al cargo de indebido incremento del anticipo y se abstuvo de considerar el relativo a la improcedencia de la diferencia patrimonial planteada alternativamente por la Administración. Levantó la sanción por inexactitud porque estimó que no hubo omisión de ingresos y por ende la sanción por libros porque los ingresos fictos, mal podían estar contabilizados.

Mantuvo el rechazo de costos por $65.179.693 efectuado por la Administración por falta de retención en la fuente que el actor no comprobó.

Ordenó la devolución de la suma de $5.696.576.288, "más los intereses a que haya lugar".

II. Timbre (Exp. 7362)

Anuló la liquidación de aforo al estimar que la Administración no aplicó el Decreto 2503 de 1987, procedimiento vigente cuando terminó la práctica de la visita administrativa (1988), que exigía emplazar al contribuyente previamente a la expedición del acto administrativo.

Practicó una nueva liquidación del impuesto de timbre con base en el valor de la obligación de hacer, tasada en $420.527.955.83, para estimar el tributo en $1.261.584 y ordenó la devolución de $2.289.976, pagada en exceso por el contribuyente, más "los intereses a que haya lugar".

Solicitud de aclaración de la sentencia.

La actora solicitó aclaración de la sentencia par que el Tribunal precisara los criterios relativos al principal, tiempo y tasa de intereses aplicable a efectos de la devolución ordenada en los procesos 6889 y 7362.

Solicitud que no fue atendida por el Tribunal, al considerar que la "frase intereses a que haya lugar", que aparece en la parte resolutiva de la sentencia no requería aclaración, porque no podía interpretarse de otra manera que conforme a las normas que regulan las devoluciones en lo relativo a los intereses, cuestión que debía cumplir la Administración al efectuar la devolución.

LAS APELACIONES

Apelación de la parte actora

Apela la sentencia del 17 de septiembre de 1993 como el auto del 8 de noviembre de 1993 argumentado que en razón de haber pagado el valor de la liquidación oficial antes de interponer el recurso gubernativo en la demanda presentada el 7 de abril de 1989, solicitó se ordenara el pago de los intereses comerciales corrientes a cargo de la Nación y a favor de OXY, conforme al artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, desde la fecha en que se hizo el pago al fisco hasta la fecha en que se verifique la devolución; pero el 25 de julio de 1991, ya vencido el término de fijación en lista para aclarar o corregir la demanda, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 25 de julio de 1991, declaró parcialmente inexequible el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo en la parte relativa a los intereses comerciales inherentes a la devolución de las sumas previamente pagadas a una entidad pública. Pide con fundamento en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo el ajuste al valor de la suma que debe devolver la Nación, teniendo en cuenta la variación del

índice de precios al consumidor publicado por el DANE el 27 de octubre de 1987 y la fecha de la sentencia de segunda instancia, para el impuesto de renta, y entre el 24 de septiembre de 1985 y la fecha de sentencia de la segunda instancia para el impuesto de timbre.

Pide que se revoque la sentencia de primera instancia únicamente en la parte que dispone que la Nación pagará "los intereses a que haya lugar" (ordinarles 3o. y 6o. de la parte resolutiva) y el auto del 8 de noviembre de 1983, y se disponga en su lugar efectuar el ajuste del valor que se debe devolver, conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, tomando en cuenta los índices de precios al consumidor publicados por el DANE en las fechas de consignación de las sumas relativas a los impuestos de renta y timbre.

Apelación de la parte demandada

Renta

Al apelar la sentencia sostiene que el Tribunal al fallar el proceso 6889-renta/83, además de desconocer el acervo probatorio allegado al proceso y la realidad económica de la operación cuestionada, aspectos que fueron suficientemente analizados con ocasión de la actuación administrativa, la que se fundamento en las disposiciones legales vigentes y especialmente en las fiscales que rigen la correcta y oportuna determinación del impuesto, no ajustó su decisión a las normas legales, al ordenar la devolución de sumas a favor del demandante más el interés a que haya lugar, sin que se haya configurado el supuesto fáctico que da origen a dicha remuneración, incurriendo así en fallo extra petita, pues el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo no exige el pago de la liquidación impugnada para acudir ante la jurisdicción contenciosa, ni prevé el reconocimiento de los intereses a que se refiere el libelista en su escrito.

Alega que en materia tributaria, los intereses se generan vencido el término legal establecido en el Estatuto Tributario para decidir la solicitud de devolución que formule el contribuyente con el lleno de las exigencias legales previstas para el efecto y mientras no se configure ese presupuesto, debe considerarse que el contribuyente efectuó un pago sin que se le hubiera exigido legalmente.

Con relación a la cuestión de fondo relacionada con la adición de ingresos reitera los argumentos expuestos en la vía gubernativa y en la primera instancia sobre la facultad legal de los funcionarios de impuestos para determinar el precio de venta con fundamento en las previsiones del artículo 19 del Decreto 2053 de 1974 (hoy 90 del Estatuto Tributario) en concordancia con el artículo 920 del Código de Comercio, atendiendo esencialmente al hecho de que los bienes negociados como la negociación misma son de interés nacional en la medida que el Estado a través de ECOPETROL, como parte del contrato de asociación, cuyos derechso son los cedidos, tiene interés económico.

Recalca que el precio del contrato determinado en los actos acusados se efectuó ajustado a la realidad sobre el cálculo de las reservas acumuladas de crudo, que la misma actora ratificó cuando solicitó la comercialidad del pozo a ECOPETROL, y que la negociación se realizó entre firmas que ostentan la calidad de vinculadas económica y administrativamente, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio.

Partiendo del supuesto de la realidad del ingreso adicionado, reclama con fundamento en los artículños 49, 50 y 57 del Decreto 3803 de 1982 la legalidad de la adición de los ingresos efectuada como la de la comparación de patrimonios planteada.

Timbre

En cuanto al proceso 7362 (timbre), expone que la liquidación de aforo practicada se efectuó de conformidad con las normas fiscales entonces vigentes, si se tiene en cuenta que para la época en que se realizó el hecho generador de la obligación tributaria, no existía obligación de presentar declaración tributaria del impuesto de timbre, actuación del contribuyente a la que corresponde el procedimiento previsto en el Decreto 2503 de 1987, por consiguiente no era aplicable la norma invocada por la actora a una actuación procesal iniciada con anterioridad a su vigencia.

Piede que se revoque la sentencia y se confirme la actuación administrativa.

Apelación del Ministerio Público

Representado por la Procuradora Sexta Delegada ante el Tribunal apela la sentencia y dice no compartir los argumentos expuestos por le *a-quo*, porque:

1.- En el proceso 6889 (Renta).

Al presentarse la situación prevista en el inciso 3o. del artículo 19 del Decreto 2053 de 1974, la Administración hizo uso de sus amplias facultades de investigación y practicó todas las diligencias necesarias para la oportuna y correcta determinación de los impuestos de la actora, confrontando el precio convenido en el contrato de cesión con el justo valor de los derechos transferidos al tiempo de celebrar el contrato.

Expone que la industria petrolera cualquier transacción se efectúa con base en estudios técnicos y científicos sobre la exploración, perforación y explotación de petróleos, actividades que se realizan en lugares en los cuales investigaciones previas indican que las condiciones geológicas del terreno permiten con gran posiblidad su obtención, y el valor adicionado por la Administración respondió al cálculo efectuado por la propia OXY al efectuar la oferta y al análisis de las pruebas allegadas a los antecedentes, de los cuales se deduce que cuando la OXY previó el contrato de cesión, ya tenía certeza de la existencia de petróleo en Caño Limón.

Hecho que a su juicio se respalda con el dictamen pericial acerca de la estimación hecha por la firma Degolyer And Macnaughton y con la inspección practicada a la

contabilidad y libros del contribuyente, que permitieron establecer que para la fecha de celebración del contrato, sí contaba la actora con los elementos de juicio suficientes para fijar el justo precio del derecho cedido.

Concluye entonces que el contrato de cesión celebrado entre OXY y COLCITCO necesariamente debía tener un precio real como lo estimó la Administración, ya que no se puede sostener de manera absoluta que la venta de esta clase de derechos sea siempre de carácter aleatorio.

Como consecuencia de lo expuesto, en su concepto sí era viable incrementar el patrimonio declarado toda vez que la Administración comprobó la omisión de los ingresos y por tal razón la sentencia del Tribunal merece revocarse para dejar en firme la actuación administrativa en cuanto al planteamiento de la comparación patrimonial.

Estimó que la contribuyente al omitir los ingresos que comprobó la Administración, se hizo acreedora a las sanciones por inexactitud y por libros porque éstos no reflejaban el verdadero movimiento de las operaciones y que los registros contables no contaban con suficiente respaldo en los documentos internos y externos, luego era procedente, dar aplicación al artículo 57 del Decreto 3803 de 1982.

En lo atinente el cargo de ilegalidad del incremento del anticipo para 1984, estima que al quedar demostrada la viabilidad de la adición de ingresos, era legal tal incremento, por tanto, también en este aspecto debía revocarse la sentencia.

2. Proceso 7362 (Timbre)

Tampoco comparte la decisión del *a-quo* en cuanto declaró la nulidad de la liquidación de aforo practicada por la Administración, al estimar que se siguió un procedimiento que no correspondía y que el aplicable era el contenido en el Decreto 2503 de 1987, porque iniciada la actuación administrativa el 18 de junio de 1986, era de observar lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, y entonces, no tenía la Administración que dar aplicación al Decreto citado sino a la norma anterior, Ley 2a. de 1976, como efectivamente lo hizo.

Pide se revoque la sentencia del *a-quo* en cuanto a este proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSION

De la actora

Al alegar de conclusión hace en resumen un recuento de los hechos de la demanda, la sentencia de primera instancia, los argumentos de la entidad demandada, de la propia demandante, su apelación y las peticiones. Se refiere nuevamente a los vicios de nulidad en que incurrió el actor acusado en el proceso, por no respetar el beneficio de auditoría, por ser extemporánea en la práctica la liquidación de revisión, por vicio de incompetencia al atribuirse el funcionario que practicó la liquidación una competencia que sólo tenía el Director de Impuestos para fijar el precio del contrato pues según su entender cuando

un funcionario detecte una posible omisión en el precio real, debe acudir necesariamente al Director de Impuestos Nacionales para que este funcionario, en uso de sus facultades, establezca el precio para fines fiscales.

Sobre el impuesto de timbre, insiste en la violación del procedimiento contenido en el Decreto 2503 de 1987 artículo 55 a 58 pues en esta materia, de acuerdo con lo establecido por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal regla era de inmediata aplicación.

Reitera la petición de que la suma a devovler se actualice conforme con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y conforme a providencias del Consejo de Estado Sección Cuarta del 18 de marzo de 1993 y del 28 de enero de 1994, cuyos apartes transcribe.

Reseña para el efecto que desde el 27 de octubre de 1987 está en poder de la Nación la suma de $5.696.576.278, que fue consignada por OXY a título de impuesto de renta y que al ordenar su devolución tal suma debe tener un valor equivalente hoy día al que tenía en el momento en que la Nación empezó a usufructuar tal cantidad. Así mismo desde el 24 de septiembre de 1986 la Administración recibió la suma de $2.289.976, consignada a su favor a título de impuesto de timbre, la que también debe devolverse a valor presente.

Se opone al argumento de la apoderada de la demanda, cuando afirma que para la Administración Tributaria los intereses se generan vencido el término legal establecido en el Estatuto Tributario para decidir la solicitud de devolución porque esta norma se refiere únicamente a las actuaciones administrativas de solicitud de devolución, y lo que se debate actualmente es la norma aplicable en el proceso contencioso.

Concreta la solicitud a la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto anula los actos acusados y a su revocación en cuento condena a la Nación al pago de "los intereses a que haya lugar" y en cambio se condene a la Nación a pagar el ajuste monetario de las cantidades de $5.696.576.278 y $2.289.976, orden de restitución, que aplicando los índices de precios del DANE dan como resultado las sumas de $26.962.883.294.70 para renta, y $13.804.772.90 para timbre.

De la demanda

Al alegar de conclusión, luego de un resumen de los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, la que se desarrolló atendiendo especialmente a una solicitud elevada por la Contraloría General de la República, afirma que atendiendo a los estudios técnicos, testimonios, inspecciones oculares e informes de entidades del mismo Estado como son el Ministerio de Minas y Energía, ECOPETROL, Departamento Nacional de Planeación, de la Contraloría General de la República, del Ministro y del Director de hidrocarburos del Ministerio de Minas y a inspecciones oculares practicadas en el Ministerio de Minas y a quince firmas, entre ellas Shell de Colombia, Services Downell, Schulember S.A., International South América S.A., Geologs Ltda. y Occidental

Petroleum Company, llegó la Administración a la conclusión del valor real de la cesión de derechos en el contrato de asociación, que hizo OXY en favor de COLCITCO.

Critica la sentencia del *a-quo* por haber anulado los actos administrativos de liquidación impositiva y no fijar ingreso adicional alguno en el campo del impuesto sobre la renta a pesar de que aceptó como valor del contrato de cesión el irrisorio de $420.527.955 fijado por OXY cantidad que a su juicio no essuficiente para afectar la adición, pues este valor solo corresponde al costo de la obligación de hacer que adqurió COLCITCO ya que la cesión de derechos no se limitó al traspado de costos de la OXY en el contrato de asociación con ECOPETROL para la exploración y explotación del petróleo en el sector de Cravo Norte.

En el mismo orden de ideas expone la cuantificación del contrato para efectos del impuesto de tiembre y reitera la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 66 e la Ley 2a. del 1976 para su determinación, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1987.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada pues en su criterio, analizado el contrato de cesión es evidente que OXY cedió a COLCITCO el 50% de sus derechos, mediante la contraprestación establecida de asumir todos los costos y gastos de perforación del pozo Caño Limón No. 1 y costo de exploración sísmica en 7 kilómetros, es decir el cesionario contrajo una obligación de hacer, y "la sociedad cedente se benefició con el 50% del producido eventual del pozo a que tiene derecho en virtud del contrato de asociación con ECOPETROL". Producido que naturalmente será en el tiempo que ocurra y en el caso de que de origen a un ingreso constitutivo de renta gravable, libre de costos y deducciones dentro de los períodos fiscales correspondientes.

Concluye que tanto el contrato de asociación como el de cesión son aleatorios y mal puede aspirarse a que de antemano se fije un precio que pueda constituir ingreso por una simple apreciación de las autoridades fiscales, como fruto de una supuesta información que puede ser verdadera, pero que no corresponde a la naturaleza del contrato.

Pues también consta en el expediente que con anterioridad al contrato de cesión de derechos con su vinculada, la OXY, ofreció a otras compañías la cesión de tales derechos por un precio específico, ofertas que no se cristalizaron en un negocio o no interesaron por cualquier circunstancia no conocida, pero indudablemente en ello debió pesar la aleatoriedad del negocio y por eso, se entiende que hubiera celebrado la transación con una sociedad vinculada sin precio específico pero, con la ventaja de que la totalidad de los costos los asumiera la sociedad cesionaris, más la exploración sísmica de 7 kilómetros.

Considera improcedente la petición formulada por la sociedad demandante, relacionada con el "ajuste del valor que se debe devolver, conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo" (Fl. 630 cdno. ppal.), previa revocatoria parcial de la sentencia y del auto que denegó la aclaración solicitada, porque el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, habla del ajuste de los valores en las sentencias de condena, pero con relación a la devolución de impuestos o de multas sólo existía la parte pertinente del artículo 140 del Código Contencioso Administrativo que hablaba de intereses comerciales corrientes que fue declarada inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Y la jurisprudencia de la Sección, Cuarta del Consejo de Estado, que ha aplicado en determinados casos los artículos 177 y 178 del Código precitado sólo se refiere a las sentencias por medio de las cuales se crea una obligación a cargo de la Nación mediante condena, pero no tratándose de una setencia simplemente constitutiva, que reconoce la existencia de un derecho.

Concluye que la sentencia de primer grado se halla acorde con el derecho al disponer simplemente que se deben devolver las sumas pagadas con "los intereses a que haya lugar", que es a lo que se refiere la sentencia apelada y por lo tanto es a la autoridad administrativa correspondiente a quien compete efectuar las operaciones necesarias para determinar el monto total de la devolución del capital con sus intereses.

LA AUDIENCIA PUBLICA

El apoderado de la Nación, solicitó audiencia pública, la que concedida por la Sala se celebró el 19 del mes de mayo de 1994 en la cual las partes interesadas, luego de un breve recuento de los hechos expusieron los argumentos en pro de la consecución de sus respectivas pretensiones, concretadas en las apelaciones interpuestas contra la sentencia de la primera instancia como en las respectivas alegaciones.

Con posterioridad en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, presentaron el resumen de las alegaciones orales formuladas en la audiencia.

La apoderada de la Nación

En relación con el proceso referido al impuesto sobre la renta hace énfasis en que los aspectos concernientes a la nulidad del acto administrativo, por desconocimiento del beneficio de auditoría, extemporaneidad de la liquidación oficial y la incompetencia del funcionario para determinar el precio presunto, no fueron apelados por la actora.

Frente a la prosperidad que dio el *a-quo* al cargo de improcedencia de la adición de igresos, al considerar que la Administración se fundó en "estimaciones de la posible existencia de petróleo, expone que:

a) La determinación del precio que hizo la Administración se basó en una concienzuda investigación con miras a llegar al convencimiento del precio real de la

transacción, con análisis de conceptos técnicos testimonios e inspecciones oculares, análisis económicos, ofertas y propuestas de la propia contribuyente que le dieron certeza sobre la calidad del prospecto de Caño Limón, y de su comercialidad, aceptada por ECOPETROL, que se deduce de los oficios de respuestas VOP 454 del 12 de septiembre de 1986, la carta ECP 01066 de octubre 3 de 1986, y sus aclaraciones en el oficio VOP 496 de 1986, en los que la mencionada empresa señala el monto de las reservas recuperables, el precio del barril de crudo, el porcentaje de la participación estatal por concepto de regalías, las curvas de costo por barril de petróleo puesto en Barrancabermeja, y la distribución de la producción. En las que concluye diciendo:

> "Consideramos que con esta información ustedes pueden evaluar el valor comercial del contrato de cesión celebrado entre Occidental y Colombian Cities Services".

En otras palabras, antes de la culminación del período gravable existía un hecho generador cuantificado cual era el de la enajenación cuyo valor comercial fue ratificado por ECOPETROL calculado por la Administración con base en las propias propuestas económicas de OCCIDENTAL, estudios que sirvieron de base a ECOPETROL para aceptar la comercialidad del campo Caño Limón.

b) Que es inexplicable que si aceptó como valor del contrato el determinado OXY, no haya adiciondo tal valor para efectos de la liquidación del impuesto de renta que hizo en la sentencia.

Justifica la liquidación del ancticipo como consencuencia del mayor valor liquidado por concepto de este impuesto.

En relación con el impuesto de timbre, argumenta que su varlor ha debido reajustarse en el mismo año de 1983, con base en las mismas estimaciones que sirvieron para determinar el ingreso en el punto anterior, es decir sobre el 50% del varlo de las ofertas o propuestas, conforme lo exigía el artículo 34 numeral 3o. de la Ley 2a. de 1976.

Justifica el procedimiento seguido por la Administración al practicar la liquidación de aforo, que era le establecido en la Ley 2a. de 1976, que no contemplaba par el efecto otro tipo de actuación.

La actora

Luego de señalar la materia de los procesos acumulados y de hacer un recuento de los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, y de calificar de nulos los actos administrativos por los vicios que indicó en la demanda, sostiene que el documento de cesión de derechos que dio origen a los dos procesos, si bien no contiene un precio, tal circunstancia se explica por el hecho de que el documento en referencia constituye el cumplimiento del contrato de cesión "Farm Out Agreement" y no el contrato mismo, además son muchos los documentos que se otorgan en el país sin expresión del precio o contraprestación correspondiente, como aparece probado en el expediente.

Alega que el contrato "Farm Out" constituye la plena prueba de la contraprestación del COLCITCO, ya que tal documento fue otorgado en Estados Unidos razón por la cual la forma del mismo se regula por el principio de "Locus regit actum", y que fue aportado al proceso con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil respecto de documentos extranjeros. Prueba que goza de presunción de veracidad por haber sido aportada con la respuesta al requerimiento especial, conforme a los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y el artículo 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978; fe debida al documento que es indivisible, razón por la cual no puede aceptarse que hubo cesión del 50% de los derechos en el contrato de asociación sin aceptar que la contraprestación de esa cesión consistió en la perforación de Caño Limón No. 1 y la ejecución de 7 kilómetros de sísmica, estipulación contractual que está fielmente reflejada en los libros de contabilidad de OXY y de COLCITCO.

Relieva la diferencia que existe entre un descubrimiento de petróleo y un prospecto y, para el efecto transcribe apartes del dictamen de los peritos geólogos, y concluye que en el momento en que se solemnizó la cesión de derechos (27 de abril o 19 de mayo de 1983) sólo existía un proyecto o hipótesis sobre el resultado del negocio correspondiente, y que fue errado el cálculo del precio comercial de la cesión, hecho por la Administración, al considerar un potencial no probado de 60 millones de barriles de petróleo, cifra estimada que fue utilizada por OXY en su ofrecimiento de cesión.

Luego de hacer consideraciones sobre la naturaleza del contrato de cesión invoca a su favor el concepto rendido por el Ministerio Público al alegar de conclusión y refuta los argumentos expuestos por la apoderada de la Nación, aduciendo nuevamente el vicio de incompetencia del funcionario de la Administración para fijar el precio de enajenación, pues ésta facultad solo se le concedió a partir del 29 de diciembre fecha de expedición del Decreto 2503 de 1987, artículo 40.

Explica el equilibrio económico del contrato de cesión Farm Out con base en el informe Degolyer And Macnaughton sobre un valor de $3.000.000 dólares a la tasa de cambio 76.57,

para un total de	$229.710.000
más la mitad del costo de perforación de Caño Limón	$210.542.000
para un total de	$440.252.000

cifra ligeramente superior al costo de perforación ($421.084.181)

Concreta la apelación de la sentencia de primera instancia en cuanto dijo que se debían pagar por parte del Estado "los intereses a que haya lugar", expresión que a su juicio no implica una sentencia en concreto, y que contraria además la jurisprudencia actual del Consejo de Estado.

Expone las razones que le dan derecho a que se le reconozca al valor actual del dinero consignado a favor del Estado, conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, mediante la actualización de las cifras en función del índice de precios que aparece probada en el expediente, y reitera la petición de la aplicación de las

sentencias del 18 de marzo de 1993 y del 28 de febrero de 1994, en cuanto a este tema se refieren.

Con relación al proceso sobre impuesto de timbre reitera los argumentos sobre el vicio de nulidad por ho haber aplicado el procedimiento contenido en los artículos 55 a 58 del Decreto 2503 de 1987 en concordancia con el artículo 40 de la Ley 153 de 1987.

Concluye que los actos administrativos acusados no pueden subsistir, bien por su nulidad por vicio de procedimiento, bien porque los impuestos que conforme a derecho debieron ser cancelados fueron pagados por el contribuyente en exceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- Cuestiones Previas: Límites de la apelación

Precisa la Sala en primer lugar que la actora limitó la apelación al hecho de que el Tribunal al ordenar a la Administración la devolución de las sumas a favor por concepto del impuesto de renta y de timbre (procesos 6889 y 7362) con el pago de los intereses pertinentes, no determinó en forma precisa el principal, el tiempo y la tasa de interés, sino que utilizó el término "pago de los intereses a que haya lugar".

En efecto, el apelante-àctor formula así su apelación:

> **"I.- MATERIA DE LA APELACION**
>
> "La parte que represento ha apelado la sentencia de primera instancia y el auto que resolvió sobre la solicitud de aclaración a la sentencia, en cuanto la primera dispuso que la Nación estaría obligada a pagar "los intereses a que haya lugar", tanto en lo referente a la suma que se debe devolver por concepto del impuesto de renta ($5.696.576.278), como a la que corresponde por impuesto de timbre ($2.289.976), y en cuanto al auto expresó que ho había lugar a aclara la frase "los interese a que haya lugar".

Más adelante, al especificar las peticiones que enmarcan su apelación dice:

> **"III.- PETICIONES**
>
> "Por las razones anteriormente expuestas respetuosamente solicito lo siguiente:
>
> "1.- Que sea la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 17 de septiembre de 1993 únicamente en la parte que dispone que la Nación pagará **"los intereses a que haya lugar" (ordinales 3 y 6o. de la parte resolutiva).**
>
> "2.- Que se revoque el auto del 8 de noviembre de 1983, que resolvió sobre la solicitud de aclaración de la anterior sentencia, en la parte que dispuso que no requería aclaración la frase relativa a "los intereses a que haya lugar" de la sentencia de primera instancia.

"3.- Que en lugar de la parte cuya revocatoria se solicita, se disponga efectuar el ajuste del valor que se debe devolver, conforme al artículo 178 del C.C.A., tomando en cuenta los índices de precios al consumidos publicados por el DANE en la fecha de consignación de las sumas relativas al impuesto sobre la renta (27 octubre de 1987) y al impuesto de timbre (24 septiembre/86, así como el índice de precios en la actualidad.

"4.- **Que no todo lo demás se confirme la sentencia de primera instancia".** (Subraya la Sala).

Por su parte la Administración, disiente de los puntos aceptados por el Tribunal al anular los actos administrativos, es decir, lo referido a la determinación del precio del "contrato de cesión de derechos", que según alega no fue presunta como afirma el Tribunal, sino real, con base en pruebas que obran en el proceso; como lo atinente a la devolución de intereses para el impuesto de renta, y la devolución de intereses y el procedimiento aplicable en el proceso relacionado con el impuesto de timbre.

Así mismo la apelación del Ministerio Público está encaminada a:

En el proceso de renta a la confirmación de la determinación del precio del contrato que hizo la Administración atendiendo primordialmente el valor calculado por la propia contribuyente al hacer sus ofertas, y al análisis de las pruebas allegadas, como a la validez de la proposición de la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios, el incremento del anticipo y la aplicación de las sanciones por libros e inexactitud.

En el proceso de timbre, a la realidad y validez de precio del contrato cuantificado por la Administración y el procedimiento seguido al practicar al acto administrativo.

II.- Aspecto de Fondo

Gira la controversia en ambos procesos en torno del contrato mediante el cual la sucursal de la compañía extranjera OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC cedió el 50% de los derechos inherentes al contrato de asociación por ella celebrado con ECOPETROL a la sociedad COLOMBIA CITIES SERVICES PETROLEUM CORPORATION "COLCITCO".

Mediante la Escritura Pública No. 354 del 24 de noviembre de 1980 se protocolizó en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá el original del contrato de asociación para la exploración y explotación de petróleos para el sector Cravo Norte celebrado entre ECOPETROL y OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC, junto con los anexos A y B, un mapa contentivo de la delimitación del área objeto del contrato, el informe del Ministerio de Minas y Energía sobre cumplimiento de las normas técnicas exigidas en el Decreto 879 de 1971, reglamentario de la Ley 20 de 1969, y la resolución mediante la cual el Ministro de Minas y Energía aprobó el contrato celebrado.

Como objeto del contrato de asociación se consigna la exploración del área contratada y la explotación del petróleo de propiedad nacional que pueda encontrarse en dicha zona.

Se entiende que OCCIDENTAL tendrá en el petróleo que se produzca en el área contratada y en la parte que le corresponde, los mismos derechos y obligaciones que tengan ante la ley colombiana quienes explotan petróleo de propiedad nacional dentro del país.

Según la cláusula 1.4 ECOPETROL y OCCIDENTAL acuerdan que llevarán a cabo los trabajos de exploración y explotación en los terrenos del área y que repartirán entre sí los costos y riesgos de los mismos en la proporción y términos previstos en el contrato, y que las propiedades que adquieran y el petróleo producido y almacenado pertenecerá a cada parte en las proporciones estipuladas.

Se refiere la cláusula quinta a la obligación de la contratista OCCIDENTAL de perforar pozos explotarios a partir de la fecha efectiva del contrato y dentro del período de exploración no superior a seis años.

Es importante en el contrato la cláusula 27, que en armonía con la definición de partes que se hace en la cláusula cuarta (deficiones), concede el derecho a OCCIDENTAL a ceder o traspasar todo o parte de su interés, derechos y obligaciones del contrato, previa aprobación de ECOPETROL, a cualquier persona, compañía o grupo con capacidad técnica para realizar el contrato y con capacidad para actuar en Colombia.

La Cláusula 35 sujeta el contrato para todos los fines, a la ley colombiana, fija como domicilio la ciuad de Bogotá, y OCCIDENTAL se somete a la jurisdicción de los Tribunales Colombianos.

Como consecuencia, la ley Colombiana se aplica a todas las relaciones jurídicas que emanen del contrato, entre ellas la cesión de derechos inherentes al contrato de asociación, sin que sea válida la posición del apoderado de la actora que, desconociendo la ley del contrato (ley nacional), estima que la cesión de derechos que celebró en el extranjero (Farm Out Agreement), conforme al principio "*locus regit actum*" deba regirse por la Ley de Estados Unidos; porque tratándose de la cesión de un derecho, ésta se rige por el ordenamiento imperante en el lugar de ubicación del derecho cedido, más aún cuando éste fue acordado previamente por las partes como ley del contrato y a ella se sujetaron voluntariamente.

Por lo demás, la legislación comercial colombiana, también aplicable en este caso por disposición del artículo 20 numeral 16 del Código de Comercio que considera a las empresas explotadoras de recursos naturales como mercantiles, determina que, de conformidad con lo previsto por el artículo 869 ibídem, "la ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana".

Adicionalmente en materia de derechos y obligaciones, como la posesión y decisión sobre la propiedad jurídica de las cosas, rige el principio internacional "*lex rei sitae*", antes que el de "*locus regit actum*".

De acuerdo con la ley tributaria se entiende por posesión el aprovechamiento económico, potencial o real de cualquier bien en beneficio del contribuyente y se entiende poseídos en el país los derechos reales sobre bienes corporales e incorporales ubicados o que se exploten en el país. (Decreto 2053 de 1974 artículos 10 y 11).

En consecuencia resulta inadmisible desde el punto de vista legal que el contrato de cesión de unos derechos derivados de otro contrato celebrado en el país, como lo fue el contrato de asociación entre OCCIDENTAL y ECOPETROL, pueda sujetarse a ley distinta de la nacional.

III.- Precio del contrato

No obstante las anteriores consideraciones, estima la Sala que en razón de la naturaleza del contrato cuyos derechos y obligaciones se ceden parcialmente, no podía la Administración fijar el precio del mismo, atendiendo a los prospectos y proyecciones del petróleo a explotar, toda vez que lo que se vendía no era el recurso natural no renovable que pudiera encontrarse en los yacimientos explorados, sino el derecho de participación en el contrato mismo de asociación.

Son distintos los derechos y obligaciones que se adquieren dentro del contrato de asociación, de aquellos derivados del contrato de cesión, en virtud del cual el cesionario se subroga parcialmente en los derechos y obligaciones que corresponden a OCCIDENTAL en aquél y que le implican, por su sóla celebración, asumir, en la proporción acordada, los costos y gastos de exploración que a cargo de OCCIDENTAL se fijaron en el contrato de asociación, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria establecida en la cláusula 27 del contrato, y sin que pueda limitarse tal obligación sólo a la exploración del pozo Caño Limón que alega la actora.

Por esta razón, tampoco puede afirmarse que la cesión del contrato sea totalmente aleatoria, aunque eventualmente puede serlo, en la medida en que no se tenga certeza sobre los resultados económicos del contrato de asociación para las partes, pero no en cuanto a los costos de exploración, hasta entonces incurridos, que se conocían perfectamente al momento de la cesión, en virtud de los doce pozos que admite la actora que perforó, aunque hayan resultado secos. Costos incurridos que en su totalidad son aplicables al ingreso por explotación de hidrocarburos que se obtenga, para determinar la renta en períodos posteriores. Justificándose de esta manera los abonos hechos a la cuenta "proyectos en proceso" según comprobantes 1001 de mayo y junio 30 de 1983.

Los gastos de OCCIDENTAL hasta la fecha de las ofertas, según lo confiesa la propia actora en ellas (Fls. 942 a 953 cdno. antdts. numeración manual lápiz rojo) ascendían a la suma de US$9.500.000 sin incluir los más recientes trabajos sísmicos y espera que los costos del pozo a perforar (Caño Limón) sean de US$4.000.000.

Es decir, que realmente los costos cedidos del 50% eran equivalentes a US$4.750.000, más los gastos de perforación del pozo Caño Limón y 7 kilómetros de sísmica, que según expresa la actora y lo consignan los peritos (Fl. 425 cdno. ppl.) ascendió a $425.167.547, costos que fueron facturados en octubre de 1983. Si bien existen disminuciones por cargos a la cuenta intercompañías en noviembre de 1983, por $3.432.548 y $5.116.436, abonos y cargos por $4.083.367, tales compensaciones en cuenta no indican una disminución de los costos de perforación del complejo Cravo Norte y del pozo de Caño Limón y 7 kilómetros de sísmica.

Consecuente con lo anterior la Sala estima que se equivocó la Administración Tributaria al justificar el contrato de cesión en la forma en que lo hizo, pero de igual manera actuó incorrectamente la sociedad actora al no declarar suma alguna por concepto de ingresos originados en el citado contrato, ya que posteriormente reconoce (sólo para efectos del impuesto de timbre, mas no para la determinación del impuesto de renta) que el contrato tenía como precio el valor de "la obligación de hacer" contraída por COLCITCO.

Tampoco acertó el Tribunal *a-quo*, puesto que al anular los actos administrativos por la razón de que encontró errónea la valoración hecha por la Administración Tributaria, ha debido realizar una nueva liquidación partiendo, cuando menos, de los precios reconocidos por la actora como valores del contrato.

Es por ello que en esta instancia debe la Sala realizar dicha tarea en orden a definir el precio del contrato de cesión, para lo cual tomará en cuenta los datos y pruebas que obran en el expediente.

El precio de la obligación de hacer que asumió COLCITCO, y que fue ejecutada, según se desprende de las pruebas que obran en el expediente (informe pericial, asuntos contables cuando respuesta No. 9 Fl. 429 a 453 cdno. ppal.) se configura así:

US$4.750.000 como costo de la cesión que quedó conformado por la asunción proporcional del 50% de costos realizados por OXY de US$9.500.000.

4.750.000 X 77.22 (tasa de Cambio) =	$336.795.000
Más costos Caño Limón que admite el propio apoderado que constan en el dictamen pericial (Fl. 12)	$425.167.548
Total precio del contrato de cesión	$761.962.548

Este valor de acuerdo con lo previsto en la ley constituye ingreso para la actora atendiendo al principio de causación consagrado en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 que enseña:

> "Se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro...".

Que el ingreso se causó lo prueban los registros contables sobre el movimiento de cuentas activas y pasivas entre las compañías cedente y cesionaria por los costos

imputables a la exploración bloque Cravo Norte, que fue el comprendido en las ofertas de cesión y en el contrato mismo de cesión de derechos (Fl. 944 cdno. andts.), independientemente del hecho de que en la determinación de la renta líquida de la contribuyente, por concepto de la actividad de explotación petrolera, tenga o no derecho el reconocimiento total, parcial o proporcional de tales gastos y deducciones de exploración, e independientemente de que tuviera pérdida, pues se repite, uno es el contrato de cesión y otro el de asociación para explotación petrolífera.

Que la cesión de derechos implicó la venta de los costos, es hecho que admite el propio apoderado de la actora cuando afirma, a página 21 del alegato de conclusión:

> "Desde la respuesta a la ampliación del requerimiento especial, la compñía que represento explicó que la cesión a que se ha hecho referencia estaba motivada por la circunstancia de que Colcitco tenía a la sazón explotaciones productoras de petróleo en Colombia, al paso que OXY carecía de ellas, por lo cual, si Colcitco efectuaba directamente inversiones en exploración de Cravo Norte, tendría la posibilidad de amortizar los correspondientes valores contra la renta obtenida en el país por la explotación de petróleo y cumplir además con los requisitos del agotamiento -exención. Tal finalidad es completamente legítima pues los contribuyentes pueden lícitamente organizar sus inversiones en tal forma que se pueda obtener el mejor resultado desde el punto de vista tributario".

En consecuencia, atendiendo a los anteriores planteamientos y al valor de la cesión la Sala procederá a determinar el valor de los ingresos del contribuyente por el año de 1983.

IV.- Sanción por inexactitud

Como consecuencia de la nueva determinación de los ingresos omitidos por la actora la sanción por inexactitud se calculará conforme con lo previsto en los artículos 49 y 50 del Decreto 3803 de 1982, entonces vigente.

V.- Sanción por libros

De acuerdo con lo previsto en el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 numeral 3o., habrá de mantenerse la sanción por libros, en la medida en que éstos no reflejaron la verdadera situación de la sociedad contribuyente, pues es evidente que la actora soslayó los ingresos por concepto del contrato mediante débitos y créditos en cuetas "intercompañías", con cargo a la operación de exploración complejo Cravo Norte.

Con relación a su determinación la Sala observa, que al calcularla la Administración aplicó las normas contenidas en los artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982, y 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983.

En efecto disponen los artículos 83 y 84 de la Ley 09 de 1983:

"Artículo 83. Redúcese la sanción prevista en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, al dos por ciento (2%) de los ingresos netos anuales, o al uno por ciento (1%) del patrimonio líquido, **el que resulte superior**".

"Artículo 84. Las bases para el cálculo prevista en los artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982, corresponderán a los ingresos netos y el patrimonio líquido del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se impone la sanción; a la sanción determinada se le restará el valor del impuesto de renta y patrimonio pagado por el contribuyente por el año gravable que sirvió de base para medir los ingresos netos y el patrimonio líquido". (Subraya la Sala).

Según lo expone la Administración y lo acepta la actora estas cifras fueron:

Ingresos netos 1986 $22.332.753.469 al 2% $446.655.059
Patrimonio líquido $82.207.614.093 al 1% $822.076.141

Sanción igual al valor superior	$822.076.141
Menos impuesto renta 1986	$ 70.969.310
Sub-total	$751.106.831

Sanción reducida al 10%, $75.110.683

VI.- Anticipo

Sobre este tema la Sala en repetidas oportunidades ha precisado que la deteminación del anticipo debe hacerse en la liquidación privada del impuesto, pero no en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones:

1) Porque el anticipo es una forma de pago, más no un impuesto, pues en el momento que tal liquidación se produce ya está cancelado el impuesto correspondiente al año siguiente.

2) Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumado el plazo de que goza la Administración de Impuestos para practicar la liquidación de revisión la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado ser hipotética o incierta, pues ya ha presentado o ha debido presentarse la declaración de este otro ejercicio y cuantificado, por lo menos privadamente el impuesto, caso en el cual la presunción establecida por la ley, "de ingreso futuro", ha desaparecido para dar paso a una cuantificación real de los hechos económicos del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

3) Porque la determinación del anticipo no puede hacer parte de la liquidación de revisión, ya que ésta sólo puede comprender de acuerdo con le proveído del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 vigente entonces, el período gravable correspondiente, y no hay duda que el período fiscal por el cual se practicó la liquidación acusada 1983, es distinto del de 1984 y en manera alguna, dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

4) Porque precisamente el acto administrativo de determinación de impuestos, que constituye la liquidación oficial del impuesto se efectúa con base en los hechos probados que aparezcan en el expediente, mientras que el anticipo es ele cálculo hipotético sobre hechos futuros.

En consecuencia, cuando la Administración de Impuestos en la liquidación del tributo del año de 1983, acusada, determina anticipo para el año de 1984, incluyéndolo como factor de la liquidación de revisión, excede lo preceptuado en la ley, y por lo tanto habrá de anularse en lo pertinente.

Además no tendría ningún sentido calcular el anticipo para el año de 1984, cuando es de suponer estaba cancelada la obligación de pago de este ejercicio fiscal se practicó la liquidación.

VII.- Impusto de Timbre

En el proceso relacionado con el impuesto de timbre la apelación de la demandada, contra la sentencia de primer grado está referida a la aceptación por el Tribunal, del cargo de nulidad del acto administrativo, al considerar que el procedimiento a seguir para determinar el impuesto a cargo era el establecido en los artículos 55 a 58 del Decreto 2503 de 1987, y no el artículo 54 de la Ley 2a. de 1976 que aplicó la Administración.

Dispone el artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

> "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Esta norma expresamente indica que los términos que ya hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de iniciación.

Para la fecha en la cual se celebró el contrato de cesión de derechos, 27 de abril de 1983, estaba vigente la Ley 2a. de 1976 cuyo artículo 54 establecía que:

> "Cuando los impuestos de papel sellado y tiembre no se paguen dentro de la oportunidad legal, se hará la liquidación de aforo con base en la correspondiente investigación.
>
> "La facultad de aforar puede ejercitarse hasta por diez (10) años atrás contados a partir del vencimiento del plazo legal para el pago del impuesto de papel sellado o de timbre".

Es evidente entonces que cumplido el hecho generador del tributo, el término establecido por el inciso 2o. de la norma transcrita empezó a correr y la diligencia

relativa a la tasación del impuesto de timbre se había iniciado por la propia contribuyente cuando presentó el documento, ante la Administración para efectos de pago, como contrato de cuantía indeterminada, el 19 de mayo de 1983, y canceló la suma de $400.

Entonces, si la actuación se inició en tal fecha y si para efectos de la tasación legal del tributo, la Administración inició la investigación correspondiente con miras a la práctica de la liquidación de aforo en el año de 1986, no puede argumentarse que el procedimiento aplicable era el contenido en el Decreto 2503 de 1987, porque esta norma no existía cuando la actuación administrativa se inició.

De otra parte, tal como lo expresa la apoderada de la Nación, si la liquidación de revisión presupone la existencia de una liquidación privada, cuya modificación se propone mediante un requirimiento, mal podría practicarse una liquidación de revisión, si no hay declaración ni liquidación privada, menos aún podía la Administración antes del 29 de diciembre de 1987, fecha de vigencia del Decreto 2503, exigir para los documentos sujetos al impuesto de timbre una declaración cuando cuando tal obligación legalmente no existía.

Cosa distinta es que el valor del contrato de cesión no se haya cuantificado exactamente por la Administración al haberse basado ésta en cálculos del crudo que se produciría, que si bien posteriormente resultaron reales, no podían tomarse como valor legal del documento sujeto al pago del impuesto de timbre.

En consecuencia los tributos de renta, complementarios, sanciones e impuesto de timbre habrán de cuantificarse con base en el valor recalculado como precio del contrato en el punto anterior de esta sentencia así:

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

CONCEPTO	**BASE**	**TARIFA**	**IMPUESTO**
Renta Líquida			
La declarada por el			
contribuyente	$ 375.010		
Más cesión contrato	$761.962.148		
Sub total	$762.337.558	40%	$304.935.023
Menos descuentos tributarios			$ 41.870
TOTAL			$304.893.153
Inexactitud			
(304.893.153 - 108.134) = 304.785.019		200%	$609.570.083
Remesas			
No se determinó en el acto administrativo			0

Sanción por libros la liquidada no varía	$ 75.110.683
Total a cargo	$989.573.919
Menos retención en la fuente	$ 521
TOTAL A PAGAR	$989.573.398

IMPUESTO DE TIMBRE

CONCEPTO	BASE	TARIFA	IMPUESTO
Contrato de cesión	$761.962.148	03%	$2.285.886
TOTAL A CARGO			$2.285.886

VIII.- La acción de restablecimiento del derecho y la devolución del valor pagado en exceso de la obligación tributaria.

La restitución a valor presente de las sumas pagadas a la Administración por los contribuyentes o sancionados cuya devolución se ordena a título de restablecimiento del derecho, ha sido objeto de repetido análisis por la Corporación, primordialmente en la sentencia del 18 de marzo de 1993, Expediente 4490, Actor Fábrica Slaconia Limitada, en donde con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, dijo la Sala:

"Dentro de las pretensiones planteadas por el actor, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos que impusieron la multa, se plantea como condena la de restituir a la sociedad demandante la suma que fue cancelada a título de multa, con actualización de su valor con base en el índice de precios al consumidor como lo dispone el artículo 178 del C.C.A. También plantea la de reconocer y pagar a la misma demandante intereses comerciales corrientes desde el 18 de marzo de 1991, día en que se consignó el valor de la multa, hasta el día en que se produzca la restitución, pidiendo adicionalmente que se cumpla la sentencia en la forma y términos por el artículo 176 del C.C.A.

"Los anteriores planteamientos merecen por parte de la Sala las siguientes consideraciones:

"a) La petición de reconocimiento y pago de intereses comerciales corrientes desde el día en que se consgnó el valor de la multa, aunque no lo expresó el demandante, es de suponer que tuvo por fundamento el artículo 140 del C.C.A., norma de aplicación preferente sobre las de los artículos 177 y 178 porque se refiere a procesos relacionados con "impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público". El caso que se ha debatido en este proceso por referirse a una multa encajaba en este artículo.

"Sin embargo, no es posible acceder a dicha pretensión porque, el fallo expedido el 25 de julio de 1991 en el Expediente 2273 por la Corte Suprema de Justicia

declaró inexequible la parte de este artículo que ordenaba devolver las sumas depositadas con intereses comerciales corrientes, parte inadvertidamente incluía en el decreto de inexequibilidad.

"Por este motivo no puede accederse a la solicitud de reconocimiento de intereses que se comenta, fuera de que la petición simultánea de intereses desde la fecha de pago, además de la actualización monetaria constituía una aspiración a doble indemnización inadmisible desde todo punto de vista.

"b) Pero, la Sala considera que a cambio de la citada norma especial que regulaba el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos y multas a que se refiere el artículo 140, viene a resultar ahora aplicable el sistema general consagrado en los artículos 177 y 178 sobre el cumplimiento de fallos, en cuanto la sentencia imponga a la entidad pública una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por ella y mientras no sea regulada la materia por norma especial.

"Previamente es necesario aclarar que conforme a doctrina tradicional de esta Sección Cuarta en los procesos cuyo objeto ha sido "la modificación de una obligación fiscal" (como dice el artículo 85 del C.C.A.), se ha considerado que la sentencia con relación a ella, tiene un carácter constitutivo, porque fundamentalmente se limita a establecer judicialmente el quantum de la obligación, sin que la disminución que decrete con relación al monto inicial, se pueda tomar como una "condena" a cargo del Estado, en tales procesos simplemente se establece el valor monetario de la obligación fiscal a cargo del particular.

"Pero en esta acción del artículo 85 (nulidad y restablecimiento del derecho) también está implícita la posibilidad de culminar en una sentencia de carácter condenatorio con el fundamento que se expone a continuación:

"El Estado como ente jurídico capaz de adquirir derechos y obligaciones, está expuesto a soportar las consecuencias de su acto que resulta contrario a derecho, que no sólo debe ser excluido del ordenamiento a través de la nulidad sino que al particular afectado se le debe "restablecer en su derecho". Esta finalidad de la acción está claramente consagrada en el artículo 85 del C.C.A. cuando autoriza a la persona lesionada en su derecho amparado en una norma legal, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho;.....".

"En los procesos en que la demanda se refiere "a impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público" (como encabeza el artículo 140 del C.C.A.) y que por virtud de la acción del artículo 85 se declara la nulidad del acto administrativo correspondiente, el "restablecimiento del derecho" en ocasiones puede producirse automáticamente con dicha declaratoria de nulidad (por ejemplo cuando se anula en su integridad una liquidación oficial de revisión de impustos o una resolución sancionatoria).

"De la anterior disposición surge indiscutiblemente la obligación del Estado de reintegrar los dineros recaudados con base en su acto, que a la postre resultó ilegal. Esta orden de reintegro tiene carácter condenatorio porque crea una obligación nueva a cargo del Estado aunque sea obligación de hacer tiene un contenido económico preciso consistente en devolver el dinero que recibió previamente. Por este aspecto la respectiva sentencia no es solamente "constitutiva", sino "condenatoria".

"Es principio general de derecho comúnmente aceptado que la nulidad judicialmente declarada tiene por objeto restituir al mismo estado en que se hallarían las partes si no hubiere existido el acto nulo; esta característica de la acción anulatoria adquiere especial relievancia en la acción contencioso administrativa del artículo 85 de nuestro Código, cuya finalidad está resumida en su sola denominación de "acción de nulidad y restablecimiento del derecho". En casos como el que se analiza en esta ocasión, es evidente que el restablecimiento del derecho no se logra con la sola anulación del acto que impus la multa, sino que se debe concretar, en la práctica, con la devolución del dinero y esta devolución, para aproximar la situación al estado en que se encontraba el particular cuando se dictó el acto o efectuó el pago, debe ser en principio del mismo valor económico.

"Por ello se justifica que la devolución se ordene con **ajuste** en su valor (como lo ha pedido el demandante) para lo cual es aplicable la disposición del artículo 178 del C.C.A. según el cual, "cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor".

"En esta forma la Sala ve sustituido el sistema **especial** para impuestos y multas (devolución con intereses comerciales, del artículo 140 C.C.A. que la Corte declaró inexequible) dando aplicación así a la norma **general** consagrada en los artículos 177 y 178 del C.C.A., en la medida que la sentencia contenga una disposición de carácter condenatorio y no simplemente constitutivo.

"3.- AJUSTE DEL VALOR DE LA MULTA QUE SE REINTEGRA.

"Para los efectos de la orden de devolución es necesario seguir, en lo pertinente, las disposiciones sobre condenas en concreto consagradas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 2282 de 1989. Para hacer de una vez en la sentencia y no en incidente posterior, la condena en concreto por la cantidad y los valores correspondientes que resulten del "índice de precios al consumidor", se tomarán las certificaciones del Departamento Administrativo Nacional Estadística DANE, cuya publicación mensual oficial en boletines de amplia circulación las convierte en "hechos notorios", conocimiento que no requiere de prueba (artículo 177 del C.P.C.). En esta forma la Sección Cuarta del Consejo de Estado con el objeto de no dilatar, en lo posible la concreción de la condena, adopta el criterio que

sobre el particular ha venido practicando la Sección Tercera (Sección Tercera, Expediente 7226 fallo de octubre 29/92, actor: Eneida González Valencia y Expediente 7168, noviembre 9/92, actor J.A. Muñoz. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y la Sección Segunda Expediente No. 1396 febrero 25/92).

Aplicando al caso en estudio la anterior jurisprudencia, procede la Sala a hacer el cálculo de la actualización de las sumas pagadas, para lo cual tiene en cuenta los índices de precios fijados por el DANE para el mes en el cual se efectuó el depósito de los impuestos más sanciones, (inicial) y el índice vigente a la fecha de esta sentencia, (final).

Con aplicación de regla de tres simple se determina el valor actual de la suma a devolver, mediante la siguiente fórmula:

"INDICE FINAL X VALOR PAGADO = VALOR ACTUAL

INDICE INICIAL"

Fórmula que se aplicará en el presente caso:

A) Impuesto de Renta

Sobre el valor de las sumas que resulten a favor del contribuyente una vez deducido el impuesto de renta, las sanciones e intereses de mora causados por el pago inoportuno del impuesto de renta, que debió cancelarse en tres cuotas que vencieron los días 17 de mayo, 10 de julio y 10 de septiembre de 1984, según indica el formulario oficial del año de 1983 (Folio 129 vuelto cdno. ppal.), aplicando la tasa de interés moratorio del 42% anual, prevista en el artículo 20 del Decreto Reglamentario 400 de 1987, que rigió hasta el 29 de febrero de 1988, calculando el tiempo transcurrido desde el vencimiento de cada cuota hasta el 27 de octubre de 1987 fecha de consignación de las sumas por parte de la actora, y atendiendo para efectos del cálculo del valor a devolver que según informes del DANE el índice correspondiente al mes de octubre de 1987, en el cual se efectuó el depósito era de 75.03 y el acumulado a junio 30 de 1994, fecha de la sentencia fue de 372.54.

IMPUESTO DE RENTA	**PRINCIPAL**	**INTERESES**
Liquidado en esta providencia, dividido en tres cuotas que debieron pagarse: El 17 de mayo de 1984 (101.631.051 - 108.134) X 42 meses al 3.5% (mensual) El 10 de julio de 1984	304.893.153	149.238.688

101.631.051 X 40 meses al 3.5% mensual Septiembre 10 de 1984		142.283.471
101.631.051 X 38 meses al 3.5% mensual		135.169.298
Sanción por inexactitud	609.570.083	0
Sanción por libros	75.110.683	0
		426.691.457
Más interés mora por segunda cuota liquidación privada		2.271
Sub-total	989.573.919	426.693.728
TOTAL PRINCIPAL E INTERESES	$1.416.267.647	

Obran en el expediente los siguientes recibos:

PAGOS

RENTA	**PRINCIPAL**	**INTERESES**
Recibo MA 0189648 3-07/84	71.742	2.271
Recibo KY 026647 07-09/84	35.871	0
Recibo MC 1421174 27-10/87	900.000.000	0
Recibo MC 1421175 27-10/87	384.848.600	515.151.400
Recibo MC 1421176 27-10/87	0	900.000.000
Recibo MC 1421177 27-10/87	0	351.772.395
Sub Total	1.284.956.213	
Recibo MC 1421178 27-10/87		
Sanción por inexactitud	900.000.000	
Recibo MC 1421179 27-10/87	900.000.000	
Recibo MC 1421180 27-10/87	844.807.889	
TOTAL	3.929.764.102	1.766.926.066

Total pagado	$5.696.690.168
Menos valor impuesto y sanciones	$1.416.267.747
Valor a devolver	$4.280.422.421
Indice acumulado a junio 30 de 1994	372.54
Indice acumulado a octubre 30 de 1987	75.03

$$\frac{372.54 \text{ X } 4.280.422.421}{75.03} = \$21.273.699.427$$

Timbre

Al igual que en caso del impuesto de renta se ordenaría devolver el exceso pagado sobre el valor determinado por la Corporación $2.285.886 más los intereses de mora causados desde mayo de 1983 fecha en la que debió pagar el impuesto de timbre correspondiente al contrato celebrado el 27 de abril del mismo año, a la tasa del 3.5 mensual que reconoce la actora en el recurso de reconsideración (Fl. 101, Exp. 2970) y la demandada en la liquidación de aforo (Fl. 32 del mismo expediente) hasta el día de consignación diciembre 24 de 1986, así:

IMPUESTO	**PRINCIPAL**	**INTERESES**
Valor liquidado	2.285.886	
Mora: 43 MESES x 3.5% x		3.440.258
TOTAL IMPUESTO TIMBRE Y MORA		5.726.144

En el expediente se acreditan los siguientes pagos según indica la liquidación de aforo.

19 de mayo de 1983	400
Diciembre 24 de 1986	3.195.560
Más recibo folio 98	1.129.000
TOTAL PAGOS	4.324.960

Como la suma acreditada por el total de pagos resulta inferior al monto del principal e intereses de mora causado hasta la fecha de la consignación del pago, no resulta suma a devolver por este concepto, por el contrario resulta un saldo a cargo por $1.401.184 que se descuenta del valor a devolver por impuesto de renta así:

(21.273.699.427 - 1.401.184) = 21.272.298.243

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1.- **REVOCASE** la sentencia apelada.

2.- Respecto del proceso 6889 (renta): **ANULANSE** la liquidación oficial No. 0635 del 9 de octubre de 1987 y la Resolución 0360 del 2 de diciembre de 1988, mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, liquidó el impuesto de renta, complementarios y sanciones a cargo de la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC Nit. 60.053.930 por el año gravable de 1983. En su lugar fíjase en la suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS

SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE ($989.573.919) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1983 corresponde pagar a la antedicha sociedad, más intereses de CUATROCIENTOS VEINTISEIS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE. ($426.693.728) para un total de UN MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($1.416.267.647).

3.- Respecto del proceso 7362 (timbre): **ANULANSE** la liquidación de aforo 197001 del 19 de mayo de 1988 y la Resolución A-0034 P del 2 de junio de 1989 mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá- Grandes Contribuyentes determinó el impuesto de timbre a la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC Nit. 60.053.930, en relación con el contrato de cesión de derechos a la sociedad COLCITCO de fecha 27 de abril de 1983. En su lugar fíjase en la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($2.285.886) el valor del impuesto de timbre que le corresponde pagar por concepto de impuesto de timbre del mencionado contrato, más intereses de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($3.440.258) para un total de CINCO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE ($5.276.144).

4.- **ORDENASE** a la Administración de Impuestos Nacionales la devolución de la suma pagada en exceso ajustada a valor presente por un total de VEINTIUN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS M/CTE ($21.272.298.243) conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

5.- **RECONOCER** personería a la doctora Nohora Matiz Santos a términos del poder que obra a folio 647 del cuaderno principal

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en al Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la providencia del 18 de marzo de 1993, Exp. 4490, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE, sobre el ajuste de las condenas cuando se ha efectuado un pago en exceso.

SOCIEDAD EXTRANJERA NO INCORPORADA/ACTIVIDAD NO GRAVADA/ACTO MERCANTIL/HECHO GENERADOR/ IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La administración distrital, no podía realizar liquidación de aforo y por tanto gravar la actividad de la actora; se trata de una sociedad extranjera no incorporada al país por no desarrollar actividades permanentes a términos del artículo 474 del C. de Co., pues sólo posee una inversión en otra sociedad, esto es, participa como accionista en el capital del Banco Anglo Colombiano.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5206. Actor: Lloyds Bank (BLSA) Limited (antes Banco de Londres y América del Sur). Impuestos Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 24 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda iniciada por la sociedad LLOYDS BANK (BLSA) LIMITED (ANTES BANCO DE LONDRES Y AMERICA DEL SUR), contra los actos administrativos que le fijaron el impuesto de industria, comercio y avisos por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986.

ANTECEDENTES

El Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá)-Dirección Distrital de Impuestos practicó a la sociedad previa investigación tributaria, liquidación de aforo No. 191 de fecha 13 de abril de 1989, mediante la cual dispuso que la sociedad actora cancelara el impuesto de industria, comercio y avisos por los años gravables de 1983, 1984, 1985 y 1986, y se ordena su registro como sujeto pasivo de dicho gravamen, por concepto de dividendos recibidos por los años antes indicados.

Contra la liquidación de aforo No. 191 se interpuso oportunamente el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el primero resuelto desfavorablemente mediante resolución 646 de fecha 14 de agosto de 1989 y el segundo, mediante resolución No. 003 de 19 de enero de 1990, negando las peticiones formuladas.

LA DEMANDA:

Agotada la vía gubernativa, la sociedad actora por medio de apoderado presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las resoluciones antes mencionadas, indicando como normas violadas los artículos 32 y 35 de la Ley 14 de 1983, 1°, 8°, 11, 50 y 62 del Acuerdo número 21 de 1983, y artículo 20 del Código de Comercio, y aduce como argumento que las oficinas Distritales al determinar el participar como asociado del Banco Anglo Colombiano y poseer acciones en el mismo, está realizando un acto mercantil, y agrega que: "El hecho generador de este gravamen es claro: **La realización de la actividad comercial**. Por ser este el punto central de la demanda, a renglón seguido determinaré la diferencia que se presenta entre acto de comercio y actividad comercial". "Acto de comercio, es el hecho realizado por una persona natural o jurídica, sin importar si es comerciante o no, que tiene trascendencia jurídica y se rige por el Código de Comercio". "Actividad comercial. Es un conjunto ordenado de actos de comercio orientados todos ellos a desarrollar el objeto social de una **empresa**. Estos actos de comercio deben realizarse en su conjunto de manera profesional, para que así adquiera la calidad de comerciante su ejecutor".

"a) Artículo 32 de la Ley 14 de 1983, por cuanto se amplía la materia imponible del gravamen al hacer extensiva esta disposición a los actos de comercio y no a la actividad comercial que es el supuesto legal".

"b) Artículo 35 de la Ley 14 de 1983, al incluir como actividad comercial un acto de comercio realizado en forma aislada y esporádica".

"c) Artículo 1° del Acuerdo 21 de 1983, por incluir dentro del hecho generador del impuesto de industria y comercio la realización de un acto de comercio".

"d) Artículo 8 del Acuerdo 21 de 1983, por contemplar como actividad comercial la ejecución de un acto de comercio".

"e) Artículo 50 del Acuerdo 21 de 1983, por proferir liquidación de aforo a mi representada, sin ella estar obligada a presentar declaración de industria y comercio".

"f) Artículo 62 del Acuerdo 21 de 1983, por cuanto no tuvo en consideración la sustentación presentada en tiempo contra la resolución que resolvió el recurso de reposición".

"g) Artículo 11 del Acuerdo 21 de 1983 por imponer la obligación de registrarse y declarar anualmente a mi representada".

"h) Artículo 20, numeral 5 del Código de Comercio, por considerar como una actividad comercial el participar como asociado en la constitución de una sociedad comercial".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

El *a-quo* realizando un análisis sobre el punto debatido, consistente en establecer, si la actividad realizada por la sociedad está tipificada como actos u operaciones mercantiles y por tanto están sujetas al gravamen de industria y comercio, concluyó que: "...el acto mercantil esporádico o aislado no constituye una actividad comercial sujeta al impuesto de industria y comercio", para lo cual transcribe una sentencia de 31 de julio de 1989, de ese Tribunal. Consejera Ponente: Dra. Clara González Barliza, Expediente No. 6172 citada por la actora, para concluir que: "...las liquidaciones practicadas por la entidad gubernativa, tuvieron como fundamento el hecho de ser la Compañía asociada al Banco Anglo Colombiano y poseer acciones en el mismo las cuales le producen rendimientos, hecho éste que evidentemente configura una cto de comercio, pero no una actividad comercial sujeta al impuesto de industria y comercio, si se tiene en cuenta los argumentos de la providencia transcrita...".

EL RECURSO:

El Distrito Especial de Bogotá, por medio de apoderado, interpone recurso de apelación contra la sentencia de 24 de septiembre de 1993, aduciendo que: "...la Sociedad actora percibe ingresos sujetos al impuesto de Industria, Comercio y Avisos, pues ejerce actividades Bancarias como inversionista en la ciudad de Bogotá, es decir si es sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio, habida cuenta que, conforme al artículo 3 del Acuerdo 21 de 1983, dice: "El sujeto pasivo de estos impuestos, la persona natural o jurídica, o la sociedad de hecho, que realice el hecho generador de la obligación". A su vez, el hecho generador del impuesto lo describe el artículo 1° del mismo Acuerdo, así: "El hecho generador de los impuestos de Industria, Comercio y Avisos, está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercio o de servicios en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin ello".

Reitera: "...que los actos administrativos impugnados se originaron como consecuencia de que la Sociedad actora desarrolla una actividad mercantil al particular a través de acciones del Banco Anglo Colombiano, pues precisamente la Ley 14 de 1983 y el artículo 8o. del Acuerdo 21 de 1983 establecen claramente que esto es una

actividad comercial, de donde se evidencia que ésta es la que desarrolla la parte demandante, pues su base gravable está dada por los rendimientos obtenidos en el ejercicio de esa actividad ya que por el simple hecho de ser asociado con el Banco Anglo Colombiano y poseer acciones en el mismo está realizando un acto mercantil".

LOS ALEGATOS:

Parte Actora: Afirma, haciendo una distinción entre acto de comercio y actividad mercantil, que: "Para el derecho comercial, entonces, sólo realiza actividad comercial quien profesionalmente practica actos que el mismo código califica como mercantiles". "Esta diferenciación, permite que las personas puedan realizar actos de comercio en desarrollo de su actividad cotidiana (como por ejemplo, suscribir títulos valores, comprar o vender bienes o servicios, celebrar contratos comerciales) y que estos se rijan por la legislación mercantil, sin que por ese hecho adquieran la calidad de comerciantes". "Según el artículo 10o. del Código de Comercio, la calidad de comerciante, sólo la adquiere aquellas personas que profesionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. Es decir, se dedique a realizar alguna de las operaciones descritas en el artículo 20 del Código de Comercio". "En el caso que nos ocupa, es claro que mi representada al constituir una sociedad, realizó el acto de comercio descrito en el numeral 5o. del Código de Comercio, sin que por ese hecho pueda entenderse que realiza una actividad comercial".

El Ministerio Público y la parte demandada no presentaron alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala el punto que debe ser analizado es si la sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, como lo sostiene la actora, o, por el contrario, se encuentra dentro de los presupuestos jurídicos para ser sujeto de este gravamen, como lo afirma la Administración Distrital.

En el caso *sub-lite*, se trata de establecer si la sociedad extranjera, que desarrolla una actividad de simple inversionista, es sujeto pasivo del impuesto de industria., comercio y avisos, para lo cual la Sala reitera el criterio expuesto en caso similar, plasmado en sentencia de 25 de septiembre de 1992, Actor: Banque Sudameris, Expediente No. 4209, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en donde se expresó:

> "Para la Sala , el problema jurídico planteado consiste en determinar si la actora está obligada a tributar por concepto del impuesto de Industria y Comercio, es decir si es sujeto pasivo de este gravamen; la conclusión a que se llegue determinará si se confirma o revoca la sentencia del *a-quo* y como consecuencia de ello, desatará la *litis* planteada.
>
> "El precepto que en opiniñón de la actora debe orientar el análisis, corresponde al artículo 32 Ley 14 de 1983, que se transcribe a continuación:

> "Artículo 32. El Impuesto de Industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos".

"Con fundamento en la norma citada, entramos a examinar si la demandante está o no obligada a pagar el impuesto nombrado por el hecho de haber invertido en acciones del Banco Sudameris de Colombia.

"La norma habla de actividades comerciales, industriales y de servicio como generadora del impuesto, y éstas corresponden a las definidas en el artículo 20 del Código de Comercio el cual según lo dicho por la Administración en la resolución 088 de 1988 contempla en su numeral 5, la actividad desarrollada por la demandante (ver folio 28; numeral 2 de la resolución citada).

"Norma que en opinión del *a-quo* y de la Delegada del Ministerio Público ante esta Corporación no es aplicable al caso, pues ni el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, ni el acuerdo 21 del mismo año, que la desarrolla para el Distrito Especial de Bogotá, en sus artículos 1 y 3, permiten considerar a la demandante en el caso *sub-lite*, como sujeto pasivo de este tributo por el sólo hecho de poseer acciones y percibir dividendos.

"El acto mercantil supone la voluntad de una persona de adquirir bienes para derivar utilidades a través de ulteriores transacciones en realción con los mismos, por ello, mientras la demandante, únicamente perciba los rendimientos que liquida el Banco Sudameris de Colombia por la propiedad de acciones en éste, no estará sujeta al impuesto de Industria y Comercio.

"El artículo 20.5 del Código de Comercio, debe entenderse en concordancia con posteriores previsiones del mismo estatuto, particularmente en relación con las operaciones consideradas como mercantiles por la norma en comento, esto es:

"a)- La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, diligencia que debe reunir los requisitos del artículo 110 ibídem posición en la que no se halla la demandante.

"b)- Realización de actos de administración de sociedades comerciales, situación que en ningún momento se configura y no es objeto de contención para la Administración, y,

"c)- Negociación a título oneroso de las partes de interés, social o de acciones, situación que tampoco ocurre, aún más, cuando la demandante no realizó en el período gravable ningún movimiento de sus acciones ni dentro del Banco Sudameris de Colombia, ni en operaciones de mercado abierto.

"Sobre este particular y en proceso donde se discutió un asunto similar, la Sala sostuvo lo siguiente:

"De suerte que para determinar si una persona es sujeto pasivo del impuesto en cuestión, debe examinarse el origen de sus ingresos y sólo si estos provienen del ejercicio de alguna de aquellas actividades podrá configurarse la realización de la materia imponible que causa la obligación tributaria, en cabeza de quien la ejecuta, como sujeto pasivo.

"La Administración Distrital en este sentido se equivocó cuando concluyó que la sociedad era sujeto pasivo del impuesto primordialmente por ser inversionista accionista de la compañía ICOLLANTAS.

"Por otra parte, es notorio que el Distrito no realizó ningún análisis ni solicitó probanzas sobre otras actividades que indicaban los ingresos provenientes de rendimientos financieros y de regalías y si ellos correspondían o no al ejercicio de actividades que pudieran considerarse incluidas en las generadoras del gravamen local.

"En tal virtud y como la Oficina de Impuestos imputó la calidad de sujeto pasivo del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos a la sociedad demandante, fundamentada en el hecho de ser ésta accionista de la sociedad COLOMBIANA DE LLANTAS S.A. y gravó la totalidad de los ingresos percibidos por ella, sin consignar por qué lo estaban, estima la Sala que desvirtuada aquella calidad, debe anularse la operación administrativa impugnada, como quiera que dentro de los documentos" (Exp. 3412, Actor: B.F. Gordrich C/ D.E. de Bogotá. Ponente Dr. Jaime Abella Zárate, sentencia de 21 de agosto de 1992)".

En conclusión, y dado que se ha demostrado que la actora es una sociedad extranjera, tal como se deduce del acervo probatorio allegado al proceso, la Administración Distrital, no podía realizar liquidación de aforo y por tanto gravar la actividad de la actora-Lloyds Bank (BLSA) Limited (Antes Banco de Londres y América del Sur)-Nit. No. 860.073.079; se trata de una sociedad extranjera no incorporada al país por no desarrollar actividades permantes a términos del artículo 474 del Código de Comercio, pues sólo posee una inversión en otra sociedad, esto es, participa como accionista en el capital del Banco Anglo Colombiano.

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,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 24 de septiembre de 1993, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de esta apelación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de fecha 25 de septiembre de 1992, Exp. 4209, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

PAGO-Imputación/**DEUDA TRIBUTARIA**-Ajuste por Actualización/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Procedencia

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de acto acusado, la Sala considera que la adición del concepto "ajuste por actualización", al orden de prelación establecido en el artículo 804 del Estatuto Tributario, constituye manifiesta infracción de una norma de carácter superior, lo que justifica la medida preventiva, de conformidad con el artículo 152 del C.C.A., invocado en la demanda. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la expresión "tercero al ajuste por actualización" utilizada en el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 020 del 10 de enero de 1994.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5604. Actor: Martha Cecilia Páez Gallo. Autoridades Nacionales. Auto.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la ciudadana MARTHA CECILIA PAEZ GALLO, demanda la declaratoria de nulidad parcial del artículo 5o. del Decreto 020 de 10 de enero de 1994, por medio del cual se reglamentan los artículos 867-1 del Estatuto Tributario y 108 de la ley 6a. de 1992, el cual dispone:

"ARTICULO 5o. Los pagos deben imputarse en el siguiente orden: primero a las sanciones, segundo a los intereses, **tercero al ajuste por actualización** y por último a los anticipos, impuestos o retenciones". (Subrayas fuera del texto).

El fundamento de la demanda radica, en que la norma acusada "pretende modificar el orden de prelación que la ley a reglamentar (Decreto 624 del 30 de marzo de 1989, Estatuto Tributario) había señalado", al insertar "la imputación de un pago que viene a tener prelación sobre los anticipos, impuestos o retenciones, cuando la ley no lo previó así".

En el mismo escrito de demanda, la actora utilizando el sistema de confrontación a doble colomna solicita la suspensión provisional al considerar, "que la simple comparación de la norma demandada frente al artículo 804 del Estatuto Tributario", es claro observar "que el reglamento ha adicionado un tercer orden de imputación de pagos por concepto de "ajuste por actualización", "lo cual configura evidente violación de la ley, pues la está adicionando".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por reunir los requisitos en los artículo 137 y s.s. del Código Contencioso Administrativo, la demanda será admitida.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado, la Sala considera que la adición del concepto "ajuste por actualización", al orden de prelación establecido en el artículo 804 del Estatuto Tributario, constituye manifiesta infracción de una norma de carácter superior, lo que justifica la medida preventiva, de conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, invocado en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda.

2o. Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

3o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5o. Solicítese al Ministro de Hacienda y Crédito Público, el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la redacción del artículo 5o. del Decreto Reglamentario 020 de 10 de enero de 1994, relativo "al ajuste por actualización". Término cinco días.

6o. DECRETESE la suspensión provisional de la expresión "tercero al ajuste por actualización", utilizada en el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 020 del 10 de enero de 1994.

7o. Téngase a la ciudadana MARTHA CECILIA PAEZ GALLO, como parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Requisitos/**SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO**

La competencia de la Sección Cuarta en la oportunidad procesal en la cual profirió la decisión recurrida en reposición, se limita a verificar si la providencia recurrida es susceptible del recurso extraordinario de súplica, si fue interpuesto en tiempo, si se individualiza la jurisprudencia citada como desconocida por la decisión recurrida y se precisan los argumentos jurídicos que concreten su desconocimiento. Verificados los anteriores requisitos formales es procedente la concesión del recurso, indpendientemente de su prosperidad, la cual ya corresponde decidir a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Los citados requisitos cumplieron y por ello se concedió el recurso en cuestión. Los argumentos que sustentan el recurso de reposición se refieren a su prosperidad lo cual corresponde decidir a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado al resolver el recurso en cuestión. Los argumentos que sustentan el recurso de reposición se refieren a su prosperidad lo cual corresponde decidir a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado al resolver el recurso extraordinario de súplica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5139. Nulidad y Suspensión Provisional, parágrafo 2°, artículo 2° del Decreto Reglamentario No. 353 de 1984 expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Alfredo Lewin Figueroa y Héctor Julio Becerra Becerra. Auto.

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por los actores Doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA y HECTOR JULIO BECERRA contra el auto proferido por esta Sección el 27 de mayo de 1994 mediante el cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Señora Apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 22 de abril de 1994, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

ANTECEDENTES

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la sentencia proferida el 22 de abril de 1994, resolvió las peticiones hechas en ejercicio de la acción de nulidad por los actores Doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA Y HECTOR JULIO BECERRA y declaró la nulidad del parágrafo 2 del Artículo 2 del decreto 353 de 1984.

La Señora Apoderada de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de la oportunidad legal, interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la anterior providencia por considerar que contraría jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto proferido el 27 de mayo de 1994, concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la entidad demandada.

Los demandantes interponen el recurso de reposición contra esta última decisión.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Lo es el auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 22 de abril de 1994, de la misma Sección.

EL RECURSO INTERPUESTO

Los demandantes solicitan que se revoque el auto recurrido y en su lugar se deniegue el recurso de súplica interpuesto por la entidad demandada con fundamento en los siguientes razonamientos, que se transcriben textualmente:

> "Para estos efectos, y señalando la improcedencia de la acción de nulidad en el presente caso, la distinguida apoderada manifiesta que la sentencia contentiva de la decisión de nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, contraría la jurisprudencia de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado del 16 de mayo de 1991, sentencia que acoge la teoría de los fines y motivos para la calificación del contencioso objetivo impropio.
>
> "Pues bien, en este caso concreto la sentencia impugnada no se refiere, ni siquiera en forma tácita, a la 'teoría de los fienes y motivos', razón por la cual es imposible que contraríe la sentencia citada. La sentencia de la Sala Plena de la

Corporación, pero no señala cuál el planteamiento jurídico contenido en ella que va en contravía de lo expuesto por la Sala Plena. El fallo proferido el 22 de abril de 1994 por la Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado no restablece el derecho de ningún particular, ni de él surge automática o directamente el restablecimiento de un derecho subjetivo, como no podía hacerlo, puesto que precisamente la finalidad del proceso de nulidad instaurado era exclusivamente, el de esclarecer la conformidad o no de la norma impugnada con normas de superior jerarquía. A quien corresponde restablecer el derecho en situaciones particulares que pudieren haberse visto afectadas por la norma impugnada es al juez competente que conoce de la acción de nulidad y restablecimiento y, por tanto, es equivocado afirmar que la acción de nulidad impetrada tuvo por objeto obtener, de manera improcedente, el restablecimiento del derecho.

"De manera que al no citarse una jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que haya expuesto una tesis contraria a la desarrollada en la sentencia del 22 de abril de 1994, es improcedente el recurso de súplica, y solicitamos que así sea decretado por la Sección.

"2. Además de lo anterior, es preciso señalar que la solicitud de improcedencia de la acción de nulidad para el presente caso es completamente extemporánea por cuanto ha debido señalarse al momento de constestar la demanda. Si en esa oportunidad procesal, la impugnante hubiera señalado la improcedencia de la acción de nulidad y la Sección Cuarta hubiera resuelto desfavorablemente dicha solicitud, frente a ese auto particular, eventualmente habría cabido, ahí así, el recurso extraordinario de súplica por supuestamente contrariar la sentencia citada en el recurso interpuesto por la representante de la Nación; pero habiendo quedado definida la procedencia de la acción en el auto admisorio de la demanda y sin haber controvertido tal decisión, no puede ahora la impugnante interponer un recurso contra la sentencia para cuestionar lo definido en ese momento y sobre lo cual tuvo la oportunidad procesal para pronunciarse.

"De manera que además de incumplir los requisitos exigidos para presentar el recurso extraordinario de súplica (señalar una sentencia de la Sala Plena que contraría la sentencia impugnada), el argumento en el que se fundamenta la impugnante para solicitar dicho recurso, es absoluta y completamente extemporáneo por cuanto ha debido presentarse al momento de contestar la demanda.

"Al respecto, en la sentencia de la Sala Plena del 16 de mayo de 1991 que se ha invocado, se expresa lo siguiente, a la página 8: '...la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó lógico ese instrumento procesal que analizaba la pertinencia concreta del uso de la acción de nulidad contra actos de alcance subjetivo, **para así criticar la prosperidad de ellas en cada caso cuando fuera a dictarse sentencia** (se subraya), y no se resolviese acerca de la relación procesal desde el momento mismo de la admisión de la demanda'.

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por los actores Doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA y HECTOR JULIO BECERRA contra el auto proferido por esta Sección el 27 de mayo de 1994 mediante el cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Señora Apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 22 de abril de 1994, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

ANTECEDENTES

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la sentencia proferida el 22 de abril de 1994, resolvió las peticiones hechas en ejercicio de la acción de nulidad por los actores Doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA Y HECTOR JULIO BECERRA y declaró la nulidad del parágrafo 2 del Artículo 2 del decreto 353 de 1984.

La Señora Apoderada de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de la oportunidad legal, interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la anterior providencia por considerar que contraría jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto proferido el 27 de mayo de 1994, concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la entidad demandada.

Los demandantes interponen el recurso de reposición contra esta última decisión.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Lo es el auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante el cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 22 de abril de 1994, de la misma Sección.

EL RECURSO INTERPUESTO

Los demandantes solicitan que se revoque el auto recurrido y en su lugar se deniegue el recurso de súplica interpuesto por la entidad demandada con fundamento en los siguientes razonamientos, que se transcriben textualmente:

> "Para estos efectos, y señalando la improcedencia de la acción de nulidad en el presente caso, la distinguida apoderada manifiesta que la sentencia contentiva de la decisión de nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, contraría la jurisprudencia de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado del 16 de mayo de 1991, sentencia que acoge la teoría de los fines y motivos para la calificación del contencioso objetivo impropio.
>
> "Pues bien, en este caso concreto la sentencia impugnada no se refiere, ni siquiera en forma tácita, a la 'teoría de los fienes y motivos', razón por la cual es imposible que contraríe la sentencia citada. La sentencia de la Sala Plena de la

Corporación, pero no señala cuál el planteamiento jurídico contenido en ella que va en contravía de lo expuesto por la Sala Plena. El fallo proferido el 22 de abril de 1994 por la Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado no restablece el derecho de ningún particular, ni de él surge automática o directamente el restablecimiento de un derecho subjetivo, como no podía hacerlo, puesto que precisamente la finalidad del proceso de nulidad instaurado era exclusivamente, el de esclarecer la conformidad o no de la norma impugnada con normas de superior jerarquía. A quien corresponde restablecer el derecho en situaciones particulares que pudieren haberse visto afectadas por la norma impugnada es al juez competente que conoce de la acción de nulidad y restablecimiento y, por tanto, es equivocado afirmar que la acción de nulidad impetrada tuvo por objeto obtener, de manera improcedente, el restablecimiento del derecho.

"De manera que al no citarse una jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que haya expuesto una tesis contraria a la desarrollada en la sentencia del 22 de abril de 1994, es improcedente el recurso de súplica, y solicitamos que así sea decretado por la Sección.

"2. Además de lo anterior, es preciso señalar que la solicitud de improcedencia de la acción de nulidad para el presente caso es completamente extemporánea por cuanto ha debido señalarse al momento de constestar la demanda. Si en esa oportunidad procesal, la impugnante hubiera señalado la improcedencia de la acción de nulidad y la Sección Cuarta hubiera resuelto desfavorablemente dicha solicitud, frente a ese auto particular, eventualmente habría cabido, ahí así, el recurso extraordinario de súplica por supuestamente contrariar la sentencia citada en el recurso interpuesto por la representante de la Nación; pero habiendo quedado definida la procedencia de la acción en el auto admisorio de la demanda y sin haber controvertido tal decisión, no puede ahora la impugnante interponer un recurso contra la sentencia para cuestionar lo definido en ese momento y sobre lo cual tuvo la oportunidad procesal para pronunciarse.

"De manera que además de incumplir los requisitos exigidos para presentar el recurso extraordinario de súplica (señalar una sentencia de la Sala Plena que contraría la sentencia impugnada), el argumento en el que se fundamenta la impugnante para solicitar dicho recurso, es absoluta y completamente extemporáneo por cuanto ha debido presentarse al momento de contestar la demanda.

"Al respecto, en la sentencia de la Sala Plena del 16 de mayo de 1991 que se ha invocado, se expresa lo siguiente, a la página 8: '...la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó lógico ese instrumento procesal que analizaba la pertinencia concreta del uso de la acción de nulidad contra actos de alcance subjetivo, **para así criticar la prosperidad de ellas en cada caso cuando fuera a dictarse sentencia** (se subraya), y no se resolviese acerca de la relación procesal desde el momento mismo de la admisión de la demanda'.

"Y precisamente la providencia que originó la súplica fallada en dicha sentencia, era de inadmisión de la demanda.

"3. Si en gracia de discusión se aceptara que la impugnante sí señaló una sentencia de Sala Plena contraria a la impugnada, y que esta es la oportunidad procesal para solicitar la improcedencia de la acción, en todo caso el hecho de que paralelamente a esta acción se estén adelantando procesos contenciosos de nulidad y restablecimiento del derecho en donde la norma declarada nula haya sido aplicada por las autoridades, y que los actores sean apoderados en algunos de estos procesos, en nada afecta el derecho que tenemos en nuestra condición de ciudadanos colombianos, para solicitar la nulidad de aquellas normas que consideramos contrarias a la Constitución Nacional y/o a la ley.

"El criterio desarrollado por la distinguida apoderada, llevaría a hacer inoperante la acción de nulidad, en la medida en que dada la generalidad de los actos administrativos, estos (sic) tienen la virtualidad de afectar situaciones jurídicas particulares. Así, por ejemplo, la acción de nulidad contra las resoluciones del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales que fijan los formularios de declaración de impuesto de renta y complementarios, solamente podrían ser instaurados por aquellas personas que de conformidad con la ley ostentan la calidad de no declarantes, por cuanto de lo contrario, según el criterio de la recurrente, al existir un interés directo, lo que se estaría buscando no es el respeto y sometimiento a las normas superiores, sino el restablecimiento del derecho. Pero es más, con la interposición del recurso de súplica por parte de la Nación, contra las sentencias que decreten la nulidad de las normas tributarias expedidas con transgresión a la constitución y a la ley, y con el argumento de que el actor tiene un interés particular en la nulidad de la norma -pues tiene la virtualidad de afectarlo-, además de dilatar ostensiblemente una decisión definitiva, se trasladaría de la Sección Cuarta a la Sala Plena del Consejo de Estado, la competencia para decidir sobre la constitucionalidad y/o legalidad de las normas tributarias.

"De otra parte, en las mismas sentencias citadas por la impugnante, se desvirtúan los planteamientos desarrollados en su escrito. Así, por ejemplo, subraya un aparte de un auto de la Sala Plena de la Corporación del 9 de mayo de 1986, según el cual, 'Si al solicitar la nulidad del acto administrativo, en forma automática se produce el restablecimiento del derecho habrá de entenderse que el actor ha impetrado una acción de restablecimiento, aunque califique su demanda de cualquier otra manera'. Pues bien, en este proceso concreto una vez producido el fallo impugnado, no se restableció el derecho de las sociedades y/o personas afectadas por la aplicación de la norma declarada nula, por cuanto los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en curso continúan su trámite ordinario y, como es sabido, para que se produzca el restablecimiento del derecho se requiere de un fallo judicial que así lo decrete.

"Diferente hubiera sido la situación si con la interposición de la acción de nulidad se hubiera buscado el restablecimiento del derecho para algunos particulares, situación que obviamente no se presentó en el presente caso, pues para esos efectos, la propia apoderada de la Nación demostró, aportando unas demandas en tal sentido, que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho fueron interpuestas en casos en los cuales la finalidad sí es obtener el restablecimiento de situaciones particulares y no simplemente la nulidad de actos de carácter general.

"De igual forma, y tal como consta en el expediente No. 5139, en ningún momento se ha hecho referencia a situaciones particulares y se puede constatar que este contencioso de legalidad, se desenvolvió 'en torno de los dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor'.

"En consecuencia, de la misma forma en que se señaló en el punto primero, la jurisprudencia citada por la apoderada de la Nación, no sólo no cotradice los planteamientos de la providencia del 22 de abril de 1994, sino que además ratifica y respalda la procedencia y la legalidad de la acción de nulidad que nos ocupa, pudiendo observarse adicionalmente que en la sentencia de la Sala Plena invocada, se trataba de una demanda de nulidad contra resoluciones de la Superintendencia de Control de Cambios que habían impuesto unas multas, por lo que de haberse anulado en la acción de nulidad, automáticamente las sanciones quedaban eliminadas y restablecido un derecho subjetivo particular".

OPOSICION AL RECURSO

La Señora Apoderada de la entidad demandada se opone a la prosperidad del recurso de reposición interpuesto, por considerar que:

"Establecidos los anteriores presupuestos es clara la viabilidad del recurso de súplica y corresponde a la Sección Cuarta concederlo, como efectivamente lo hizo a través del auto de mayo 27 de 1994, pero no puede conocer de la procedencia del mismo ya que esta competencia radica por expresa disposición de la Ley (art. 130 del C.C.A.) en la Sala Plena, excluidos los consejeros que tomaron parte en la decisión contenida en la sentencia objeto de súplica. En consecuencia no puede la Sección Cuarta, abrogarse la competencia de decidir de fondo sobre la procedencia o improcedencia del recurso de súplica como pretenden los actores, según los fundamentos de su recurso de reposición, pues será la Sala Plena la encargada de tal decisión y una vez proceda a su estudio.

"Efectivamente, como se observa, los fundamentos expuestos en el recurso de reposición no se refieren a los exigidos para la viabilidad del recurso de súplica, por lo tanto, no existe razón para pretender la revocatoria del auto recurrido, por el contrario, se pretende con ellos obtener una decisión de fondo sobre la procedencia del recurso de súplica por parte de la misma Sección que profirió la sentencia suplicada.

"Tal pretensión desconoce la competencia restrictiva que sobre el recurso de súplica tiene la Sala Plena, y sugiere eliminar por inconveniente, el derecho que le asiste a mi representada de acudir a uno de los mecanismos de defensa establecidos por la ley en su favor, como es el recurso extraordinario de súplica, debidamente interpuesto con el fin de obtener un pronunciamiento definitivo por parte de la Sala Plena.

"Evidentemente, todos y cada uno de los fundamentos expuestos en el memorial de recurso de reposición se dirigen a obtener un fallo de fono (sic) sobre la súplica interpuesta, pues ninguno de ellos tiene que ver con los presupuestos procesales determinantes de la viabilidad del recurso de súplica, únicos exigidos para que éste sea concedido. Luego con base en ellos la decisión contenida en el auto de mayo 27 de 1994 no puede ser revocada.

"Esta afirmación se hace evidente si se analizan cada uno de los fundamentos del recurso de reposición así:

"Primer Fundamento. La sentencia suplicada no contraria la sentencia de la Sala Plena citada. De acuerdo a lo anterior aceptan los actores que se que (sic) se cumplió con el requisito de citar la sentencia de Sala Plena contrariada, su inconformidad radica en que a su criterio no hay contradicción.

"Este último análisis no puede ser objeto de estudio por parte de la misma Sección que profirio la sentencia suplicada, sino que corresponde a la decisión de fondo que adoptara la Sala Plena.

"Segundo Fundamento. La solicitud de improcedencia de la acción de nulidad es extemporánea.

"Al respecto me permito observar:

"En primer término la improcedencia de la acción de nulidad contra el parágrafo 2° del Artículo 2° del decreto 353 de 1984, si (sic) fue propuesto con ocasión de la contestación a la demanda, como puede constatarse en el memorial respectivo e igualmente se insistió en ella con ocasión de los alegatos de conclusión, cosa distinta es que la Sección no haya acogido tal propuesta en la sentencia.

"En las anteriores oportunidades se adujo precisamente la finalidad como factor de improcedencia de la acción de nulidad en virtud de la falta de vigencia de la disposición acusada, cuando se manifestó al respecto:

"'De acuerdo con lo anterior es claro que la disposición acusada carece de vigencia.

"'Establecida esta circunstancia resulta improcedente pretender un pronunciamiento de fondo respecto de su legalidad porque la institución jurídica de la nulidad tiene el efecto de retirar por ilegal una norma incorporada al

ordenamineto jurídico, que se presume legal y vigente hasta tanto sea declarada nula por la autoridad competente para ello.

"'Si como en el presente caso la norma ha sido ya retirada del ordenamiento jurídico, en virtud de su derogatoria, no existe el acto demandable y como lógica consecuencia no es posible accionar sobre él. Porque la institución jurídica de la nulidad parte siempre de la premisa legal de la existencia de la norma ya que es precisamente la **finalidad de esta acción**, revisar su legalidad frente al ordenamiento jurídico existente al cual pertenece.

"'Aceptar la prosperidad de la acción de nulidad sobre una norma inexistente, sería en primer término desconocer la**finalidad** o razón de ser de esta institución jurídica y se llegaría a vulnerar el principio de la seguridad jurídica, situaciones...' (constestación de la demanda).

"'Se insiste en primer término en el fallo inhibitorio propuesto con ocasión de la contestación a la demanda por sustracción de materia, toda vez que tanto la disposición acusada como las normas del Estatuto Tributario, artículos 180 a 187 que se citan como violados carecen de vigencia, es decir que respecto de ellas no es posible predicar su inexistencia jurídica que es la **finalidad** propuesta por el legislador al instituir la acción de nulidad'. (Alegatos de Conclusión).

"Es decir, en las anteriores oportunidades se manifestó que la**finalidad esencial** de la acción de nulidad, como era restablecer de manera general el orden jurídico vigente, no se cumplía.

"Esta aseveración se considera referida a la teoría de los fines y motivos para la calificación del contencioso objetivo impropio que es la contenida en la sentencia de la Sala Plena citada en el recurso de súplica como contrariada.

"Pero no puede corresponder a la Sección Cuarta, como se pretende por los recurrentes, decidir si efectivamente su propia sentencia, desconoció o no dicha teoría, cuando desatendió la solicitud de improcedencia de la acción propuesta con la contestación a la demanda, toda vez que ésta es otra decisión de fondo que habrá de originarse por mandato de la ley en la Sala Plena, cuando en desarrollo de su competencia conozca del recuso (sic) de súplica propuesto.

"**Tercer Fundamento.** Efectos de la nulidad declarada en al sentencia suplicada. Al respecto dice el recurso de reposición: en este proceso no se restableció el derecho de las sociedades afectadas con la norma anulada, 'diferente hubiera sido si con la interposición de la acción de nulidad se hubiera buscado el restablecimiento del derecho para algunos particulares'.

"Sobre este punto es pertinente observa: Precisamente se ha tratado de demostrar a través del recurso de súplica la finalidad de la acción de nulidad propuesta por los actores que comparta el restablecimiento de un derecho

particular, pero este punto como los anteriores deberá ser dilucidado por la Sala Plena cuando conozca de fondo sobre el recurso de súplica y no la Sección Cuarta. Entonces, como en los anteriores puntos y por las mismas razones no puede ser objeto de análisis por parte de la Sección Cuarta con el pretexto de conocer del recurso de reposición instaurado contra el auto que concede el recurso de súplica, como se pretende por parte de los distinguidos actores, porque tal procedimiento incurrirá, en violación directa de la ley según los dispuesto en el artículo 130 del C.C.A. y de paso desconocería el derecho del debido proceso que ampara la Carta Política en su artículo 29 al eliminar la posibilidad de revisión a su actuación por parte de la Sala Plena que para el efecto del recurso de súplica constituye su superioridad jerárquica".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La competencia de la Sección Cuarta en la oportunidad procesal en la cual profirió la decisión recurrida en reposición, se limita a verificar si la providencia recurrida es susceptible del recurso extraordinario de súplica, si fue interpuesto en tiempo, si se individualiza la jurisprudencia citada como desconocida por la decisión recurrida y si se precisan los argumentos jurídicos que concreten su desconocimiento.

Verificados los anteriores requisitos formales es procedente la concesión del recurso, independientemente de su prosperidad, la cual ya corresponde decidir a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado.

Los citados requisitos se cumplieron y por ello se concedió el recurso en cuestión.

Los argumentos que sustentan el recurso de reposición se refieren a su prosperidad lo cual corresponde decidir a la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado al resolver el recurso extraordinario de súplica.

De acuerdo con lo anterior, que encuentra su fundamento en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición interpuesto por los demandantes no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

No prospera el recurso de reposición interpuesto por los Doctores ALFREDO LEWIN FIGUEROA y HECTOR JULIO BECERRA BECERRA contra el auto proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 27 de mayo de 1994.

Confírmase el auto proferido el 27 de mayo de 1994, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, objeto del recurso de reposición.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

TERMINO DE FISCALIZACION-Determinación**/LIQUIDACION PRIVADA-**Firmeza**/LIQUIDACION DE REVISION**

Debe entenderse, como reiteradamente lo ha precisado la Sala, que a partir de la fecha de presentación de la declaración empieza a correr el plazo para que la Administración válidamente practique la liquidación oficial de revisión, el cual lo podía verse afectado por el procedimiento que entró a regir posteriormente, en virtud de la ecepción consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Como la actora presento la solicitud de devolución de saldo a favor el 5 de septiembre de 1988, los dos (2) años con que contaba la Administración para notificar la liquidación de revisión vencían en principio el 5 de septiembre de 1990, pero en virtud del requerimiento especial No. 035 de 5 de julio de 1990, el término se suspendió por el lapso de tres (3) meses (arts. 17 y 22 del Decreto 3803 de 1982), es decir hasta el 5 de octubre de 1990, fecha a partir de la cual se cuentan los dos (2) meses corridos, que le restaban a la administración para notificar válidamente el acto administrativo, esto es, el 5 de diciembre de 1990, por lo tanto, la notificación efectuada el 1o. de marzo de 1991, resultó extemporánea, porque para tal época ya se había producido la firmeza de la declaración privada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5424. Apelación sentencia de 14 de enero de 1994 del Tribunal Administrativo de Caldas en Juicio de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1986. Actor: Indiana S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por INDIANA S.A. (antes INDIANA LTDA.), la actora, contra la sentencia de 14 de enero de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el Contencioso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la liquidación de revisión No. 05 de 28 de febrero de 1991 y la Resolución No. 072 de 27 de junio de 1991, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración de renta por la vigencia fiscal de 1986 el 15 de mayo de 1987.

El 5 de septiembre de 1988 la actora solicitó ante la administración la devolución del saldo a su favor.

El 5 de julio de 1990 la administración notificó el requerimiento especial No. 035, mediante el cual anunció a la actora que modificaría la liquidación privada y determinaría la renta líquida gravable, por el sistema de renta presuntiva.

Posteriormente la administración expidió la liquidación de revisión No. 05 de 28 de febrero de 1991, mediante la cual determinó la renta líquida gravable del período fiscal de 1986 de la actora por el sistema de renta presuntiva.

Contra la liquidación de revisión, la actora interpuso recurso de reconsideración y la administración lo resolvió a través de la resolución No. 072 de 27 de junio de 1991 confirmando la liquidación de revisión No. 05, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos, 20 y 22 del decreto 3803 de 1982, 15 y 75 de la ley 9 de 1983, 53 del decreto 2503 de 1987, 730-3 del Estatuto Tributario; 40 de la ley 153 de 1887 y, 50 de la ley 55 de 1985.

El concepto de la violación se resume así:

1. La administración vulneró por falta de aplicación el artículo 75 de la ley 9 de 1983, vigente para la fecha en que la actora presentó su declaración de renta por el año gravable de 1986, que establecía un término de dos (2) años para que la administración practicara y notificara liquidación oficial de modificación de la liquidación privada, contados a partir de la presentación del respectivo denuncio rentístico.

Según el artículo 40 de la ley 153 de 1887, en lo relativo a normas procedimentales, los términos fijados por la ley que han empezado a correr, se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de empezar.

De acuerdo con lo anterior señaló que la norma aplicable a la contribuyente era el artículo 75 de la ley 9a. de 1983 y no el decreto 2503 de 1987 y por lo tanto, la liquidación de revisión fue expedida extemporáneamente, cuando ya habían transucrrido los dos (2) años que válidamente tenía la administración para proferirla.

2. Fundamentos Subsidiarios.

El apoderado de la actora señaló que con su actuación la administración vulneró los artículo, 15 de la ley 9 de 1983 y 50 de la ley 55 de 1985 toda vez que, por una parte, estando en presencia de una situación de "control de precios", para que ella sea reconocida se requiere un pronunciamiento del Ministro de Hacienda sobre las incidencias en la renta presuntiva, pero en parte alguna de la ley 55 de 1985 se establece una obligación, forma o procedimiento con respecto al citado pronunciamiento y por otra, existen circunstancias de "fuerza mayor" que han determinado una rentabilidad inferior a la presumida por el Estado en el artículo 15 de la ley 9a. de 1983 y por lo tanto, la renta establecida con fundamento en una presunción legal que ha sido desvirtuada, determina la nulidad de los actos administrativos demandados.

LA OPOSICION

El apoderado de la administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, señaló que en el caso de autos, teniendo en cuenta que la actuación por parte de la administración se produjo durante la vigencia del decreto 2503 de 1987, tal normatividad era la aplicable y por lo tanto, los actos acusados fueron expedidos dentro de los términos legales.

En relación con la alegada fuerza mayor, afirmó que la negociación del Pacto Internacional del Café no puede considerarse como una causal de fuerza mayor, que incida en la baja rentabilidad. Tal pacto no es "imprevisible", toda vez que está sometido a intensas negociaciones de los países productores de café, ni imposible humanamente de "resistir", de conformidad con la definición de fuerza mayor consagrada en el artículo 1o. de la ley 95 de 1890.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

En este proceso se presentó un típico caso de "tránsito de legislación", porque para la época en que se presentó la liquidación privada (15 de mayo de 1987) se encontraba

vigente el artículo 75 de la ley 9a. de 1983, que terminaba el plazo de dos (2) años a partir de la presentación de la declaración para que la administración notificara la liquidación de revisión y, cuando la actora presentó la solicitud de devolución de saldos (5 de septiembre de 1988), la norma aplicable y vigente era el artículo 53 del decreto 2503 de 1987, de conformidad con la cual, la declaración del contribuyente queda en firme si en el plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de devolución, la administración no notifica el requerimiento especial.

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que, como la actora presentó la solicitud de devolución el 5 de septiembre de 1988, la administración podía notificarle legalmente el requerimiento especial hasta el 5 de septiembre de 1990 y lo hizo el 5 de julio de 1990 y que, la administración contaba con seis meses a partir de la fecha del vencimiento del término (5 de octubre de 1990) para dar respuesta al requerimiento especial que se extendían hasta el 5 de abril de 1991, y la administración notificó la liquidación de revisión el 1o. de marzo de 1991, el *a-quo* concluyó que la actuación de la administración se ajustó a derecho.

De otro lado, considera el *a-quo* que la actora no demostró la existencia de la alegada fuerza mayor, con sus elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad relacionados con la existencia del Pacto Internacional del Café, ni que tal regulación del mercado hubiera tenido incidencia en los ingresos de la demandante, ni en qué medida se produjo para determinar la proporción en que podía rebajarse la renta presuntiva.

Con respecto al "control de precios", anota que la no existencia de un procedimiento para que se cumpla la intervención del Ministro de Hacienda, no justifica que no se haya cumplido con el requisito exigido por el artículo 50 de la ley 55 de 1985.

LA APELACION

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que la ley tributaria rige hacia el futuro y no tiene efectos retroactivos. Señaló que las declaraciones de renta y patrimonio presentadas en vigencia de la ley 9a. de 1983, se rigen por tal norma. Al respecto advirtió que en relación con las normas de carácter procedimental, su aplicación es inmediata, con la salvedad consagrada en el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

Con base en lo anterior afirmó que, como el artículo 75 de la ley 9a. de 1983 estaba vigente cuando la contribuyente presentó la declaración de renta el 15 de mayo de 1987 y, arrojaba un saldo a favor, la administración tenía un término de dos (2) años para notificar la liquidación de revisión, contados a partir de la presentación de la solicitud de devolución, y por lo tanto, como ello no ocurrió de tal témino, surgió la nulidad de la liquidación de revisión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la sociedad actora, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado alegó que como la declaración se presentó durante la vigencia de

la ley 9a. de 1983, el término para notificar la liquidación de revisión se rige por la mencionada ley 9a. de 1983.

En forma subsidiaria alegó que el artículo 50 de la ley 55 de 1985 no impone a los afectados con la medida de control de precios la obligación de solicitar la reducción de la rentabilidad, ya que la mencionada ley impone al Ministerio de Hacienda el deber de fijar la rentabilidad mínima con base en los estudios realizados para adoptar las medidas de control de precios.

El apoderado de la administración dentro de esta oportunidad procesal alegó que como la solicitud de devolución del saldo a favor fue presentada por la actora el 5 de septiembre de 1988, esto es, dentro de la vigencia del decreto 2503 de 1987, la administración actuó conforme a derecho al aplicar tal normatividad.

En relación con el aspecto de fondo estuvo de acuerdo con la decisión del *a-quo*, por no haber existido la pretendida fuerza mayor ocasionada por el Pacto Internacional del Café ni la resolución del Ministro de Hacienda pronunciándose sobre la reducción de la renta de la sociedad actora.

Por su parte, el señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación solicitó la confirmación de la fallo apelado, alegando por una parte, que como la solicitud de devolución del saldo a favor se presentó durante la vigencia del decreto 2503 de 1987, esa era la normatividad aplicable y que el artículo 40 de la ley 153 de 1887 no resultaba aplicable a la controversia, por referirse únicamente a los "procesos" judiciales o gubernativos, y por otra, que para la operancia de la reducción de la renta presuntiva se requiere de la autorización del Ministerio de Hacienda que en el caso que se estudia no se obtuvo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el recurso de apelación, dentro del *sub-lite* la Sala debe determinar si las normas procedimentales aplicables en el proceso de determinación del tributo a cargo de la demandante eran las vigentes en el momento de presentación de la declaración de renta por el año de 1986, o las que entraron en vigencia con la expedición del Decreto 2503 de 29 de diciembre de 1987, y si en consecuencia, la liquidación de revisión fue oportuna o extemporánea.

La sociedad actora presentó su denuncio rentístico por el año de 1986 el día 15 de mayo de 1987, esto es, dentro de la vigencia de la ley 9a. de 1983, que en su artículo 75 disponía:

> "La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los 2 años siguientes a la presentación de la declaración o a la de la corrección o modificación previstas en el artículo 71 de esta ley no se notifica la liquidación de revisión.

Cuando el contribuyente determine saldos a favor en su declaración tributaria, el término anterior se contará a partir de la fecha en la cual se formula la solicitud de devolución o de compensación en debida forma, ...". (Subraya la Sala).

Debe entenderse, como reiteradamente lo ha precisado la Sala, que a partir de la fecha de presentación de la declaración empieza a correr el plazo para que la Administración válidamente practique la liquidación oficial de revisión, el cual no podía verse afectado por el procedimiento que entró a regir posteriormente, en virtud de la excepción consagrada en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, conforme al cual "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

En el caso de autos, de conformidad con lo establecido en la ley 9a. de 1983, vigente en el momento en que la actuaciónse inició (con la presentación de la declaración de renta, el 15 de mayo de 1987), como la actora presentó la solicitud de devolución del saldo a favor el 5 de septiembre de 1988, los dos (2) años con que contaba la Administración para notificar la liquidación de revisión vencían en principio el 5 de septiembre de 1990, pero en virtud del requerimiento especial No. 035 de 5 de julio de 1990, el término se suspendió por el lapso de tres (3) meses (arts. 17 y 22 del Decreto 3803 de 1982), es decir hasta el 5 de octubre de 1990, fecha a partir de la cual se cuentan los dos (2) meses corridos, que le restaban a la administración para notificar válidamente el acto administrativo, esto es, el 5 de diciembre de 1990, por lo tanto, la notificación efectuada el 1o. de marzo de 1991, resultó extemporánea, porque para tal época ya se había producido la firmeza de la declaración privada.

Por las anteriores consideraciones, la Sala procederá a revocar la sentencia apelada y a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, sin que sea necesario estudiar el cargo planteado relativo a la existencia o no de una fuerza mayor que incidiera en una baja rentabilidad para efectos de la renta presuntiva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. En su lugar, declárase la nulidad de la liquidación de revisión No. 05 de 28 de febrero de 1991 y de la resolución No. 072 de 27 de junio de 1991, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales.

3. En consecuencia, confírmase la Liquidación Privada presentada por la Sociedad actora, con un impuesto de renta a cargo de DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($2.357.847), por la vigencia fiscal de 1986.

Se reconoce al doctor William Ribero Valderrama como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUANL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SENTENCIA DECLARATIVA/SENTENCIA CONDENATORIA/JUICIO CONTENCIOSO DE IMPUESTOS/CONDENA INGENERE-Inexistencia

En materia tributaria la sentencia por medio de la cual se deciden las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinan oficialmente el impuesto a cargo de los contribuyentes, no es un fallo de carácter CONDENATORIO, sino eminentemente DECLARATIVO porque fundamentalmente la sentencia se limita a establecer judicialmente el monto de la obligación, sin que la disminución que se decrete en relación con el monto determinado en la vía gubernativa, se pueda entender como una condena a cargo del Estado y que esta clase de providencias no pertenecen a las contempladas en el artículo 172 del C.C.A., (condena *in genere*) pues los pronunciamientos se efectúan en concreto. Entonces, la decisión de DECLARAR libre de impuestos y sanciones a la actora, de ningún modo podía entenderse como de naturaleza condenatoria, sino declarativa, incluso porque tampoco había petición de orden de devolución de suma alguna y por consiguiente de intereses, por lo que no se trataba de un tema que pudiera ser resuelto en incidente de regulación del fallo.

DEVOLUCION/SALDO A FAVOR/INGRESOS CORRIENTES/INTERESES MORATORIOS

La contribuyente efectuó la solicitud inicial de devolución el 9 de noviembre de 1988, la cual fue suspendida por la Administración en los términos del artículo 88, inciso 2o. del Decreto 2503 de 1987, por Auto 011 de 25 de noviembre de 1988 "hasta tanto sea resuelta definitiva-

mente y que una vez decidida por esta Corporación la situación jurídico-tributaria del impuesto sobre la renta a cargo de la actora por el año gravable de 1985, mediante la mencionada sentencia del 13 de septiembre de 1991, la contribuyente el 13 de febrero de 1992, reiteró la solicitud elevada en 1988, de reintegro del saldo a favor, más los intereses correspondientes de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 49 de 1990, por lo que debe entenderse que no fue una nueva solicitud, pues lo cierto es que se trataba de una devolución pedida en noviembre de 1988 y reiterada en febrero de 1992. Del contexto literal de la norma se deduce que cualquier pago hecho en exceso por el contribuyente en lo relativo a sus obligaciones tributarias, genera a su favor intereses corrientes y moratorios, sin que estos se causen simultáneamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5438. Actor: Unión de Arroceros S.A. Impuesto Renta. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación contra la sentencia del 31 de enero de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la sociedad UNION DE ARROCEROS S.A., contra las resoluciones números 0027 del 29 de marzo de 1992 y 00135 del 11 de agosto de 1992, de la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima, que ordenaron una devolución del impuesto sobre la renta del año de 1985 pero negaron el reconocimiento de los intereses correspondientes.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente solicitó, mediante cuenta No. 0481 del 9 de noviembre de 1988, ante la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima la devolución de la suma de $4'629.735 por concepto de saldo a favor de retenciones en la fuente por el año gravable de 1985. El 9 de noviembre de 1985, mediante Auto 011, la Administración dejó suspendida la solicitud por haberse practicado el 23 del mismo mes y año liquidación de revisión y hasta tanto se resolviera la procedencia del saldo a favor.

El 13 de septiembre de 1991, esta Corporación produjo sentencia en la cual declaró libre de impuestos y sanciones a la sociedad por el año gravable de 1985.

En febrero 13 de 1992, la sociedad reinteró la solicitud de devolución elevada el 4 de noviembre de 1988 "más los intereses corrientes de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 49 de 1990". El 27 de marzo de 1992, la Administración produjo la resolución 027, mediante la cual ordenó devolver la suma de $4'629.735, sin intereses por cuanto

la sentencia del 13 de septiembre de 1991, no los contempló. Contra dicho acto la contribuyente interpuso recurso de reconsideración, el cual fue resuelto por Resolución 0135 del 11 de agosto de 1992, con confirmación del acto recurrido.

Acudió la actora a través de apoderado judicial en demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en la cual solicitó la nulidad de los actos administrativos y a título de restablecimiento en reconocimiento de los respectivos intereses a su favor, liquidados y pagados en debida forma. Citó como disposiciones violadas los artículos 863, 864 y 683 del E.T., 84 de la Constitución Nacional; 4, 17 y 18 del Código Civil y demás normas concordantes.

Adujo que la disposición aplicable era el artículo 863 del E.T., vigente el 9 de noviembre de 1988, fecha en la cual elevó la respectiva solicitud de devolución y por tanto no podía aplicarse la Ley 49 de 1990, artículo 44.

Previa transcripción del artículo 863 del E.T., estimó que la Administración al reconocer el crédito ha debido proceder al reconocimiento y pago de los intereses pues los mismos tienen como origen una obligación dineraria y accesoria y en tal condición no pueden subsistir aisladamente de la obligación principal.

Sostuvo que mal podría decirse que satisfizo la obligación cumpliendo la sentencia de esta Corporación ya que ésta únicamente declaró una situación jurídica fiscal de la cual se derivó un saldo a favor del contribuyente. Indicó así mismo que la sentencia tuvo el carácter de declarativa y no de condena y en esas condiciones no le eran aplicables a la contribuyente las previsiones del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y 178 del C.C.A. como lo sostuvo la Administración.

Oportunamente se hizo parte en el proceso la apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima, para oponerse a las pretensiones de la demanda. Estimó que su representada no violó ninguna disposición y por el contrario dio cumplimiento estricto a la sentencia del Consejo de Estado y procedió a la devolución de la suma solicitada, sin intereses de ninguna clase, pues de un lado, la actora no los cuantificó expresamente y de otro, la sentencia no dijo nada sobre el particular. Que en consecuencia la actora ha debido acudir al trámite previsto en el artículo 308 del C.P.C., en concordancia con el 178 del C.C.A. para efecto de solicitar dentro del término de ejecutoria de la sentencia, la liquidación de la condena en concreto, que como ello no ocurrió, la actora perdió toda posibilidad de reconocimiento de intereses por parte de la Administración.

Oportunamente se hizo parte en el proceso la apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima, para oponerse a las pretensiones de la demanda. Estimó que su representada no violó ninguna disposición y por el contrario dio cumplimiento a la devolución de la suma solicitada, sin intereses de ninguna clase, pues de un lado, la actora no los cuantificó expresamente y de otro, la sentencia no dijo nada sobre el particular. Que en consecuencia la actora ha debido acudir al trámite previsto

en el artículo 308 del C.P.C., en concordancia con el 178 del C.C.A para efecto de solicitar dentro del término de ejecutoria de la sentencia, la liquidación de la condena en concreto, que como ello no ocurrió, la actora perdió toda posibilidad de reconocimiento de intereses por parte de la Administración.

Mediante sentencia del 31 de enero de 1994, el Tribunal de instancia accedió a liquidar intereses a favor de la contribuyente, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y con fundamento en sentencia de esta Corporación de fecha 18 de marzo de 1993, señaló que:

> "Como en el caso materia de estudio, se hace referencia a la devolución de una suma de dinero indebidamente consignada por el contribuyente, es viable la aplicación del artículo 178 del C.C.A. según el cual 'cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor'".

Al efecto, tuvo en cuenta la fecha de solicitud de la devolución del 9 de noviembre de 1988 y la de la Resolución 027 del 26 de marzo de 1992 que ordenó la devolución, con fundamento en el certificado expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, aplicó la fórmula de índice final por índice inicial, por valor pagado, para obtener como valor actual la suma de $10'966.631, a la cual dedujo la suma reintegrada de $4'629.745 para un resultado final de $6'336.896.52, suma que condenó a pagar a la demandada por concepto de "excedente dejado de cancelar de acuerdo con el índice de precios al consumidor de noviembre de 1988 a marzo de 1992".

APELACION

En su escrito de apelación la apoderada de la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima, mostró su desacuerdo con la sentencia del *a-quo* por cuanto corresponde al demandante señalar las bases para la liquidación de intereses con fundamento "en los artículos 308 del C.P.C. y 178 (sic) del C.C.A.", sobre los cuales insiste en que eran las disposiciones aplicables al caso *sub-júdice*.

A juicio de la recurrente demandada, el Tribunal dictó un fallo extra petita ya que no se pronunció sobre los intereses solicitados y en cambio produjo una liquidación acorde con el artículo 178 del C.C.A., que no había sido pedida por la actora. Reiteró que la sentencia proferida por esta Corporación tuvo carácter condenatorio.

Presentaron alegato de conclusión el apoderado de la actora y la representante de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El primero de los nombrados, señaló que la sentencia del 13 de septiembre de 1991 que declaró libre de impuestos y sanciones a la actora por el año gravable de 1985, tiene carácter declarativo, pues así lo expresó en su parte resolutiva y porque la misma no crea directamente una obligación económica a cargo de la Nación, sino que simplemente no se puede recaudar el impuesto determinado en la liquidación oficial discutida, que por tanto ésta no es constitutiva como pretende hacerlo entender la Administración.

Sostuvo que como la actora había solicitado la devolución el 9 de noviembre de 1988 y ésta se concretó el 28 de marzo de 1992, la Administración ha debido liquidar y pagar los intereses moratorios sin necesidad de que el contribuyente los calculara porque éste es un derecho que opera de plano conforme al artículo 863 del E.T.

Rechazó la afirmación de la Administración de que la devolución tuvo su origen en la sentencia de esta Corporación, pues ésta declaró que nunca hubo impuestos ni sanciones adicionales por el año gravable de 1985 y que "aceptar el absurdo planteamiento de la Administración es convalidar la insana práctica de que cada solicitud de devolución es contestada con una liquidación de revisión con el único fin de no reintegrar al contribuyente los saldos a favor a que tiene derecho y luego cuando se produce el fallo favorable, reintegrar lo que se ha debido devolver antes pero sin intereses ni actualización".

Por su parte, la representante de la Administración, sostuvo que el Tribunal debió someterse al tratamiento que la ley tributaria da al punto de reconocimiento de intereses consagrado en el artículo 31 del Decreto 2821 de 1979 (sic), vigente para la época de los hechos, y naturalmente sin tasar dichos intereses por corresponder esta actuación a las agencias fiscales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala en primer lugar, que en manera alguna puede afirmarse válidamente que la sentencia proferida por el Tribunal *a-quo* contenga una decisión extra petida, pues la pretensión de la demandante se encaminó a obtener la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento el reconocimiento y liquidación de los intereses a los que estimó tenía derecho. Y sobre ese aspecto, vale decir el reconocimiento de los intereses, que fue el tema planteado en la demanda, se pronunció la sentencia, independientemente de que se hubiese apartado de la liquidación propuesta por la actora, que en todo caso, arrojaba una cifra superior a la fórmula adoptada por el*a-quo*; por tanto no prospera el cargo.

De otra parte, observa la Sección que no asistió la razón a la Administración y que no tienen respaldo los motivos aducidos para negarse al reconocimiento de los respectivos intereses a favor de la actora. En efecto, manifestó la Administración que no había lugar al pago de intereses por cuanto la actuación se circunscribió a dar cumplimiento oportuno a la sentencia del Consejo de Estado, la cual no ordenó nada sobre intereses, que además correspondía a la actora, favorecida con el fallo, que entendió la Administración era de carácter condenatorio, acudir al trámite previsto en los artículos 308 del C.P.C., en concordancia con el 178 del C.C.A., para la determinación de la condena en forma concreta y por vía jurisdiccional.

Sobre este punto, una vez más, la Sala reitera su criterio de que en materia tributaria la sentencia por medio de la cual se deciden las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinan oficialmente el impuesto

a cargo de los contribuyentes, no es un fallo de carácter CONDENATORIO, sino eminentemente DECLARATIVO porque fundamentalmente la sentencia se limita a establecer judicialmente el monto de la obligación, sin que la disminución que se decrete en relación con el monto determinado en la vía gubernativa, se pueda entender como una condena a cargo del Estado y que esta clase de providencias no pertenecen a las contempladas en el artículo 172 del C.C.A., (condena in genere) pues los pronunciamientos se fectúan en concreto.

La sentencia proferida por esta Corporación el 13 de septiembre de 1991, en el juicio No. 3425, actor: UNION DE ARROCEROS S.A., en su parte RESOLUTIVA dispuso:

> "2° En su lugar y de conformidad con la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia, DECLARASE libre de impuestos y sanciones a la sociedad UNION DE ARROCEROS S.A., identificada con el Nit.: 90.700.058, por el año gravable de 1985" (fls. 11 y ss. Cdno. Ppal.).

Entonces, la decisión de DECLARAR libre de impuestos y sanciones a la actora, de ningún modo podía entenderse como de naturaleza condenatoria, sino **declarativa**, incluso porque tampoco había petición de orden de devolución de suma alguna y por consiguiente de intereses, por lo que no se trataba de un tema que pudiera ser resuelto en incidente de regulación del fallo, como erróneamente lo apreció la Administración.

Así mismo, considera la Sala que el pronunciamiento emitido por esta Corporación en el juicio 4490, del 18 de marzo de 1993, actor: Slaconia S.A., que fundó la decisión del *a-quo*, no era aplicable al caso que se resuelve, porque aquélla fue la respuesta a las pretensiones de nulidad de los actos que impusieron una multa y se planteó como **condena** la de restituir la suma cancelada a título de multa con el correspondiente ajuste en su valor, que ante la inexequibilidad del artículo 140 del C.C.A. (devolución con intereses comerciales) dispuesta por la Corte Suprema de Justicia, la Sala atendió la pretensión de restablecimiento del derecho, acorde con la acción intentada (art. 85 C.C.A.) ordenando la devolución de la suma consignada con ajuste monetario (calculado según los artículos 177 y 178 del C.C.A.), como la forma justa de restituir las cosas a su estado inicial.

Pero en el asunto que ocupa la atención de la Sala, la providencia dictada por la Sección el 13 de septiembre de 1991, como se precisó antes, no tuvo carácter condenatorio y tampoco se planteó en las pretensiones la devolución y menos aún, causación de intereses o ajuste, ya que se limitó el petitum al valor del impuesto por el año discutido, esto es, de 1985, en consonancia con éste la sentencia declaró libre de impuestos y sanciones a la actora.

Ahora bien, la ley tributaria consagra un tratamiento especial para el tema de reconocimiento de intereses sobre los pagos en exceso efectuados por los contribuyentes en relación con sus obligaciones tributarias, por ello le asiste la razón a la apoderada de

la Administración, que en el escrito de conclusión alega esta situación como solución al asunto debatido.

En relación con la disposición aplicable al caso *sub-lite*, observa la Sala que la contribuyente efectuó la solicitud inicial de devolución el 9 de noviembre de 1988, la cual fue suspendida por la Administración en los términos del artículo 88, inciso 2° del Decreto 2503 de 1987, por Auto 011 del 25 de noviembre de 1988 "hasta tanto sea resuelta definitivamente sobre (sic) la procedencia del saldo a favor" (fl. 34 Cdno. Ant.), y que una vez decidida por esta Corporación la situación jurídico-tributaria del impuesto sobre la renta a cargo de la actora por el año gravable de 1985, mediante la mencionada sentencia del 13 de septiembre de 1991, la contribuyente el 13 de febrero de 1992, reiteró la solicitud elevada en 1988, de reintegro del saldo a favor, más los intereses correspondientes de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 49 de 1990, por lo que debe entenderse que no fue una **nueva** solicitud, pues lo cierto es que se trataba de una **devolución pedida en noviembre de 1988** y reiterada en febrero de 1992.

En esas condiciones, la disposición aplicable en materia de intereses no era la Ley 49 de 1990, pues ésta previó en su artículo 44, inciso final, que "lo dispuesto en este artículo sólo se aplicará a las solicitudes de devolución que se presenten a partir de la vigencia de esta ley", como tampoco lo era el artículo 97 del Decreto 2503 del 29 de diciembre de 1987, (incorporado en el artículo 863 del E.T.), por cuanto para noviembre de 1988, ya había sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de julio de 1988; por tanto, la disposición aplicable era el artículo 31 del Decreto 2821 de 1974, vigente para esa época, el cual preceptuaba:

> "Cuando por pagos hechos en exceso por el contribuyente, en lo relativo a sus obligaciones tributarias, resultare un crédito a favor suyo, se le devolverá el exceso y se le pagarán intereses corrientes e intereses moratorios.
>
> Los intereses a cargo del fisco correrán desde cuando se cuasen y hasta la ejecutoria de la providencia que ordene devolver el saldo crédito al contribuyente.
>
> Los intereses corrientes se causarán desde el momento en que, hechas las imputaciones legales y las compensaciones a que hubiere lugar, resultare un saldo crédito. En los casos de retención y de incremento, estos intereses se causarán desde el 1° de julio del año siguiente al gravable.
>
> Los intereses moratorios a cargo del fisco se causarán a partir del mes siguiente de la solicitud escrita de devolución hecha por el contribuyente (a la misma tasa de los intereses corrientes)".

Del contexto literal de la norma se deduce que cualquier pago hecho en exceso por el contribuyente en lo relativo a sus obligaciones tributarias, genera a su favor intereses corrientes y moratorios, sin que estos se causen simultáneamente; igualmente señala la época de causación, tanto para los corrientes, como para los moratorios, previniendo

que los primeros se causan, en el caso de retención que ocupa la atención de la Sala, desde el 1° de julio del año siguiente al gravable y los segundos a partir del mes siguiente de la solicitud escrita de devolución hecha por el contribuyente.

Conforme a lo expuesto, la sentencia del Tribunal deberá ser reformada en el sentido de que la Administración debe reconocer a la actora intereses sobre la devolución solicitada, liquidados a la tasa corriente desde el 1° de julio de 1986, hasta el 9 de noviembre de 1988 y moratorios (también a la tasa de los corrientes) desde el 9 de diciembre de 1988 (mes siguiente a la solicitud de devolución), sin perjuicio de los que pudieren causarse con posterioridad a esta sentencia en la forma que prevé el artículo 177 del C.C.A.

La anterior liquidación deberá ser efectuada por la entidad administrativa a quien corresponde cancelarlos, en virtud de que ésta es competente para su liquidación, a lo cual debe proceder conforme a lo expuesto en esta providencia, y sin rebasar el límite de $6'336.896.52 consignados en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, objeto de este recurso, por no haber sido materia de apelación por parte de la demandante, quien aceptó tal límite "aunque esta decisión no cubre la totalidad de los intereses reclamados", y en aplicación del artículo 357 del C.P.C. (modificado por el Decreto 2282 de 1989) sobre la *reformatio in pejus,* ya que no puede serle más desfavorable la situación a la apelante, en este caso, la Administración.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1° REVOCASE la sentencia apelada.

2° ORDENASE a la Administración de Impuestos Nacionales del Tolima, reconocer intereses corrientes y moratorios a la sociedad UNION DE ARROCEROS S.A., sobre la suam de $4'629.735, que serán tasados conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y sin que excedan de $6'336.896.52 M/CTE.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

FALSA MOTIVACION

Se observa que en sus consideraciones, expuestas en siete numerales, se indican, además de la facultad legal con que obra la Superintendencia Bancaria, las circunstancias de hecho y orden legal que motivaron la voluntad de la Administración para imponer la sanción, es decir, se indica claramente la causa o motivo de la sanción, que no fue otra que el hecho de no haber acatado la actora, no solo las normas (Circular 049 de 1991) que determinan la forma y parámetros a que debía ajustarse en sus pautas publicitarias, sino el haber publicado tal propaganda, en periódicos de circulación nacional, con posterioridad a la orden de suspensión dada por la Superintendencia Bancaria. Entonces no puede alegarse que no existió el motivo para la sanción, ni que el motivo expuesto por la Administración al sancionar no fuera el verdadero.

SANCION A ENTIDAD VIGILADA/SUPERINTENDENCIA BANCARIA/ LEY

Entonces si la sociedad actora contravino al mandato legal que le ordenaba ajustar su programa publicitario a las normas vigentes y a la realidad jurídica y económica del servicio promovido observando las instrucciones de la Superintendencia Bancaria, no puede alegar que no existió contravención, ni que tal hecho no tenga sanción legal, por el contratio desde el Decreto 1939 de 1986 la ley faculta a la Superintendencia Bancaria para imponer las sanciones a las entidades vigiladas, a sus directores, revisor fiscal o empleados de las mismas por infracción a las leyes, los estatutos o a cualquier otra norma de carácter

legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria. No puede admitirse bajo ningún punto de vista el cuestionamiento del apelante en el sentido de que todas las sanciones deben ser establecidas únicamente por ley expedida por el Congreso, porque es la ley en sentido material, también aquella que sin ser expedida por el Congreso regula de manera general una conducta, sus contravenciones y sanciones. Siendo su observancia de obligatorio cumplimiento, mientras no sea retirada del ordenamiento jurídico.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS-Obligaciones

El hecho de señalar o dar a entender por cualquier medio que COLFOLDOS contaba con el respaldo del Banco Comercial Antioqueño, cuando únicamente había accedido a una red de servicios de pagos de la misma entidad ciertamente desfiguraba la verdad de hacer creer al público a quien se dirigía la campaña, que existía participación accionaria, o financiera que generaba responsabilidad de esta entidad conjuntamente con el Fondo para con terceros. Así mismo la frase "flexibilidad en la remuneración", era ambigua y equívoca e inducía a error: Si COLFONDOS se refería al tipo de flexibilidad, en las condiciones que alega, tal característica era común a todas las cesantías y por ende a todos los Fondos Administradores de las mismas y entonces no era procedente utilizar como exclusiva una circunstancia que caracterizaba por igual a las demás sociedades de su tipo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5428. Actor: Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. "COLFONDOS". Autoridades Nacionales. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de diciembre de 1993, por medio de la cual decidió negar las pretensiones de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. "COLFONDOS", contra el acto administrativo mediante el cual la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria por inobservancia de las instrucciones contenidas en la Circular Externa 049 de 1991, en concordancia con el artículo 5o. de la Circular Externa 060 de 1991.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria (Superintendente Delegado para Servicios Financieros), en uso de sus atribuciones legales y en especial las que le concede el literal f) del artículo 4.1.1.0.2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (antes artículo 3o. del Decreto 1033 de 1991) y tomando en cuenta que la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. "COLFONDOS" no cumplió con los presupuestos a que estaba obligada conforme con la Circular Externa 049 de 1991, para desarrollar sus programas publicitarios, pues incluyó aseveraciones equivocadas, ambiguas, o que no se ajustaban a la realidad, previa solicitud de las explicaciones de rigor, sancionó, con fundamento en los dispuesto por el artículo 1.7.2.1.1 *ibídem,* en concordancia con el Decreto 2920 de 1982, mediente la Resolución 1582 del 30 de abril de 1992 a la COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A. "COLFONDOS", y mediante la resolución 1583 de la misma fecha a su representante legal Juan Guillermo Lalinde Roldán.

Contra dichas Resoluciones la sociedad y Juan Guillermo Lalinde Roldán interpusieron recurso de reposición ante la Superintendencia Bancaria, alegando que las resoluciones sancionatorias eran ilegales y arbitrarias porque:

1.- La Circular Externa 049 de 1991 no tenía el carácter de norma legal en el sentido que la define el artículo 4o. del Código Civil.

2.- Se desconoce el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia; no se dió aplicación a la norma más permisiva o favorable, y se aplicó en cambio la responsabilidad objetiva contra el mandato de ley incurriendo en violación de los artículos 4o. y 29 de la Constitución Nacional y 375 del Código Penal.

3.- Se expidieron los actos con falta de competencia, pues ésta radica en el Superintendente Bancario y no en el Superintendente Delegado.

Los recursos de reposición fueron resueltos por la Superintendencia Bancaria mediante las Resoluciones 2960 y 2961, ambas del 24 de julio de 1992, respectivamente, con confirmación de los actos administrativos recurridos.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acudieron la sociedad y su gerente para demandar la nulidad de los actos sancionatorios por configurarse en estos:

1.- La falsa motivación, al aducir como causación "la sistemática transgresión de los parámetros señalados en el antes citado instructivo (Circular Externa 049 de 1991), cargo que es inexacto porque del contexto de las comunicaciones cruzadas entre la Superintendencia Bancaria y COLFONDOS, se deduce la forma inmediata y sin reparo alguno como COLFONDOS procedió a cumplir la orden de suspender aquellos apartes de la propaganda que la entidad oficial consideró contrarios a su circular.

2.- La casuística y anfibioligía de la Circular 049 de 1991, pues a su juicio el parámetro de los valores protegidos y propugnados: "veracidad ante el público", "el empleo de medios veraces y legítimos en la propaganda" para alcanzar "la confianza y seguridad del público", no quedaron plasmados como "precepto claramente establecido" en la Circular 49, pues allí se enuncia de manera vaga, contradictoria, anfibiológica y por lo tanto oscura e inprecisa.

3.- No probó la Superintendencia Bancaria ni que los hechos y frases utilizados en al propaganda eran falsos, ni que con hechos falsos "COLFONDOS" tenía la intención de engañar al público.

4.- No observó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues éste no se limita a la "*audita partem*", sino que exige que, quien lo oiga y juzgue sea el funconario que de acuerdo con la ley posee competencia específica y expresa para hacer comparecer a ese administrado y adelantar el proceso investigativo correspondiente, sin que sea aceptable el infundio de confundir la competencia principal o decisoria, atribuida exclusivamente al Superintendente Bancario, con la competencia auxiliar que la ley concede a los Superintendentes Delegados.

5.- Se violaron los principios rectores consagrados en el artículo 375 del Código Penal, con evidente violación del artículo 4o. de la Constitución Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

EL Tribunal negó las súplicas de la demanda al considerar que:

1.- No prosperaba el cargo de falsa motivación expuesto en la demanda, porque examinado el contexto de las comunicaciones cruzadas entre la Superintendencia Bancaria y COLFONDOS, se observaba en primer término, que cuando la Sociedad demandante recibió los requerimientos de la Superintendencia Bancaria sobre la suspensión de la publicidad, que esa entidad de vigilancia consideró que no se ajustaban a los parámetros de la Circular Externa 049 de 1991, contenidos en los oficios 92001664-3 y 92004800-0, de fechas 29 y 31 de enero de 1992, procedió a impartir instrucciones a la Agencia de publicidad, pues aparte de que así lo indica en las respuestas que le dirigió a la Superientendencia el 31 de enero y el 2 de febrero de 1992, en el expediente obran fotocopias de la comunicación que efectivamente le dirigió el Supervisor de Cuentas de Atlas Thompson Publicidad con fecha 31 de enero de 1992 (folios 102 y 223). Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en definitiva, a pesar de las órdenes de suspensión de la publicidad impartidas por la sociedad demandante, con posterioridad a los requerimientos dados por la Superintendencia Bancaria, apareció publicado el día 7 de febrero de 1992 un aviso en el periódico El Tiempo, en el cual figura la frase "COLFONDOS es respaldado, entre otros por Bancoquia", y en esta forma, al incluir en su publicidad el respaldo de otras entidades, no sólo contravino la prohibición contenida en el literal e) del subnumeral 1.1 de la Circular Externa 049 de 1991 de la Superintendencia Bancaria, sino que actuó con negligencia para dar cumplimiento a la

orden impartida por la entidad de vigilancia para que suspendiera tal publicidad y en definitiva, continuo con la publicidad prohibida con posterioridad a los requerimientos de la entidad de vigilancia y control.

Si bien era cierto que la Superintendencia Bancaria incurrió en imprecisión, porque en sus anuncion COLFONDOS no utilizó exactamente la frase "COLFONDOS es respaldado, entre otros, por Bancoquia" tal circunstancia no configuraba falsa motivación, porque la sociedad si utilizó como se deduce de los oficios enviados por la Superintendencia Bancaria, tanto en sus folletos, como en su propaganda radial, frases atinentes al respaldo con que contaba la Sociedad Administradora de Compañías del Sector Financiero e Industrial entre otros, el Banco Comercial Antioqueño, así mismo utilizó el logotipo del mismo Banco, sin precisar su razón de ser, induciendo al público en error.

2.- No prospera el argumento de que el parámetro consagrado en el subnumeral 1.1 de la Circular 049 de 1991 no era "un concepto claramente establecido porque tal disposición sí contenía expresamente la prohibición dirigida a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria" de presentar o apoyar la solidez de los servicios o productos en aspectos ajenos al verdadero sustento técnico, jurídico o económico de la publicidad.

Si bien es cierto, la ley no define el concepto de imagen institucional, ello no significa que no se puede establecer, pues en ese caso se debe acudir a las reglas de interpretación de la ley para señalar su alcance. Así, resulta válido el planteamiento expuesto por la apoderada de la Nación en el alegato de conclusión, en el sentido de que para desentrañar el concepto implícito en la mencionada frase se debe acudir al Diccionario de la Real Academia Española, pues de esa manera se tiene en cuenta el uso general de las palabras. Y en esta forma se verifica que imagen se define como "Figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa", institucional como lo relativo o pertinente a la Institución, e institución la define el Diccionario en su primera acepción como "establecimiento o fundación de una cosa", y en la segunda, como "Cosa establecida o fundada".

3.- No existió abrupta modificación de los trámites adoptados por la Superintendencia Bancaria al sustituir la secuencia "orden-obedecimiento" por la forma "solicitud de explicaciones-castigo" con violación de los principios de la buena fe y del debido proceso, pues el hecho de que inicialmente la entidad vigilante hubiere impartido órdenes a la sociedad actora, no exigía que sucesivamente se continuase con la misma práctica por cuanto ni la Circular 49 de 1991, ni ninguna otra norma, exigía como requisito para la solicitud de explicaciones, que previamente se impartiera por la Superientendencia Bancaria la orden de suspensión de la publicidad que no se ciñera a las instrucciones impartidas en dicha circular. Y de otra parte, en el caso concreto dichas explicaciones se formularon en razón a que, no obstante haber recibido la orden en tal sentido, continuó la sociedad con tal práctica.

4.- Tampoco prosperaba el cargo de falta de pruebas, porque aún cuando era cierto que la Superintendencia Bancaria afirma con respecto a una de las frases contenidas

en la publicidad de COLFONDOS, que éstas inducen a error al público, para llegar a tal conclusión no era necesario que se hubiera allegado la prueba de que los hechos contenidos en las expresiones o en las frases, resultaban falsos por cuanto, aún siendo ciertos los hechos, ello no descarta la posibilidad de que se induzca en error al público.

5.- No hubo violación del debido proceso, por falta de competencia del Superintendente Delegado para Servicios Financieros para adelantar el proceso administrativo, y para dictar el acto definitivo, ni del Directos General de Servicios Financieros, para actuar total o parcialmente en el proceso, porque en forma expresa el literal F) del artículo 4.1.4.0.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, le atribuía competencia a dicho funcionario así como a los Superintendentes Delegados para establecimientos de crédito y para Seguros de Capitalización, para ejercer, entre otras atribuciones la de "aplicar las sanciones y medidas a que haya lugar conforme a la ley".

Facultad que se cumplió conforme a lo ordenado, por cuanto la Superientendencia Bancaria impuso la sanción por una falta consagrada en la ley (Circular 049 de 1991) mediante el procedimiento y competencia señalado en la misma (numeral 22 del artículo 4.1.1.0.3 del Estatuto Financiero).

También tenía competencia el Director General de Servicios Financieros, para solicitar explicaciones, porque si bien ninguna norma se la asignaba en forma expresa, aquella surgía del conjunto de las atribuciones que le asigna el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 1730 de 1991 artículo 4.1.6.0.2).

6.- No existió violación de los principios rectores contenidos en los artículos 375, 1o, 2o, 3o, 4o y 5o del Código Penal, porque tales principios no eran aplicables a las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones a las entidades financieras, en consideración a las finalidades perseguidas por uno y otro ordenamiento jurídico, como claramente lo había expresado la jurisprudencia.

LA APELACION

El apoderado de la actora al sustentar el recurso de apelación acusa al Juez de primera instancia de:

1.- Omitir el examen de los hechos dentro de su secuencia cronológica, lo cual demuestra que se sancionó por una falta que aún no se había cometido.

2.- Inventa el *a-quo* la falta de diligencia en el obedecimiento de la orden impartida por la Superintendencia Bancaria, agregando así un cargo adicional que ni siquiera había sido aducido por la Administración al sancionar.

3.- No da por demostrada, estándolo hasta la saciedad, la falsa motivación de los actos sancionatorios.

4.- No analizó a fondo la vaguedad, inconsistencia y atipicidad de la instructiva 49 (según la nomenclatura jurídica inventada "*ad propprium usum*") sin base en la ley por la Superintendencia Bancaria.

5.- Refrenda el subjetivismo que en materia penal emplea la Superintendencia Bancaria al dar aplicación punitiva a su instructiva.

6.- Sin razones sólidas que apoyen su conclusión da por "precepto claramente establecido" una prohibición o mejor una serie de sugestiones y referencias, que carecen del rigor y concisión del lenguaje jurídico.

7.- Confunde la facultad de imponer las sanciones con la facultad de establecerlas, porque ésta última sólo corresponde a la ley.

8.- Califica de debido proceso a una tramitación en que se cambian las reglas de juego, se suceden los agentes de sustentación y decisión, sin que aparezca auto de trámite que ordene o explique tal cambio, que culmina en una sanción intempestiva cuando se esperaba, una orden de censura publicitaria que COLFONDOS habría obedecido, máxime frente a una "Instructiva" de contenido arrevesado que ni siquiera entienden su autores, ni la apoderada de la Superintendencia, ni el Tribunal fallador, ni nadie. Y que como si fuera poco, para colmar la secuela de arbitrariedades, impone una onerosa pena pecuniaria sin que exista ley formal o material que le hubiere atribuido el carácter de hecho punible (delito o contravención), a la conducta penada. El "*nullum crimen nulla poena sine lege*" es principio que también obra en el derecho penal administrativo respecto de las contravenciones establecidas por la ley y cometidas en dicho campo.

9.- Considera que "lo transcendental es que la sanción se imponga previa solicitud de explicaciones por parte de la Superintendencia Bancaria", supuesto en que va implícita "como petición de principio" la violación del debido proceso, pues deja de considerar precisamente el cumplimiento de las etapas de la ley, la competencia de los agentes investigador y sancionador y sobre todo el hecho de si la contravención ha sido o no establecida por "reserva de ley".

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión el apoderado de los actores, luego del recuento de los hechos de la demanda y de reiterar los argumentos expuestos sobre la violación el ordenamiento superior, centra sus objeciones contra la sentencia en la idea equivocada de suponer que la punición en el campo administrativo es una especie de "comarca aparte", de región impenetrable o vedada a los principios que rigen tanto el debido proceso como a las reglas básicas del derecho penal, de rigurosa observancia en todos los países civilizados del mundo. Insiste en la aplicación extensiva del Código Penal conforme con lo señalado en el artículo 375 de tal ordenamiento jurídico, tema sobre el cual expone sus conceptos.

Acusa el fallo de ilegal por no haber dado aplicación a tales principios, y especialmente, por no admitir la violación del debido proceso, la incompetencia del funcionario que profirió el acto sancionatorio, pero sobre todo, la falta de tipicidad de la conducta erigida en pretendida controvención, que genera la nulidad del acto sancionatorio como lo ha precisado el Consejo de Estado en copiosa jurisprudencia.

Insiste en la ambigüedad del instructivo de la Superintendencia Bancaria y estima que no es acertado el *a-quo*, cuando encuentra descripción transparente e inconfundible en la frase "presentar o apoyar la solidez de los servicios o productos en aspectos ejenos al verdadero sustento técnico, jurídico o económico de la publicidad", y su relación simple y llana con los ejemplos siguientes: "filial de tal grupo", del "conglomerado tal", "el respaldo de los mayores accionistas" etc., cuando precisamente estos ejemplos son los que ofrecen un abrupto antagonismo con el encabezamiento del numeral.

Finalmente acusa al Tribunal de no haberse pronunciado sobre lo que, con fuertes epítetos, califica como lacras del instructivo, pero sí de adoptar sin mayor análisis los argumentos de la demandada.

La entidad demandada al alegar de conclusión solicita la confirmación de la sentencia apelada, y luego del recuento cronológico de la actuación de la actora y de la Administración en el proceso gubernativo, motivada ésta última por la conducta de la primera, señala que la publicación hecha el día 7 de febrero de 1991, efectuada en el Diario El Tiempo en la que COLFONDOS informaba que era respaldado entre otros por "Bancoquia", era la misma que publicó el 30 de enero de 1991 en los diarios el "Heraldo" y el "Colombiano". Es decir, cuando había transcurrido tiempo suficiente, después de que COLFONDOS hubiera recibido dos órdenes de suspender dicha publicidad por parte de la Superintendencia Bancaria y de que hubiese dado dos respuestas en las cuales decía que acataba las instrucciones recibidas, y que para tal efecto había repartido órdenes a su agencia publicitaria de suspender toda la publicidad hasta tanto no se adecuara a los requerimientos de la Superintendencia Bancaria. Publicación del 7 de febrero de 1991, que constituye un hecho notorio con el cual se materializó la contravención.

Reitera que no hubo violación del debido proceso, ni del principio de legalidad pero la conducta contravencional existió, no fue desvirtuada o justificada por la sociedad, se observó el derecho de defensa al exigir las explicaciones, se evaluaron las infracciones, la sanción se aplicó por la Superintendencia Bancaria en ejercicio de la facultad legal consagrada en el numeral 14 del artículo 4.1.1.0.3 del Decreto 1703 de 1991, entonces vigente, atendiendo al desacato de la sancionada a la Circular 049 de 1991, expedida con fundamento en el numeral 22 del artículo 4.1.1.0.3, y por cuya observancia debía velar la entidad vigilante, atendiendo primordialmente a la circunstancia de que su actividad es reglada y en tal virtud no podía la Superintendencia dejar de aplicar las normas que conllevaron a la imposición de la sanción a los demandantes.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Séptimo Delegado ante la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece revocarse y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda, a su juicio prospera el cargo de violación del debido proceso porque:

Es incuestionable que uno de los principios que estructuran tanto en materia penal como en administrativa, el denominado debido proceso, es el de que a nadie se le puede sancionar por hechos que no estén descritos por la ley como faltas sujetas a una determinada sanción.

Si bien el artículo 329 literal f) del Decreto 329 de 1993 faculta a los Superintendentes Delegados para Establecimientos de Crédito y Seguros y Capitalización para imponer sanciones conforme a la ley, esta disposición indica que para ejercer esa atribución, de una parte, se requiere que efectivamente se trate de un caso en el cual se configure una falta que por disposición legal conlleve a determinada sanción, y, de otra, que se siga el procedimiento señalado igualmente en la ley.

Supuestos que no se cumplen porque el artículo 4.1.1.0.3 numeral 14 del Decreto 1730 de 1991, establece que la Superintendencia Bancaria, para desarrollar los objetivos previstos en el artículo 4.1.1.0.1, del mismo estatuto tendrá, entre otras, la función de instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplir las disposiciones legales que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Es indudable que este precepto no faculta a la Superintendencia para que ordene a las instituciones vigiladas que cumplan o interpreten la ley en el sentido en que la Superintendencia lo estime conveniente, sino para que instruya u oriente a esas mismas entidades sobre la manera como éstas deben, libremente, acatar la ley. Las entidades tienen cierta forma interpretativa y la Superintendencia no puede imponerles de manera obligatoria a los establecimientos sometidos a su vigilancia sus propios criterios de interpretación, cuando aquellas consideren que la racional, adecuada y jurídica es la que ellas adopten.

El artículo 1.7.2.1.1. *ibídem*, también faculta a la Superintendencia para imponer a las instituciones vigiladas y a sus administradores o representantes legales las multas que allí se señalan cuando estos "violen una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a la que deban estar sometidos".

Precepto que establece, una contravención y la sanción correspondiente. La contravención que crea es la violación de una norma del estatuto o reglamento de la institución vigilada, o de cualquier otra norma legal a la que ésta debe estar sometida.

Pero en este asunto, los demandantes realmente fueron sancionados por no acatar las sugerencias de la Circular Externa 049 de 1991. Acto que realmente no impone

obligaciones a las entidades vigiladas sino que les imparte instrucciones. Precisamente allí se dice que la Superintendencia "se permite instruir a las entidades vigiladas respecto de los presupuestos que deben cumplir para desarrollar sus programas publicitarios". Entonces si esa Circular no impone obligaciones, es claro que COLFONDOS no estaba indefectiblemente sometido a la rigidez de esas directrices y podía apartarse de sus orientaciones y en estas condiciones también es claro que el hecho de que COLFONDOS no se haya sujetado plenamente a esas instrucciones no encuadra dentro de las previsiones del artículo 1.7.2.1.1.

Alega que si bien es cierto que el artículo 3o., numeral 6o. del Decreto 1033 de 1991 dispone que el Superintendente podrá autorizar, con carácter general o individual, los programas publicitarios de las instituciones vigiladas, con el fin de que se ajusten a las normas vigentes, a la realidad jurídica y económica del servicio promovido y para prevenir la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal, debe tenerse en cuenta que ese precepto, hay que armonizarlo con el artículo 4.1.1.0.3 numeral 14 del Decreto 1730 de 1991 y que aquél, al expresar que la Superintendencia podrá autorizar los programas publicitarios, no está facultado a este organismo para que con carácter obligatorio establezca reglas procedimentales en materia publicitaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el orden planteado examina la Sala los cargos que a la sentencia apelada formula el actor ante el hecho de haber negado el *a-quo* las súplicas de la demanda.

1.- Se sancionó por una infracción que aún no se había cometido

El 2 de agosto de 1991 la Superintendencia Bancaria expidió la Circular 049 de 1991, mediante la cual impartió instrucciones a observar o presupuestos que se debían cumplir, en el manejo de programas publicitarios por parte de las entidades vigiladas. A tal efecto el numeral 1.1 exigió que tanto la imagen institucional proyectada como las características jurídicas, económicas y financieras de los productos o servicios ofrecidos (productos o servicios que se pretendan promover) fueran ciertas y comprobables y que en ningún momento tales características podían estar en desacuerdo con las realidades antes mencionadas. Prohibió en consecuencia cualquier práctica publicitaria, que:

a) Indujera a error al público con relación a la extensión o cobertura de los servicios ofrecidos. Para dar mayor comprensión dio como ejemplo, el proyectar una imagen sobrevalorada del número de cajeros automáticos, puntos de servicio u oficinas.

b) Ponderar el producto de tal manera que sus bondades o características resultaran ajenas a la realidad (carezcan de sustento en la realidad), como sería por ejemplo: que se exprese o insinúe, sin que sea así, que se cuenta con cajeros automáticos en línea o con servicio en línea entre ciudades, servicio electrónico de consignaciones, etc.

c) Ofrecer condiciones o cobertura de seguros más allá de las contenidas expresamente en las pólizas respectivas, en los títulos de capitalización, etc.

d) Apropiarse la entidad o publicar como suyas, políticas, productos o servicios que han sido normados o reglamentados por el Gobierno Nacional, sin citar en la publicidad respectiva su origen o fuente legal correspondiente.

e) **Presentar o apoyar la solidez de los servicios o productos en aspectos ajenos al verdadero sustento técnico jurídico o económico de la publicidad, como sucedería con afirmaciones tales como "filial del grupo tal", "conglomerado X", "contamos con el respaldo de los mayores accionistas", etc..."**

Esta circular, de acuerdo con instrucción expresa contenida en el numeral 5o. de la Circular Externa 060 de 1991, era aplicable a las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones.

La Superintendencia Bancaria, según expresa el oficio 92001664-3 del 29 de enero de 1992 (Exp. 97 cdno. ppal.) observó que:

> "Tanto en el folleto como en algunos textos de la publicidad radial, así como en la publicidad televisiva, se afirma que la sociedad administradora cuenta con el respaldo de compañías del sector financiero e industrial, tales como: Colseguros, Banco Comercial Antioqueño, Bavaria, Cervecería Unión, Cervecería del Litoral, entre otras, lo cual se entiende como una práctica prohibida, de conformidad con lo dispuesto por el literal e), del subnumeral 1.1, de la Circular Externa No. 049 de 1991 expedida por esta Superintendencia, como quiera que tales afirmaciones apoyan la solidez de los servicios en aspectos ajenos al verdadero sustento técnico, jurídico o económico de la publicidad.
>
> "Adicionalmente, en el volante titulado "Cesantías: una intervención de mucho fondo", aparece el logotipo del Banco Comercial Antioqueño, sin que precise su razón de ser, lo que induce a error al público en cuanto a la participación de dicha entidad en la actividad o en la composición accionaria de "COLFONDOS".
>
> En consecuencia, deberán suspender la publicidad aludida, hasta tanto se introduzcan las modificaciones correspondientes, de acuerdo con las observaciones anteriores".

Posteriormente, en el oficio 2004800 del 31 del mismo mes y año reitera:

> "En relación con el aviso publicitario publicado el día 29 de enero de 1992 en el periódico "El Tiempo", me permito manifestarle que tal aviso no se ajusta a los parámetros establecidos en la Circular Externa No. 049 de 1991 subnumeral 1.1, expedida por esta Superintendencia, toda vez que en él aparece el logotipo del Banco Comercial Antioqueño, sin que se precise su razón de ser, lo que induce

a error al público, y le genera confusión con respecto a la participación de dicha entidad en la actividad o en la composición accionaria de "Colfondos".

"En consencuencia, deberán suspender la publicidad aludida, hasta tanto se introduzca las modificaciones correspondientes, de acuerdo con las observaciones anteriores".

El 21 de febrero de 1993 la Superintendencia Bancaria, mediante el oficio 92008943-0, reitera a la actora que el documento que integra la "publicidad conjunta" que ha desarrollado COLFONDOS con Bancoquia para su promoción, no se ajusta a los parámetros señalados por la Circular Externa 049 de 1991, y le señala como la utilización de la frase "respaldado por Bancoquia", inducía a error al público acerca de la participación de esta entidad en la actividad o en la composición accionaria de COLFONDOS, expresiones que aún en el evento de tratarse de accionistas de la administradora estaban prohibidas por el literal e) subnumeral 1.1 de la mencionada circular.

El ofrecimiento de un seguro gratis hasta por un $1.000.000, sin indicar el nombre de la compañía que ofrece y otorga tal seguro, inducía al público en error acerca de la capacidad legal de la sociedad y contradecía lo dispuesto en el subnumeral 1.1, pues se encuentra en desacuerdo con la realidad jurídica y técnica de la entidad.

Las ventajas que ofrecía COLFONDOS, incluidas dentro del folleto explicativo de "QUE ES COLFONDOS", señalando la flexibilidad de remuneración y la posibilidad de invertir como accionistas de las S.A.F.C. (Sociedad Administradoras de Fondos de Cesantías), así como lo señalado en el numeral 4.4 del mismo folleto, denominado servicios, también vulneraban lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 2576 de 1991.

Según lo expone la demandada en el proceso, aseveración que en ningún momento desvirtúa la actora, ésta, a pesar de haber sido vetada la campaña de promoción de COLFONDOS por la Superintendencia Bancaria en el mes de enero de 1992, (oficios Nos. 920016664-3 del 29 de enero de 1992 y 92004800-0), el 7 de febrero de 1992, publicó en la página 9.C del Diario El Tiempo un aviso en el cual se lee nuevamente la frase suspendida, es decir que 9 días después de la orden de suspensión de tal propaganda la actora continuó contraviniendo lo dispuesto en la Circular 049 de 1991.

Estima la Sala que el hecho de señalar o dar a entender por cualquier medio que COLFONDOS contaba con el respaldo del Banco Comercial Antioqueño, cuando únicamente había accedido a una red de servicios de pagos de la misma entidad ciertamente desfiguraba la verdad de hacer creer al público a quien se dirigía la campaña, que existía participación accionaria, o financiera que generaba responsabilidad de esta entidad conjuntamente con el Fondo para con terceros.

Así mismo la frase "flexibilidad en la remuneración", era ambigua y equívoca e inducía a error:

Si COLFONDOS se refería al tipo de flexibilidad, en las condiciones que alega, tal característica era común a todas las cesantías y por ende a todos los Fondos Administradores de las mismas y entonces no era procedente utilizar como exclusiva una circunstancia que caracterizaba por igual a las demás sociedades de su tipo.

No puede alegar la actora que no existió la conducta censurada, menos aún cuando, como lo advierte la propia Superintendencia Bancaria, a pesar de las órdenes impartidas con posterioridad, el 7 de febrero de 1992 página 7.C "El Tiempo" y, 11 de febrero página 10 "El Espectador" publicó avisos en los cuales se leen las frases que había ordenado la Superintendencia Bancaria retirar de la propaganda, por no corresponder a la verdad o inducir a error, es decir la actora continuó contraviniendo lo dispuesto en la Circular 049.

También el hecho de señalar o de dar a entender por cualquier medio, a través de palabras, signos o símbolos que COLFONDOS contaba con el respaldo de otra entidad del sector financiero (Bancoquia) cuando en realidad sólo va a utilizar su red de servicios, sí desfiguró la realidad económica de la Empresa, pues hacía creer que existía participación accionaria, económica, o financiera de esas entidades, comprometiendo su responsabilidad, hecho este que no era cierto, pues con lo único que contaba era con sus puntos de pago.

Cuando en la campaña publicitaria, utiliza la frase "flexibilidad en la remuneración", da a entender que tiene facultad para pagar mayo remuneración a los usuarios, y no que tal frase comprenda como lo expresó la socidad que "en el nuevo sistema, en la medida que se elimina el factor de distorsión que es la retroactividad, de las cesantías los trabajadores además de una mayor estabilidad tendrían la posibilidad de obtener una remuneración acorde con su productividad y rendimiento independiente de su antigüedad" (Folio 108 cdno. ppal.) Explicación que de por sí confirma la ambigüedad de la campaña y la utilización de términos equívocos que inducían a error.

Igualmente la aseveración en el anuncio de la existencia de más de 150 oficinas, cuando se refería a la red que utilizaría a través de las compañías de seguros y Bancoquia, también se prestó a equívocos; primero porque las compañías de seguros no podían servir de red, y en segundo lugar, porque la red de servicio no era de la actora sino de Bancoquia.

En similar irregularidad e impresición equívoca incurre la propaganda al anunciar un "seguro de vida gratis" hasta por $1.000.000, sin indicar el nombre de la aseguradora que ofrece y otorga tal seguro (que permita analizar su autorización por la Superintendencia Bancaria), pues induce al público en error acerca de la capacidad legal de la sociedad en este sentido, y contraviene la realidad jurídica y técnica de la sociedad.

De esta manera no puede alegar la sociedad que no cometió el hecho infractor, pues no sólo contravino en sus anuncios las directrices sobre propaganda contenidas en la Circular 049, sino que desacató la orden dada por la Superintendencia Bancaria de suspender inmediatamente tales anuncios.

2.- La conducta de la actora

No resulta suficiente a efectos de enervar el acto administrativo, demostrar que la actora obedeció con presteza o inmediatamente la censura de la Superintendencia Bancaria, con el envío de una carta a su agente publicitario en este sentido, porque el hecho cierto es, como antes se anotó, que prohibida la práctica por la entidad vigilante, COLFONDOS con posterioridad publicó nuevamente la propaganda censurada, siendo irrelevante para el caso que lo haya hecho directamente o a través de su agente publicitario con o sin negligencia o culpa.

3.- Falsa motivación

Analizado los actos administrativos cuestionados, observa la Sala que en sus consideraciones, expuestas en siete numerales, se indican, además de la facultad legal con que obra la Superintendencia Bancaria, las circunstancias de hecho y orden legal que motivaron la voluntad de la Administración para imponer la sanción, es decir, se indica claramente la causa o motivo de la sanción, que no fue otra que el hecho de no haber acatado la actora, no sólo las normas (Circular 049 de 1991) que determinan la forma y parámetros a que debía ajustarse en sus pautas publicitarias, sino el haber publicado tal propaganda, en periódicos de circulación nacional, con posterioridad a la orden de suspensión dada por la Superintendencia Bancaria. Entonces no puede alegarse que no existió el motivo para la sanción, ni que el motivo expuesto por la Administración al sancionar no fueron el verdadero.

Comparte la Sala la decisión del *a-quo* en este sentido y así la confirma.

4.- Vaguedad, inconsistencia y atipicidad de la Circular 49 de 1991

Tampoco el cargo de falta de análisis por parte del Tribunal acerca de la veguedad, inconsistencia y atipicidad de la Circular 49 de 1991 está llamado a prosperar por las siguientes razones:

a) No se trata de juzgar en esta oportunidad la Circular 049 de 1991, pues ella no ha sido objeto de demanda ante la jurisdicción o por lo menos no ha demostrado el actor tal hecho.

b) No es dado a los particulares alegar la vaguedad inconsistencia y otros vicios de un acto regla, para substraerse a su cumplimiento o para contravenirlo abiertamente. Si el particular consideraba que faltaba claridad a la instructiva, ha debido solicitar a la entidad vigilante las instrucciones complementarias; y si consideraba que tal acto fue expedido en contradicción con el ordenamiento constitucional o legal, debió ejercitar la correspondiente acción contenciosa, con miras a obtener su retiro del ordenamiento jurídico.

No ve la Sala, cómo pueden servir de excusa a la actora, las circunstancias antes alegadas sobre la Circular 049, cuando ya advertida por la Superintendencia Bancaria,

acerca de la irregularidad de sus avisos publicitarios, persistió en ellos y los publicó con posterioridad.

5.- Carácter Normativo de la Circular 049 de 1991

Contrariamente a lo expresado por la actora, la Superintendencia Bancaria, tiene en virtud de la ley la facultad de instruir a los entes vigilados sobre el cumplimiento de las leyes, e indicarles las pautas que deben observar, facultad otorgada expresamente por el artículo 14 numeral 4.1.1.0.3 del Decreto 1730 de 1991, que recogió lo consignado en el Decreto 1939 de 1986 artículo 3o., faculta hoy consignada en el literal a) numeral 3o. del artículo 1o. del Decreto 2539 de 1993, que permite a la Superintendencia Bancaria señalar las directrices necesarias para un mejor entendimiento de las normas que debe cumplir las entidades vigiladas, en razón de las actividades y servicios prestados que interesan primordialmente la confianza del público. Entre tales atribuciones tiene la entidad vigilante la facultad de "velar porque los programas publicitarios de las instituciones vigiladas, se ajusten a las normas vigentes y a la realidad jurídica del servicio promovido".

Fue con fundamento en tal facultad que la Superintendencia Bancaria expidió la Circular 049 de 1991, regulación de carácter general cuya observancia era obligatoria, no sólo para las entidades vigiladas sino para la propia vigilante.

Entonces si la sociedad actora contravino al mandato legal que le ordenaba ajustar su programa publicitario a las normas vigentes y a la realidad jurídica y económica del servicio promovido observando las instrucciones de la Superintendencia Bancaria, no puede alegar que no existió contravención, ni que tal hecho no tenga sanción legal, por el contrario desde el Decreto 1939 de 1986 la ley faculta a la Superintendencia Bancaria para imponer las sanciones a las entidades vigiladas, a sus directores, revisor fiscal o empleados de las mismas por infracción a las leyes, los estatutos o a cualquier otra norma de carácter legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria (artículo 3o. literal n).

Adicionalmente, como en repetidas oportunidades lo ha precisado la Corporación, no puede admitirse bajo ningún punto de vista el cuestionamiento del apelante en el sentido de que todas las sanciones debe ser establecidas únicamente por ley expedida por el Congreso, porque es ley en sentido material, también aquella que sin ser expedida por el Congreso regula de manera general una conducta, sus contravenciones y sancones. Siendo su observancia de obligatoria cumplimiento, mientras no sea retirada del ordenamiento jurídico.

Adicionalmente el Decreto 1730 de 1991 artículo 1.7.2.1.1, al prever el régimen general de sanciones administrativas, hace mención a la ley en este sentido material, al utilizar la expresión "norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido", frase en la cual sin duda caben las órdenes impartidas por la

Superintendencia Bancaria, en ejercicio de las funciones que le otorga la ley para el cabal cumplimiento de sus funciones de inspección y vigilancia.

6.- La Circular sólo contiene sugerencia y no un mandato

No prosperan por el mismo motivo analizado en el numeral anterior, los cargos de haber aceptado el*a-quo*, sin razones sólidas, y dar por precepto claramente establecido, a lo que el actor inapropiadamente califica, como una "serie de sugestiones y referencias vertidas en una jerigonza de agencia publicitaria", porque no existe la menor duda acerca de la obligación que tienen las entidades vigiladas, y entre ellas las entidades de servicios financieros, de reflejar en su propaganda la realidad jurídica, económica y financiera de sus empresas, así como las características reales del producto o servicio ofrecido, aspectos sobre los cuales estas entidades no pueden alegar ignorancia o falta de diligencia.

7.- Confusión de las atribuciones de la Superintendencia Bancaria

Por las mismas circunstancias expuestas en el numeral 5o., no prospera el cargo de hacer confundido el Tribunal la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria con la facultad de establecer las contravenciones y sus sanciones, pues como se anotó la facultad de instruir mediante pautas de carácter general a las entidades vigiladas la da la ley, y es la misma ley la que prevé la sanción por el incumplimiento de la ley, reglamentos, estatutos o cualquier otra norma.

8.- Debido proceso

Principio de legalidad.

Según el artículo 29 de la Constitución Política, para la imposición sanción se requiere peviamente, el acto que se imputa, la existencia de una norma, que haya definido la conducta infractora y que al imponer la sanción se observen las formas propias de cada juicio o actuación administrativa, pues de una parte, por norma general, la ley sólo rige hacia el futuro y por otra, la autoridad competente sólo puede imponerla observando plenamente los requisitos de fondo y forma.

En el caso que se discute, cuando la sociedad actora incurrió en el hecho que fue sancionado, estaba vigente no solo la Circular 049 de 1991, sino el Decreto 1939 de 1986 de cuyo artículo 3o. literal d) surgía la obligación de ajustar la publicidad de las entidades vigiladas a la realidad jurídica y económica del servicio promovido.

Estaba vigente así mismo el artículo 3o. literal n) del mismo ordenamiento jurídico que faculta a la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones, cuando existiera infracción a las leyes, estatutos o cualquier otras norma legal, como el artículo 4.1.1.0.3 numeral 22 del Estatuto Financiero que contemplaba el hecho contravencional. Se observó el procedimiento establecido, dándole al interesado la posibilidad de exponer razones y presentar pruebas, se atendió al recurso gubernativo, analizando argumentos

y acervo probatorio, es decir, se dio cabal cumplimiento a la norma constitucional y se aplicó la sanción, por la entidad correspondiente.

Cosa distinta es que el sancionado no tuviera justificación y que ante tal hecho cumpliera la Superintendencia Bancaria la obligación de sancionarla.

9.- Vicio de Incompetencia

Comparte la Sala la decisión del *a-quo* en cuanto no admite la nulidad de los actos acusados por falta de competencia del funcionario que impuso la sanción porque el Decreto 1730 de 1991 artículo 4.1.4.0.1 establece:

> "De las funciones de los superintendentes delegados para establecimientos de crédito, para servicios financieros y para seguros y capitalización. A los superintendentes delegados para establecimientos de crédito, para servicios financieros y para seguros y capitalización les corresponde, en relación con las personas naturales y jurídicas bajo su ámbito de vigilancia, las siguientes atribuciones:
>
> "...d) Coordinar las acciones de supervisión a las instituciones vigiladas, incluyendo las sucursales, agencias, subsidiarias y filiales en el exterior desde su creación hasta su liquidación.
>
> "e) Coordinar con las distintas dependencias la realización de visitas de inspección e investigaciones que sean necesarias y dar traslado de los informes correspondientes a la entidad inspeccionada;
>
> "f) Aplicar las sanciones y medidas a que haya lugar conforme a la ley....."

Es decir, sí tenía competencia la Superintendente Delegada para Servicios Financieros para imponer las sanciones pecuniarias a la sociedad como a su gerente, y al aplicarlas observó los procedimientos legales pertinentes.

También tenía facultad para pedir las explicaciones pertinentes el Director General de Servicios Financieros pues su competencia surge de las funciones que le asigna el Decreto 1730 de 1991 en su artículo 4.1.6.0.2, funciones que ejerce a través de sus respectivas divisiones.

Acató así la Superintendencia Bancaria el mandato del artículo 29 de la Costitución Nacional, referente al principio de la legalidad y del debido proceso, garantiza la especial protección que de sus prestaciones sociales merece el trabajador colombiana, que atendiendo a la especial vigilancia que sobre tales entidades ejerce la Superintendencia Bancaria, deposita en ellas su confianza y tal vez su único patrimonio. Ejecutando tal facultad con la prontitud y especialidad que reclama la función de policía que le asigna la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1) **CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera el 16 de diciembre de 1993, juicio No. 2821.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

APORTES EN SOCIEDAD-Reajuste/**COSTO FISCAL/INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL**

Se debe tener en cuenta como costo fiscal el ajuste efectuado en la declaración de renta del año gravable de 1986 por haberse acogido a la opción del artículo 65 de la Ley 75 de 1986, que en modo alguno puso límite al monto del reajuste de los aportes de los socios más si a las acciones poseídas en 31 de diciembre de 1986 como lo indica la norma. Por lo demás resulta también equivocada la interpretación que hace el apoderado de la parte demandada en cuanto a que el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 autorizaba ajustar el valor de los aportes al valor comercial, teniéndose dicho ajuste como parte del costo fiscal, pero únicamente en caso de enajenación de activo, más no en la enajenación de los aportes, o liquidación de aportes a los socios, pues del contexto de esta disposición no se infiere tal conclusión o interpretación, toda vez que el inciso final de la norma en cita simplemente preceptúa que el correspondiente ajuste hace parte del costo en caso de enajenación del activo. De manera pues, que la Sala habrá de acceder a las peticiones de la demanda porque al tenor del artículo 65 de la Ley 75 de 1986 los reajustes efectuados por la sociedad en el año gravable de 1986 hacen parte del valor de costo de los aportes; circunstancia que implica que la suma distribuida a los socios legalmente no constituye ganancia ocasional gravable para estos últimos. Por lo tanto la Sala procederá a confirmar la declaración de renta y patrimonio presentada por la sociedad actora en el año gravable de 1987 en cuanto a la distribución de ganancia ocasional a los socios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5440. Actor: Hernán Saldarriaga L. y Cía. Ltda. (Nulidad de los actos de determinación del impuesto de renta el año gravable de 1987). Fallo.

La sociedad HERNAN SALDARRIAGA L. Y CIA. LTDA. Nit. 90.908.556 obrando a través de apoderada y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo solicita que previos los trámites legales se decrete la nulidad de la liquidación oficial de revisión 0269 de diciembre 13 de 1988 y la Resolución 0150 de diciembre 28 de 1989, actos mediante los cuales se le determinó a la contribuyente el impuesto de renta del año gravable de 1987.

Como restablecimiento del derecho solicita se distribuya como no gravables con el impuesto de renta ni el de ganancia ocasional la totalidad de las sumas repartidas a los socios con motivo de la liquidación de la sociedad.

El Tribunal Administrativo de Antioquia inició al trámite de este proceso pero al advertir que la acción incoada carecía de cuantía, pues sólo se trataba de la modificación de la distribución de la ganancia ocasional a los socios, por competencia dispuso su envío al Consejo de Estado. (fls. 71/75).

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se resumen:

1.- La sociedad HERNAN SALDARRIAGA L. & CIA. LTDA. se disolvió y liquidó por acta protocolizada el 30 de septiembre de 1987 y presentó su última declaración de renta y patrimonio correspondiente a la fracción del año gravable de 1987 el día 4 de diciembre de 1987.

2.- Con fecha 16 de marzo de 1988 la División de Auditoría de la Administración de Impuestos de Medellín produjo el requerimiento especial No. 0-AIR-I000202 anunciando modificaciones en las bases gravables. Así mismo consideró como ganancia ocasional los valores correspondientes a reajustes fiscales, distribuídos a los socios con ocasión de la liquidación definitiva de la sociedad.

3.- Mediante liquidación de Revisión No. 00269 de diciembre 13 de 1988 la División de Auditoría teniendo en cuenta la falta de respuesta al requerimiento especial, efectuó las modificaciones a las bases gravables y estableció la ganancia ocasional para los socios tal como se había anunciado en el requerimiento especial.

4.- Contra la liquidación de revisión la sociedad interpuso el recurso de reconsideración.

5.- Por resolución No. 0150 de diciembre 28 de 1989 la Divisón de Recursos Tributarios resolvió el recurso de reconsideración aceptando parcialmente las peticiones de la contribuyente en lo relacionado con la base gravable y la determinación del

impuesto de renta a cargo de la sociedad, pero confirmó lo relativo al reparto de ganancia ocasional a los socios. Se observa que mediante la acción impetrada sólo se discute lo relacionado con la distribución de ganancia ocasional gravable a los socios.

Como normas violadas la demandante cita las siguientes normas:

- El artículo 43 del Decreto 2053 de 1974 en cuanto su aplicación parcial pues desconoce lo previsto en el parágrafo segundo y aplica sólo el numeral segundo.

- Los artículos 21 y 22 de la Ley 75 de 1986 por aplicación indebida al caso de liquidación de sociedad.

- El artículo 65 de la Ley 75 de 1986 por desconocer su aplicación en el caso que se discute.

- El artículo 31 de la Ley 52 de 1977.

- El artículo 57 numeral 4o. de la Ley 52 de 1977 de las nuevas motivaciones expresadas por la División de Recursos, las cuales no pudo controvertir el contribuyente en la vía gubernativa.

Los conceptos sobre su violación y fundamentos de derecho aparecen desarrollados en los respectivos acápites del libelo de demanda y se sintetizan de la siguiente manera:

1o.- Que al practicarse la liquidación, la suma de $10.549.615 correspondiente a la valorización del aporte fue distribuida a los socios bajo el concepto de ganancia ocasional gravable en cabeza de los socios, apoyándose la Administración en dos normas que regulan situaciones diferentes a saber:

a) El artículo 43 numeral 3o. del Decreto 2053 de 1974 concordante con el artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, disposiciones estas que regulan la ganancia ocasional para los socios con ocasión de la liquidación de la sociedad.

b) Los artículos 21 y 22 de la Ley 75 de 1986 que regulan lo relativo al impuesto sobre la renta gravable (nunca ganancia ocasional) para los socios y accionistas en relación con las **utilidades obtenidas** por las sociedades durante la existencia de las mismas.

La actora precisa que es evidente que las disposiciones aplicables al caso controvertido son las citadas en el literal a) pues se trata de liquidación de una sociedad y no de utilidades obtenidas por la actora durante su ejercicio a las cuales deba aplicárseles las previsiones contenidas en los artículos 21 y 22 de la Ley 75 de 1986 para gravar como renta a los socios el exceso de la renta comercial sobre la fiscal.

Que aplicando, como debe serlo, las disposiciones citadas en el literal a) resulta extraño que éstas no se hubieran tomado por el funcionario liquidador en su integridad, ni se hubiese consultado el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 relacionado con el costo

de los activos. Es así como omite la Administración consultar el parágrafo 2o. del artículo 43 del Decreto 2053 de 1974 según el cual "las especies que se distribuye a sus respectivos socios, comuneros o asociados, una sociedad de responsabilidad limitada o asimilada, tendrán el mismo valor de costo y el carácter de movibles o inmovilizados que tenían en la entidad. Se considerará, además, que la fecha de adquisición por parte de dichos socios, comuneros o asociados fue la misma de adquisición por parte de la sociedad".

Argumenta que la disposición transcrita hace radicar en cabeza de los socios el patrimonio de la sociedad representado en especies (como es el caso en estudio) con el costo fiscal que traía la sociedad, precisamente porque los activos no se han enajenado y deben conservar su costo fiscal hasta que se realice el ingreso por enajenación el cual será gravable o no para quien lo enajene dependiendo del precio recibido y del costo fiscal que tengan al enajenarse.

Relieva entonces, que la liquidación de la sociedad y distribución de la ganancia ocasional no equivalen a enajenación ni a realización de ingreso para la sociedad ni para los socios. Que para establecer si el superávit sobre el aporte inicial de los socios generó en su distribución una ganancia ocasional para los mismos, se precisa que en este caso el superávit obedece a **ajustes fiscales** autorizados por la misma legislación en el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 a cuyo beneficio se acogió la sociedad, ajustes que se convirtieron en mayor valor del aporte para efectos fiscales, pues no otro puede ser el resultado del beneficio de los ajustes, que de otra parte implica un mayor valor patrimonial gravable en cabeza de los socios, efecto éste también buscado por la legislación.

Así mismo, anota que la Divisón de Recursos Tributarios en Resolución No. 0150 de diciembre 28 de 1989 acepta que efectivamente los ajustes fiscales se incorporan al capital aportado o invertido para efectos de la distribución que genera la liquidación, por lo que no constituye ganancia ocasional para el socio (páginas 7 y 8 de la precitada resolución), pero finalmente agrega una motivación desconocida por el contribuyente al momento de impugnar la liquidación, consistente ella en que algunos de los socios no habían informado en su declaración que el costo fiscal de sus cuotas sociales era igual al valor patrimonial informado.

Esta misma motivación dada por el funcionario de la División de Recursos no sólo viola el principio de lealtad procesal sino que además resulta irrelevante porque de todas formas el valor patrimonial declarado por los socios era idéntico al costo fiscal así se hubiera omitido transcribir dicho valor en el respectivo anexo de la declaración.

Por reunir los requisitos legales la demanda fue admitida y notificada personalmente a la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación y a la Delegada del Ministro de Hacienda y Crédito Público. La demanda fue contestada por el apoderado de la Unidad Administrativo Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien básicamente argumenta lo siguiente:

1o.- Que el punto central de la controversia radica en establecer si, como lo pretende la Administración, la valorización de patrimonio (en este caso aportes de los socios) constituye ganancia ocasional, originada en la liquidación de la sociedad, conforme lo disponía el artículo 6o. numeral 3o. de la Ley 20 de 1979; o no, como lo pretende la actora, por constituir tal valorización (en su criterio) un "costo", de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 o, como también lo denomina, "un mayor valor del aporte", no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional.

El apoderado de la Nación luego de transcribir el numeral 3o., artículo 6o. de la Ley 20 de 1979 puntualiza que de acuerdo con esta norma es claro que el exceso en el valor de los aportes (valorización), es decir la diferencia entre el capital inicial aportado ($2.000.000) y su valor comercial al momento de la liquidación de la sociedad ($13.422.723) constituye ganancia ocasional gravable para los socios.

2o.- Observa que la sociedad se ha limitado a argumentar desde el recurso de reconsideración (lo repite en la demanda), que los aportes en que ajustó "el valor de $10.548.615, el cual fue llevado a valor comercial en la declaración de renta presentada por el año gravable de 1986, acogiéndose así la sociedad a la opción dada por el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 para reajustar el valor comercial de sus activos y convertir en costo dicho ajuste, tal como lo prescribe el inciso final de dicha disposición" (páginas 3 y 4 del recurso).

Señala que es importante aclarar que la Administración nunca ha cuestionado la procedencia del ajuste efectuado por la sociedad, conforme a la citada norma, pues lo que se ha cuestionado es la interpretación que pretende darle la actora a su inciso final, para concluir que no hubo ganancia ocasional generada en tal valorización.

Relieva que disponía el mencioando inciso que el ajuste se tendría en cuenta para efectos de determinar el costo fiscal en **el caso de enajenación del activo**, pero que eso no ocurre en el *sub-exámine* porque el mencionado ajuste del citado artículo 65 única y exclusivamente tenía efecto de costo fiscal en caso de enajenación del activo, pues en modo alguno se trató de una enajenación sino de la liquidación de los aportes iniciales más su valorización (diferencia entre estos y el precio comercial al momento de liquidación), que conforme al citado artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, constituía ganancia ocasional.

De lo anterior concluye que la sociedad no podía ampararse en una **norma no prevista** para la situación en que se llevó a cabo la liquidación, para pretender un tratamiento fiscal de valorización diferente del previsto en la ley. En consecuencia pide se denieguen las peticiones de la demanda y en esta forma se confirme la actuación demandada. (fls. 81/85).

En este proceso se dio traslado a las partes para que formularan sus alegatos de conclusión.

En esta oportunidad procesal la parte demandada descorre el traslado reiterando que en efecto, la norma citada por la sociedad actora (artículo 65 de la Ley 75 de 1986), la autorizaba para ajustar el valor de los aportes al valor comercial, teniendo dicho ajuste como parte del costo fiscal, pero **únicamente** (como lo dispone la norma "**en caso de enajenación del activo**"). Señala entonces que si se tiene en cuenta que en el caso presente no se trató de **enajenación de los aportes**, sino del reparto de los mismos con motivo de la liquidación social, se debe llegar necesariamente a la conclusión que no podía pretender la sociedad que se considerara como costo fiscal dicha valorización, pues la ley únicamente la autoriza par los casos de enajenación del aporte; no de liquidación de sociedades.

Y agrega: que la discusión no radica entonces, como pretende hacerlo ver la actora, en la procedencia o no de los ajustes, pues la Administración siempre ha reconocido que estos son viables, siempre que se demuestre que se realizaron en las proporciones indicadas por la ley, o que efectuados en virtud del artículo 65 de la Ley 75 de 1986, no se tuvieron en cuenta como costo fiscal para efectos de determinar la ganancia ocasional **salvo que se trate de enajenación del activo objeto del ajuste**, caso en el cual se reconoce como tal.

En resumen, que como en el caso presente, no se demostró la proporción en que se habían ajustado los aportes iniciales, ni que se trataba de su enajenación, no era posible pretender que el exceso por su valorización no se considera como renta o ganancia ocasional, por la prescripción que al respecto consagraba expresamente el numeral 3o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, según la cual, la valorización del aporte constituye ganancia ocasional al momento de liquidación de sociedades.

Solicita entonces que como no se ha desvirtuado la actuación administrativa demandada, se denieguen las súplicas de la demanda. (fls. 99/100).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte de la señora Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación. (fl. 78).

CONSIDERACIONES

Se discute en este preceso la distribución de la ganancia ocasional gravable que la Administración de Impuestos Nacional de Medellín efectuó a los socios de la actora con motivo de la liquidación de impuestos correspondientes a la fracción del año gravable de 1987 (enero 1o. septiembre 30 de 1987).

En efecto, la liquidación oficial de revisión 0269 de diciembre 13 de 1988 con fundamento en el numeral 3o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1979 efectuó la distribución del patrimonio gravable y de la ganancia ocasional gravable de la siguiente manera:

- Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional	$ 873.108
- Devolución capital aportado	$2.000.000
- Ganancia ocasional gravable	
	$10.549.615
TOTAL PATRIMONIO LIQUIDO	
	$13.422.723

DISTRIBUCION DE LA GANANCIA OCASIONAL A SOCIOS

	%	
Saldarriaga López Hernán	49.9	$5.264.258
Estrada de Saldarriaga Diana	49.9	5.264.258
Arbeláez Estrada Mauricio	0.1	10.549
Arbeláez Estrada Juan Fernando	0.1	10.550
TOTAL		$10.549.615

La sociedad actora sostiene que en el balance presentado a la fecha de la liquidación de Hernán Saldarriaga L. Y Cía. Ltda. (30 de septiembre de 1987) el patrimonio social presenta un superávit por valorización y ajustes por $10.549.615 el cual se refleja en la declaración de renta del año gravable de 1986 por haberse acogido a la opción del artículo 65 de la Ley 75 de 1986 que permitía ajustar al valor comercial el costo de los activos fijos poseídos en diciembre 31 de dicho año.

Por su parte, la Administración Tributaria en los actos acusados (Resolución 0150 de diciembre 28 de 1989) señala que el reajuste del costo de los activos que genera el mencionado superávit por valorización se ha entendido como incorporado al monto del capital aportado o invertido para efectos de la distribución que genera la liquidación de la sociedad, pues no constituye ganancia ocasional para el socio siempre y cuando se hubiere demostrado el reajuste de los activos fijos en el porcentaje autorizado por la ley en cada año que se hizo uso de éste hasta la vigencia de 1985; y como otra opción por el año gravable dd 1986 que el contribuyente declárase como "costo fiscal" de las acciones y los aportes el valor comercial de los mismos sin exceder del valor patrimonial por el cual fueron declarados (artículo 65 Ley 75 de 1986).

De acuerdo con lo anterior la Sala estima que le asiste razón a la demandante en el sentido de que se tenga como costo fiscal el mencionado ajuste efectuado en la declaración de renta del año gravable de 1986 por haberse acogido a la opción del artículo 65 de la Ley 75 de 1986, que en modo alguno puso límite al monto del reajuste de los aportes de los socios como erradamente lo afirma la Resolución 0150, más si a las acciones poseídas en 31 de diciembre de 1986 como lo indica dicha norma.

Por lo demás, resulta también equivocada la interpretación que hace el apoderado de la parte demandada en cuanto a que el artículo 65 de la Ley 75 de 1986 autorizaba ajustar el valor de los aportes al valor comercial, teniéndose dicho ajuste como parte

del costo fiscal, pero **únicamente en caso de enajenación de activo,** más no en **la enajenación de los aportes**, o liquidación de aportes a los socios, pues el del contexto de esta disposición no se infiere tal conclusión o interpretación, toda vez que el inciso final de la norma en cita simplemente preceptúa que el correspondiente ajuste hace parte del costo en caso de enajenación del activo.

De manera pues, que la Sala habrá de acceder a las peticiones de la demanda porque al tenor del artículo 65 de la Ley 75 de 1986 los reajustes efectuados por la sociedad en el año gravable de 1986 hacen parte del valor de costo de los aportes; circunstancia que implica que la suma ($10.549.615) distribuida a los socios legalmente no constituye ganancia ocasional gravable para estos últimos. Por lo tanto la Sala procederá a confirmar la declaración de renta y patrimonio presentada por la sociedad actora en el año gravable de 1987 en cuanto a la distribución de ganancia ocasional a los socios.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Anular parcialmente la liquidación de revisión 0269 de diciembre 13 de 1988 y la Resolución 0150 de diciembre 28 de 1989 mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín determinó el impuesto de renta del año gravable de 1987 a la sociedad HERNAN SALDARRIAGA L. Y CIA. LTDA. Nit. 90.908.556 y distribuyó la ganancia ocasional a los socios.

2o.- Como consecuencia de lo anterior, confirmar el valor del impuesto neto de renta a cargo de la mencionada sociedad contribuyente por el año gravable de 1987, determinado en la suma de $562.724,oo Moneda Corriente por medio de la Resolución No. 0150 de diciembre 28 de 1989 originaria de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

3o.- Anular la distribución a socios por concepto de ganancia ocasional que contienen la Liquidación de Revisión 0269 de diciembre 13 de 1988 y la Resolución 0150 de diciembre 28 de 1989 de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

4o.- Como consecuencia de lo anterior, declarar que no hay lugar a distribuir suma alguna por concepto de ganancia ocasional a los socios por el año gravable de 1987.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

CAUCION PARA DEMANDAR/ACCION DE NULIDAD

La exigencia contenida en el artículo 140 del C.C.A. en materia de caución para demandar, está referida exclusivamente a aquellas acciones que se ejerzan a la luz del artículo 85 ib., esto es para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y no para la acción pública de simple nulidad en defensa del orden jurídico y la legalidad abstracta, contenida en el artículo 84 de la misma obra. Por la misma razón tampoco se requería la consignación de la contribución.

ACTO DEMANDABLE/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Como la acción que estudia la Sala está encaminada a obtener la NULIDAD, del acto administrativo contenido en la resolución 029 del 20 de octubre de 1992, expedida por la Oficina de Valorización Municipal de Armenia Quindío, "por medio de la cual se decreta la realización de una obra por el sistema de valorización". Se trata entonces, de una acto administrativo eficaz que expresa la voluntad de la Administración orientada a generar efectos jurídicos en relación con la comunidad, como es la realización de una obra pública por el sistema de valorización, es un acto administrativo autónomo y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual está sujeto a control jurisdiccional, en cualquier tiempo. Luego el acto acusado no está condicionado en su existencia, eficacia y validez a los siguients que se expidan, el hecho de que con posterioridad la Administración haya proferido los actos de distribución y liquidación de la contribución individual, -impugnables a través de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.-, no le resta al acto inicial de decreto de la

obra, su autonomía ni sus efectos jurídicos, ni le confieren el carácter de preparatorio o de trámite.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION/MINISTERIO DE COMUNICACIONES/ORGANIZACION REGIONAL DE TELEVISION

A términos del artículo 1o. de la Ley 14 de 1991, la televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado por medio del Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION, y de las organizaciones regionales de televisión, o a través de contratos de concesión. Para prestar el servicio de telecomunicaciones, entendidas como "toda emisión, transmisión o recepción de señales... por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromágneticos" (art. 21 del Decreto 1900 de 1990) se requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, conforme lo dispone el artículo 8o. de la Ley 72 de 1989. En el *sub-lite* es evidente que no se ha creado por parte del municipio una organización regional de televisión, para prestar el servicio público de televisión mediante la programación, administración y operación de un canal o cadena regional y que mucho menos, el Ministerio de Comunicaciones ha adjudicado a la demandada la frecuencia o frecuencias correspondientes y autorizado el uso del espectro electromagnético.

ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Naturaleza/MINISTERIO DE COMUNICACIONES-Autorización/SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION

El artículo 75 de la Constitución asigna el carácter de público, inenajenable e imprescriptible del espectro electromagnético, entendiendo como un recurso natural a través del cual se desplazan las ondas radioeléctricas, portadoras de mensajes sonoro o visuales, y lo sujeta al control y a la gestión del Estado. Lo anterior, previo al decreto de la obra cuestionada, se hacía obligatorio para la entidad demandada, y no con posterioridad a la iniciación de la acción pública que se resuelve, el haber solicitado y obtenido la autorización requerida del Ministerio de Comunicaciones, conforme a la modalidad escogida para la prestación del servicio público de televisión, por cuanto de no hacerlo así se incurriría en las conductas sancionables previstas en los artículos 10 de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900 de 1990, que califican como clandestina cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)..

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5191. Actor: Rubén Darío García Rodríguez. Asuntos Municipales. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Armenia (Quindío), contra el fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 24 de septiembre de 1993, mediante el cual anuló la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992, expedida por la Oficina de Valorización Municipal de Armenia.

ANTECEDENTES

El ciudadano RUBEN DARIO GARCIA RODRIGUEZ, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demadó la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992, expedida por la Junta Directiva de la Oficina de Valorización Municipal de Armenia, mediante la cual se decretó la realización de la obra: "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS", por el sistema de valorización, acto que fue notificado por Edicto desfijado el 4 de noviembre de 1992.

EL ACTO ACUSADO

"RESOLUCION No. 029 DEL 20 DE OCTUBRE DE 1992

Por medio de la cual se decreta la realización de una obra por el sistema de valorización.

La Junta Directiva de la Oficina de Valorización Municipal de Armenia Q., en uso de sus facultades legales, especialmente las conferidas por el Acuerdo No. 042 de febrero 14 de 1993 en su artículo 15 y,

CONSIDERANDO:

A. Que es necesario integrar la comunidad a las exigencias de la era moderna.

B. Que las señales satelitales de T.V. internacional incidentales o codificadas están a disposición de la comunidad, la cual podrá acceder a ellas mediante la respectiva infraestructura técnica que permita su recepción para todo el público, lo cual hace que la construcción de ésta sea considerada, obra de interés público.

C. Que la Junta de Planeación Municipal, dio concepto favorable para la ejecución de la obra: "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS", por no oponerse al Plan Integral de Desarrollo de la ciudad, ni ir en contra de las normas de Planeación.

D. Que la recepción de señales de emisión incidental y codificadas, se rigen por la ley 1900 de 1990, 14 de 1991 y demás normas complementarias, a las cuales se acoge la Oficina de Valorización Municipal de Armenia.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Decrétase la realización de la obra: "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS" por el sistema de Valorización.

ARTICULO SEGUNDO: Facúltase al Director de la Oficina de Valorización Municipal, para que lleve a cabo todas las actividades administrativas necesarias, para que con el lleno de los requisitos de ley, ponga en ejecución la obra decretada.

ARTICULO TERCERO: La presente resolución se notificará conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. 42 de febrero 14 de 1983.

Dada en Armenia Q., a los 20 de oct. de 1992".

DEMANDA

Adujo el demandante que el acto acusado dijo apoyarse en la Ley 14 de 1991 y el Decreto 1900 de 1990, pero que el mismo no especifica en qué artículos de estas disposiciones legales fundamenta su decisión.

Agregó que la resolución demandada fue puesta en ejecución a través de la Resolución 489 del 29 de diciembre de 1992, "por medio de la cual se aprueba el presupuesto y la distribución para el cobro de las contribuciones por concepto de la obra 'EMISION INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS'". Igualmente, anotó que la Oficina de Valorización está enviando a todos los propietarios del municipio de Armenia el respectivo cobro para recaudar la suma de $605'000.000, valor de la obra, cuya zona de influencia cubre a todo el municipio de Armenia.

Señaló como normas violadas los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución Nacional; 4, 5, 14, 15, 21 y 34 el Decreto 1900 de 1990 y 22 de la Ley 14 de 1991. A juicio del actor, no hay ninguna duda que "LA OFICINA DE VALORIZACION MUNICIPAL DE ARMENIA Q., es una entidad de derecho público y, por consiguiente, si pretende prestar el servicio público de televisión debe hacerlo conforme se lo indica el artículo 22 de la Ley 14 de 1991, para lo cual ha debido constituirse en una organización regional de televisión o mejor como entidad asociativa de derecho público del orden nacional organizada como empresa industrial y comercial del Estado, en asocio con EL INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION" y haber obtenido la debida autorización no sólo para su funcionamiento sino "...sobre el área de cubrimiento autorizado en el acto de establecimiento de su organización o posteriormente...", asunto para el cual ha debido de contituirse por medio de escritura pública y registrar su nacimiento en LA CAMARA DE COMERCIO DE ARMENIA Q.".

Estimó el actor que la pretensión de la Oficina de Valorización con el acto acusado, es la prestación, con cubrimiento en todo el municipio de Armenia del servicio público de televisión a través de la emisión de T.V. internacional y local, señales incidentales o codificadas, lo cual está prohibido, porque para prestar el servicio público de televisión así sea en la modalidad de retransmisión o bajando e irradiando la señal internacional, debe operar como Empresa Industrial y Comercial del Estado y constituirse en asocio de INRAVISION en una organización regional de televisión.

En relación con la violación del artículo 1° de la Ley 14 de 1991 en concordancia con el 17 del Decreto 1900 de 1990, transcribió apartes de la Circular del 16 de agosto de 1991, dirigida por el señor Ministro de Comunicaciones a las autoridades de las entidades territoriales y a la ciudadanía en general, en los siguientes términos:

> "...En cuanto se refiere a la utilización de estaciones terrenas destinadas para la recepción de señales de satélite, las autoridades distritales o municipales sólo tienen facultad para otorgar permisos para la instalación física de dichas estaciones, las cuales únicamente pueden ser usadas para la recepción exclusiva de señales incidentales de televisión, en los términos y bajo las condiciones establecidas en el artículo 17 del Decreto Ley 1900 de 1990.
>
> De lo dicho se concluye QUE TALES ESTACIONES NO PUEDEN SER USADAS CON EL OBJETO DE PRESTAR EL SERVICIO DE TELEVISION, salvo que ello se haga por las entidades antes nombradas (INRAVISION, CANALES REGIONALES DE TELEVISION y concesionarios de televisión por suscripción, legalmente autorizados para el efecto por el Ministerio de Comunicaciones).
>
> SE INSISTE en que por ningún motivo las autoridades distritales o municipales podrán prestar directamente o conceder en gestión indirecta a personas naturales o jurídicas la prestación del servicio de televisión".

Arguyó que se viola el artículo 2° del Decreto 1900 de 1990, porque para sus efectos se entiende por telecomunicaciones toda recepción de señales o imágenes por el sistema electromagnético que es el que va emplear la Oficina de Valorización de Armenia en calidad de operador, esto es, como persona responsable de la gestión del servicio de telecomunicaciones.

Subrayó el demandante, que conforme al artículo 4° del Decreto 225 de 1988, se permite la recepción de señales de televisión recibidas por estaciones terrenas para uso exclusivamente privado, sin posibilidad de transmitir o divulgar a terceros, ni comercializar la señal, que la Oficina de Valorización pretende la recepción de tales señales para uso público, lo cual está prohibido, pues a su juicio por el sistema a implantar se busca no sólo divulgar la señal a terceros, sino comercializarla mediante "el disfrazado cobro de un sistema de valorización".

El demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, la cual fue concedida por el Tribunal, mediante providencia del 10 de marzo

de 1993, y confirmada por esta Corporación el 18 de junio de 1993. (fls. 220-226 Cdno. No. 2).

El ciudadano JOSE JESUS LAVERDE OSPINA, acudió a proceso en calidad de coadyuvante de la acción. Previa transcripción del Oficio No. 0157 del 23 de febrero de 1993, enviado por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones al Director de Valorización Municipal, en el cual el Ministerio fija su posición sobre los aspectos legales que se desprenden del proyecto a ejecutar por el municipio, afirmó que al municipio no le es dable implantar un servicio general de antena parabólica simulando un derrame de valorización para todo el territorio municipal porque con dicho procedimiento se usurpan funciones que son restrictivas del canal de televisión "TELECAFE".

Adicionalmente se mostró en desacuerdo con la pretensión de usar el espectro electromagnético en el proyecto por cuanto las normas que facultan al Ministerio de Comunicaciones para adjudicar, asignar frecuencias, y su uso, están vigentes y dicho Ministerio e INRAVISION ejercen las funciones que desde la anterior Constitución tenían asignadas, sin que hayan sido controvertidas judicialmente ni declaradas inexequibles. Al efecto se apoyó en jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación de fecha 20 de octubre de 1992.

OPOSICION

El apoderado judicial de la Oficina de Valorización municipio de Armenia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Adujo que el acto acusado no desconoció ninguna disposición de carácter constitucional y legal, que por el contrario procuró garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al uso de las telecomunicaciones. Aclaró que la Resolución 029 de 1992, es un acto de carácter preparatorio que no tiene efectos jurídicos sobre las personas. Se opuso al cargo referente a la violación del espectro electromagnético por cuanto el municipio no está ejecuntando las obras ordenadas en la resolución acusada y en consecuencia no se están emitiendo señales, toda vez que la Oficina de Valorización está realizando los actos pertinentes que conduzcan a la obtención de los permisos y la adjudicación de las frecuencias correspondientes.

Indicó que no se viola el artículo 22 de la Ley 14 de 1991, por cuanto el municipio al pretender prestar el servicio público de televisión no se acoge a la mencionada disposición, sino al artículo 43 Ib., que faculta al Estado para prestar este servicio directamente.

Propuso las excepciones de inadecuada acción, indebida designación de la parte demandada, ausencia de legitimación pasiva, ineficacia del acto demandado, falta de agotamiento de la vía gubernativa y trámite inadecuado por razón de la cuantía.

Con ocasión del traslado para alegar, el apoderado de la entidad demandada advirtió que el proyecto que se tiene es la prestación del servicio de televisión

internacional por doce canales, mediante el sistema de suscripción, establecido en el artículo 43 de la Ley 14 de 1991 y explicado técnicamente el artículo 45 Ib. Explicó que no se trata de establecer un canal regional o cadena regional de televisión.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío rechazó las excepciones propuestas y accedió a decretar la nulidad del acto acusado, previa comparación de la Resolución 029 de 1992, con los artículos 1° y 22 de la Ley 14 de 1991, 17 del Decreto 1900 de 1990 y 4° del Decreto 225 de 1988, estimó que hay transgresión de dichas disposiciones pues el servicio de televisión en la forma como pretende implantarlo la entidad demandada sólo puede prestarlo INRAVISION o las Organizaciones Regionales de Televisión, sin que la Oficina de Valorización de Armenia esté constituida como tal. A efecto apreció el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Armenia en el cual consta que allí no se encontró inscrita ninguna empresa industrial y comercial del Estado denominada "EMISION DE T.V. INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS".

Agregó, que para prestar el servicio de telecomunicaciones se requiere de autorización o concesión y ni ésta ni aquélla existen y para ello Valorización necesitaría constituirse en el ente a que se refiere el artículo 22 de la Ley 14 de 1991, en asocio con INRAVISION. Igualmente sostuvo que Valorización pretende la recepción de televisión para uso público, comercializando el servicio con violación del artículo 4° del Decreto 225 de 1988.

Finalmente, transcribió parcialmente las consideraciones de esta Corporación expuestas en la providencia que confirmó la suspensión provisional decretada.

LA APELACION

El apoderado judicial del municipio de Armenia interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó minifestando que el demandante no aportó el comprobante de la consignación de la contribución a que se refieren los Decretos 1604 de 1966 y 1394 de 1970, pues sólo trajo la factura de cobro de $12.120, y que el artículo 140 del C.C.A. exige prestar caución a satisfacción del ponente lo cual no se hizo. Sostuvo que la demanda fue dirigida contra la Oficina de Valorización Municipal en lugar de hacerlo contra la Junta Directiva de ese organismo.

De otra parte sostuvo que los actos administrativos por medio de los cuales se estableció la contribución de valorización fueron tres y por tanto han debido ser demandados en conjunto. Agregó que la Resolución 029 demandada es un mero acto preparatorio que no obliga, porque mediante él no se impone ningún gravamen, ni puede ser objeto de notificación o recurso alguno.

En cuanto al aspecto central de la litis, afirmó que ha sido mal interpretada por el demandante y el Tribunal, la propuesta de la entidad de acogerse al artículo 34 del

Decreto 1990 y 43 de la Ley 14 de 1991, operando en gestión directa el servicio público de televisión por "suscripción", donde los abonados van a ser todos los propietarios de predios del municipio y en cuya propuesta no aparece por ningún lado el espíritu comercial, pues "se cobrará la pírrica suma de $12.000 de por vida sin reajuste alguno ni el cobro de gastos de mantenimiento o similares a cargo del suscriptor". Informó que se han adelantado gestiones ante la Ministerio de Comunicaciones como lo demuestra la fotocopia auténtica que agrega al escrito.

Precisó que la entidad no está interesada en fundar un canal local o cadena regional de televisión y por tanto no se ha violado el artículo 22 de la Ley 14 de 1991 y que tampoco se vulneró el artículo 4° del Decreto 225 de 1988 referido a la emisión de señales de televisión por estaciones terrenas porque ese no es el proyecto que pretende la demandada.

En escrito separado presentó incidente de nulidad, por cuanto la demanda se tramitó por proceso diferente al que corresponde, pues era competente para conocer en única instancia el Tribunal por ser de cuantía de $12.000 y porque existió indebida notificación de la demanda, ya que se notificó al Director de Valorización y no a la Junta de Valorización.

Surtido el trámite correspondiente la Sección despachó desfavorablemente las pretendidas nulidades. En primer lugar, por cuanto la acción instaurada fue la consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y no la del 85 Ib., en la cual sí juega la cuantía como factor de competencia. Y en segundo lugar, porque la Oficina de Valorización Municipal de Armenia está organizada como un establecimiento público descentralizado del orden municipal y cuyo Director tiene la representación legal de la entidad, conforme al artículo 12 del Acuerdo 42 de 1983.

MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, luego de un extenso estudio de las excepciones propuestas, estimó que éstas carecen de fundamento y en relación con el aspecto de fondo conceptuó que la sentencia apelada merece ser revocada pues...

> "El acto acusado no ordena la creación de "un canal o cadena regional de televisión", ni pretende la prestación del servicio a través de uno de estos medios, sino que dispone la realización de una obra para la prestación del servicio, por parte de la misma entidad que profirió el acto, es decir, "en gestión directa" y con la utilización de otros medios como las antenas parabólicas, tal como se desprende de los considerandos de la Resolución 029".

En consecuencia estimó que la entidad demandada no debía sujetarse a las condiciones del artículo 22 de la Ley 14 de 1991, referido a las organizaciones regionales de televisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar se referirá la Sala a las excepciones reiteradas por el señor apoderado de la entidad demandada, así:

1. CAUCION PARA DEMANDAR

Estima la Sala que carece de fundamento el reparo que formula el apoderado de la demandada, pues se le recuerda al apelante que la exigencia contenida en el artículo 140 del C.C.A. en materia de caución para demandar, está referida exclusivamente a aquellas acciones que se ejerzan a la luz del artículo 85 Ib., esto es para las acciones de **nulidad y restablecimiento del derecho** y no para la acción **pública de simple nulidad en** defensa del orden jurídico y la legalidad abstracta, contenida en el artículo 84 de la misma obra. Por la misma razón tampoco se requería la consignación de la contribución.

2. INDEBIDA NOTIFICACION A LA DEMANDA

Sobre este particular, ya se pronunció la Sala con ocasión del incidente de nulidad resuelto mediante Auto del 29 de abril de 1994.

3. INEPTA DEMANDA

Sostiene la apelación que el acto acusado debió haber sido demandado junto con las Resoluciones de derrame números 489 de 1992 y 490 de 1993 que producen efectos jurídicos individuales y concretos frente a los propietarios de bienes raíces del municipio, que la Resolución 029, acusada, es un acto preparatorio; que por sí sola nada implica porque mediante ella no se impone ningún gravamen, ni puede ser objeto de demanda ya que no liquida ni distribuye y valora contribuciones.

Entiende la Sala que el reparo del apoderado obedece a la confusión que desde un principio ha mostrado tener acerca de la naturaleza de la acción incoada por el actor, y que explica la serie de excepciones propuestas, la mayoría de ellas predicables exclusivamente para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho; pero no para la acción contenida en el artículo 84 del C.C.A., ejercitada por el demandante.

En efecto, la acción que estudia la Sala está encaminada a obtener la NULIDAD, del acto administrativo contenido en la Resolución 029 del 20 de octubre de 1992, expedida por la Oficina de Valorización Municipal de Armenia Q., "por medio de la cual se decreta la realización de una obra por el sistema de valorización".

Se trata de un acto administrativo eficaz que expresa la voluntad de la Administración orientada a generar efectos jurídicos en relación con la comunidad, como es la realización de una obra pública por el sistema de valorización, es un acto administrativo autónomo y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual está sujeto a control jurisdiccional, en cualquier tiempo.

Observa la Sala que el acto acusado no está condicionado en su existencia, eficacia y validez a los siguientes que expidan, el hecho de que con posterioridad la Administración haya proferido los actos de distribución y liquidación de la contribución individual, -impugnables a través de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.-, no le resta al acto inicial de decreto de la obra, su autonomía ni sus efectos jurídicos, ni le confieren el carácter de preparatorio o de trámite. En este sentido se identifica la Sala con la posición del colaborador Fiscal en cuanto expresó:

> "De tal suerte que es errada la concepción de considerar como acto preparatorio o de trámite el primero de los actos proferidos por la Administración y por medio del cual se decreta la realización de una obra específica por el sistema de valorización, pues él presenta cierta autonomía y en entidad particular impersonal que no vincula a ningún individuo determinado o determinable y que si bien se torna en absolutamente indispensable para proferir los restantes que especifiquen el área afectada y gravada, no lo enmarca en un mero acto de trámite o meramente preparatorio".

Hechas las anteriores consideraciones avoca la Sala el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda relacionadas con la violación de normas superiores por parte de la resolución acusada.

Observa la Sala que el aspecto central de la litis se contrae a determinar si previamente al decreto de la obra a realizar y recuperarse por el sistema de valorización, la Administración Municipal estaba obligada a obtener autorización del Ministerio de Comunicaciones para la prestación del servicio público de televisión.

Conforme lo ha expresado la entidad demandada, mediante la resolución acusada se decretó la realización de la obra denominada "EMISION DE TELEVISION INTERNACIONAL Y LOCAL, SEÑALES INCIDENTALES O CODIFICADAS", proyecto que se propone efectuar por la modalidad prevista en el artículo 43 de la Ley 14 de 1991 y 34 del Decreto 1900 de 1990, para operar el servicio público de televisión por suscripción, modalidad que es diferente a la prestación del servicio a través de las organizaciones regionales de televisión.

Según lo prevé el artículo 5° de la Ley 72 de 1989, las telecomunicaciones son un servicio público que será prestado por el Estado, bien sea directamente o mediante concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas sin que por ello se limite su facultad de control y vigilancia.

A términos del artículo 1° de la Ley 14 de 1991, la televisión es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado por medio del Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION, y de las organizaciones regionales de televisión, o a través de contratos de concesión.

Para prestar el servicio de telecomunicaciones, entendidas como "toda misión, transmisión o recepción de señales...por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o

electromagnéticos" (art. 21 Dcto. 1900 de 1990) se requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones, conforme lo dispone el artículo 8° de la Ley 72 de 1989, para el "establecimiento, explotación y uso en el país, de redes, sistemas y servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales" cumpliendo los requisitos y en la forma como lo disponen los artículos 22 y 43 de la Ley 14 de 1991.

Observa la Sala que la demandada explícitamente ha aceptado no poseer la referida utorización del Ministerio de Comunicaciones e informa en us escrito de apelación que ha solicitado a dicho Ministerio el permiso y adjudicación de las frecuencias correspondientes, aspecto que despeja cualquier duda y confirma que el proyecto acometido por el municipio, es de aquéllos que para su aprovechamiento regular y eficaz, por parte de los beneficiarios del servicio, requieren del permiso correspondiente.

El artículo 22 de la Ley 14 de 1991, define y regula las organizaciones regionales de televisión así:

> "**Definición y naturaleza jurídica.** Las organizaciones regionales de televisión tendrán a su cargo la prestación del servicio público de televisión mediante la programación, administración y operación de un canal o cadena regional de televisión, en la frecuencia o las frecuencias adjudicadas por el Ministerio de Comunicaciones, sobre el área de cubrimiento autorizado en el acto de establecimiento de la respectiva organización, o posteriormente. La prestación del servicio regional de televisión se someterá a la presente Ley y a las normas concordantes.
>
> Las organizaciones regionales de televisión son entidades asociativas de derecho público del orden nacional organizadas como empresas industriales y comerciales el Estado, vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y constituidas mediante la asociación de Inravisión con entidades de derecho público de los diferentes órdenes territoriales debidamente autorizados para el efecto...".

Como se ha debatido a lo largo del proceso, es evidente que no se ha creado por parte del municipio una organización regional de televisión, para prestar el servicio público de televisión mediante la programación, administración y operación de un canal o cadena regional y que mucho menos, el Ministerio de Comunicaciones ha adjudicado a la demandada la frecuencia o frecuencias correspondientes y autorizado el uso del espectro electromagnético.

Respecto del servicio de televisión por suscripción, esto es el regulado por el artículo 43 de la Ley 14, al cual dice acogerse la demandada, que prevé:

> "**Del servicio de televisión por suscripción.** El servicio de televisión por suscripción es público y podrá ser prestado por el Estado directamente o a través de concesiones otorgadas a personas naturales o jurídicas colombianas, mediante contrato celebrado a través de un proceso de licitación pública, por seis (6) años prorrogables".

Anota la Sala que la disposición es concordante con el artículo 36 del Decreto 1990 de 1990, que establece que las entidades territoriales podrán prestar nuevos servicios de telecomunicaciones dentro del área de su respectiva jurisdicción, bien sea de manera directa o indirectamente mediante concesión, PREVIA AUTORIZACION DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES, la cual, como se precisó anteriormente, no ha sido concedida.

De otra parte, el artículo 17 del Decreto 1900, en relación con la utilización de estaciones terrenas destinadas a la recepción de señales incidentales de televisión transmitidas por satélite, no resulta aplicable por cuanto la misma entidad territorial ha minifestado que la emisión de las señales se hará a través del uso del espectro electromagnético, con ondas en la banda UHF (Ultra High Frecuency), según características obrantes al folio 358, así:

> "CARACTERISTICAS TECNICAS DE LA ESTACION: Modalidad de Transmisión: Canales Radioeléctricos, Banda de Frecuencias: UHF (650-800 MHZ). Número de canales Doce: 12). Localización del centro de Transmisión: Cerro del Castillo. Altura 2.200 mts. Coordenadas Geográficas: Latitud 4° 32' 50.27". Longitud: 75° 37' 4.86".. Coordenadas métricas: N; 994.9500 E: 1'162.312. Antena patrón cardiode 220° Horizontal, + \ - 7° vertical, con 8 db de ganancia, potencia 100 w".

El artículo 75 de la Constitución asigna el carácter de público, inenajenable e imprescriptible del espectro electromagnético, entendido como un recurso natural a través del cual se desplazan las ondas radioléctricas, portadoras de mensajes sonoros o visuales, y lo sujeta al control y a la gestión del Estado.

De esta forma, el artículo 18 del Decreto 1900 de 1990, radica en cabeza del Ministerio de Comunicaciones la facultad de gestión, administración y control del espectro electromagnético. Y el artículo 19 Ib., establece que las facultades comprenden entre otras, la asignación y verificación de frecuencias, al igual que el otorgamiento de **permisos** para su utilización, regla que se reitera en el artículo 20, que exigen para el uso de frecuencias radioléctricas **permiso previo** otorgado por el Ministerio de Comunicaciones, al igual que el pago de los derechos respectivos.

Todo lo anterior, indica a la Sala que efectivamente, previo al decreto de la obra cuestionada, se hacía obligatorio para la entidad demandada, y no con posterioridad a la iniciación de la acción pública que se resuelve, el haber solicitado y obtenido la autorización requerida del Ministerio de Comunicaciones, conforme a la modalidad escogida para la prestación del servicio público de televisión, por cuanto de no hacerlo así se incurriría en las conductas sancionables previstas en los artículos 10 de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900 de 1990, que califican como **clandestina** cualquier red o servicio de telecomunicaiones que opere **sin autorización previa**, lo que ocasionará el decomiso de los respectivos equipos y la suspensión del servicio, además de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar.

Así las cosas, considera la Sala pertinente reiterar los motivos por los cuales se confirmó la suspensión provisional del acto acusado, pues no puede pensarse que la realización de la infraestructura para la emisión de T.V. internacional y local, señales incidentales o codificadas, en independiente de la utorización que para su posterior uso se requiere, por cuanto de no ser así implicaría la construcción de una infraestructura técnica cuyo destino es totalmente incierto y en consecuencia la ejecución de la obra no podría genera los beneficios a la propiedad inmueble y constitutivos del hecho generador de la contribución de valorización.

Adicionalmente anota la Sala, que la entidad demandada expidió el acto que aquí se anula, invocando facultades conferidas por el artículo 15 del Acuerdo 42 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Armenia, que asigna como función de la Junta Directiva de la Oficina de Valorización el **"determinar** las obras de interés público por las cueles se han de cobrar contribuciones de valorización", asumiendo como propia, la que es función privativa del Concejo Municipal conforme al artículo 338 de la Constitución en concordancia con el 313-4, no existe prueba, dentro del plenario, de que haya sido ejercida por la Corporación Administrativa Municipal, pues se observa que la atribución conferida a la Junta Directiva de Valorización es para proponer aquellas obras respecto de cuya ejecución el Concejo, deberá tomar la determinación de votar la contribución de valorización para su financiación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACCION CONTRAVENCIONAL CAMBIARIA/PRESCRIPCION- Interrupción/**NOTIFICACION-** Objeto

El término de prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios internacional se interrumpe si el acto administrativo que impone la sanción se expide y notifica dentro del lapso de cuatro años que los artículos 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1975 prevé para el efecto. Pues no basta que la autoridad administrativa profiera la resolución sancionatoria dentro del plazo, sino que es necesario que la misma se dé a conocer al interesado a través de la diligencia de notficiación, que deberá efectuarse dentro del mismo lapso. La notificación tiene por objeto que el interesado se entere del acto administrativo que le resuelve una situación, y hasta tanto se produzca aquélla el acto carece de efectos legales, en otras palabras, es ineficaz. Por ello, tratándose de decisiones administrativas se entiende que hay pronunciamiento real y oportuno cuando éste se ha dado a conocer al interesado, de manera que produzca efecto vinculante, pues antes el administrado no conoce la voluntad de la Administración y en consecuencia no le es oponible.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/FALLO *EXTRA PETITA*/AJUSTE MONETARIO/FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por tanto, pues el Tribunal no podía, so pena de incurrir en fallo *extra petita*, efectuar pronunciamiento por fuera de lo pedido en el libelo de la demanda o su corrección, dado que en virtud del principio de congruencia el fallo debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, en la forma como lo dispone el artículo 170 del C.C.A., en

concordancia con el 305 del C.P.C. En otras oportunidades se ha aceptado el ajuste monetario de las sumas a devolver a título de restablecimiento del derecho, respondiendo a las peticiones que en tal sentido fueron planteadas en la demanda, ya en forma principal o subsidiariamente, pero en todo caso ante solicitud del demandante, debidamente formulada, esto es, con "los fundamentos de derecho de las pretensiones" tal como prevé el artículo 137 numeral 4o. del C.C.A., exigencia que no se cumple en el caso que se resuelve, pues exigencia que no se cumple en el caso que se resuelve, pues la petición genérica de que se "determine con arreglo a las normas e índices aplicables" la corrección monetaria a que debe someterse la suma que se ordena devolver, no señala las normas que considera el actor son las aplicables, o a cuáles pretende acogerse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5260. Actor: Banco Colombo Americano. Supercambios. Sanción. Fallo.

Por haber sido negado el proyecto presentado por la Consejera, Dra. Consuelo Sarria, decide la Sala los recursos de apelación interpuestos, mediante apoderado, por la Superintendencia de Control de Cambios, la demandada, y por el BANCO COLOMBO AMERICANO, la parte actora, contra la sentencia del 11 de octubre de 1993, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 0229 y 0492 de 20 de marzo y 14 de junio de 1990, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Control de Cambios.

ANTECEDENTES

El 17 de marzo de 1986, mediante acto administrativo la Superintendencia de Control de Cambios ordenó la apertura de la investigación administrativa al BANCO COLOMBO AMERICANO S.A., con fundamento en la denuncia y los documentos aportados por el señor McNeil Persand Barnes (quien se desempeñó como funcionario de dicho Banco hasta el 12 de diciembre de 1985) en relación con irregularidades en que había incurrido el Banco en cuestión.

Mediante la Resolución 0229 del 20 de marzo de 1990, la Superintendencia de Control de Cambios multó al actor con la suma de $50.202.697, equivalente al 100% del monto de la infracción cambiaria comprobada.

Contra la anterior resolución el actor interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido desfavorablemente por la Superintendencia de Control de Cambios, a través de la Resolución 0492 del 14 de junio de 1990, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la parte actora consideró vulnerados los artículos 1° y 2° de la Ley 33 de 1975; 4, 10, 222 y 246 del Decreto 444 de 1967 y 48 del C.C.A.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Nulidad de los actos administrativos demandados, por haber operado la prescripción y en consecuencia haber perdido competencia la Superintendencia para sancionar a mi representada.

La Administración desconoció lo establecido en la Ley 33 de 1975, toda vez que la Resolución sancionatoria, expedida el 20 de marzo de 1990 (al respecto advirtió que los días 17, 18 y 19 de marzo de 1990 fueron días inhábiles), no fue notificada ni quedó ejecutoriada dentro del término de los cuatro años a que se refiere la mencionada ley y por lo tanto, la Superintendencia de Control de Cambios no interrumpió la prescripción de la acción para sancionar al actor y obró sin competencia.

En apoyo de lo anterior transcribió apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

2. Nulidad de los actos administrativos demandados por violación del artículo 222 del Decreto 444 de 1967, por interpretación.

Afirmó que si el objeto de la entrega de copia del informativo, como lo establece el artículo 222 del decreto 444 de 1967, es permitir al investigado la formulación de descargos y la presentación de pruebas, es evidente que al investigado se le debe entregar no solamente copia del documento en el que se indican los cargos y fundamento jurídico, sino además todos los documentos que se aduzcan en el pliego de cargos como fundamento de los mismos.

3. Nulidad por falsa motivación debido a una errónea e indebida apreciación de las pruebas.

De los medios de prueba apreciados por la Superintendencia de Control de Cambios no se desprende que el bano actor haya expedido certificados de depósito a término pagaderos en Colombia, ni que las divisas correspondientes hayan sido poseídas o negociadas o que hayan sido sacadas.

Tampoco existe prueba alguna de que los títulos fueran pagaderos en Colombia y, del hecho de que los certificados de depósito a término indiquen el domicilio del beneficiario, no se deduce, como erróneamente lo pretende la Superintendencia, que el domicilio sea el mismo lugar donde debe efectuarse el pago.

Por otra parte señaló que, los listados de computador que para la Superintendencia de Control de Cambios constituyeron plena prueba, probarían la existencia de unos depósitos en Panamá, pero no que tales depósitos corresponden a captaciones o egreso ilegal de divisas.

4. Nulidad por falsa motivación de los actos acusados por indebida aplicación de los artículos 4, 10 y 246 del Decreto 444 de 1967.

En los actos acusados y en la actuación adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios no aparece demostrada ninguna de las hipótesis consagradas en el artículo 4° del Decreto 444 de 1967.

Con respecto al artículo 10 ib., para determinar si existe una violación a tal disposición es necesario que se compren o se vendan divisas, que se convierten a moneda nacional, o se adquieren divisas por fuentes distintas al Banco de la República.

En las resoluciones demandadas no está acreditado que el banco actor haya comprado o vendido divisas a través de mecanismos distintos de la compra o venta al Banco de la República.

Finalmente adujo que para que exista violación del artículo 246 del Decreto 444 de 1967 se necesita que el presunto infractor haya ingresado o sacado divisas o moneda legal colombiana del país en forma no autorizada por la Junta Monetaria.

LA OPOSICION

La apoderada de la demandada se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- Con base en la Ley 33 de 1975 y en jurisprudencia del Consejo de Estado alega que, para que no opere la prescripción o caducidad basta que la decisión se profiera dentro del término establecido en la citada ley, sin que se requiera la notificación. Al respecto indicó que se debe diferenciar entre el procedimiento administrativo que culmina una actuación administrativa y la vía gubernativa.

- El artículo 222 del Decreto 444 de 1967 no fue desconocido por la Superintendencia de Control de Cambios, ya que tal norma en parte alguna establece que el traslado deba surtirse con entrega de copia del expediente y por otra parte, la regla general sobre traslados consiste en que estos se surtan menteniendo el expediente a disposición del interesado en la secretaría del despacho respectivo.

- En las resoluciones sancionatorias no se resolvió sobre el valor probatorio de los documentos obrantes en el expediente, porque tal aspecto nunca fue planteado por el banco actor, esto es, frente al mismo no se agotó la vía gubernativa.

- Con fundamento en las pruebas que obran dentro del expediente se concluyó que el banco actor a través de sus sucursales y agencias recibió divisas del público para colocarlas en certificados de depósito a término en su filial BANCO COLOMBO AMERICANO (PANAMA) S.A., vulnerándolos así el artículo 4° del Estatuto Cambiario.

Como tales se recibieron de ciudadanos colombianos residentes en el país, con el propósito de colocarlas en certificados de depósito a término en el BANCO CO-

LOMBO AMERICANO (PANAMA) S.A.; se vulneró el artículo 10 ib., por negociación ilegal de divisas.

Además, como las divisas salieron de Colombia con destino a un banco constituído en otro país, se violó el artículo 246 ib., por egreso ilegal de divisas.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Examinó el cargo planteado como "prescripción de la acción cambiaria" y con fundamento en los artículos 1° y 2° de la Ley 33 de 1975 y en jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que dentro del término de prescripción de la acción contravencional se debe expedir y notificar el acto administrativo sancionatorio. Al respecto citó y transcribió sentencia del Consejo de Estado del 16 de abril de 1993, expediente 4474.

Con fundamento en lo anterior, el *a-quo* concluyó que la notificación de la resolución sancionatoria se produjo con posterioridad al vencimiento del término de prescripción consagrado en la Ley 33 de 1975, toda vez que iniciada la investigación el 17 de marzo de 1986, la ejecutoria se debió producir, a más tardar, el 20 de marzo de 1990 (porque los días 17, 18 y 19 eran inhábiles).

Con respecto a la solicitud del actor de los intereses comerciales, el Tribunal dispuso no reconocer tales intereses, argumentando que la posibilidad legal para acceder a ellos desapareció en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de julio de 1991, que declaró inexequibles los apartes correspondientes del artículo 140 del C.C.A.

En cuanto a la actualización monetaria de la multa impuesta, el *a-quo* manifestó que no se pronunciaba porque el actor no la había solicitado.

LAS APELACIONES

1. DE LA PARTE DEMANDADA

La apoderada de la Superintendencia de Control de Cambios interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

El término de cuatro (4) años establecido en la Ley 33 de 1975 para la prescripción de la acción de las contravenciones al régimen de cambios, se refiere al término dentro del cual el particular puede ser investigado, absuelto o sancionado, y por lo tanto, la notificación de la decisión de la Administración, por ser ajena al procedimiento administrativo (dentro del cual se adelanta la investigación y se adopta la decisión de fondo), no tiene necesariamente que ocurrir dentro del mencionado término, ya que ni la Ley 33 de 1975 ni ninguna otra disposición lo establece.

La notificación no constituye un requisito de validez del acto administrativo sino de su oponibilidad y, el acto administrativo existe desde su expedición, independientemente de que se haya o no notificado. Al respecto señaló que las actuaciones posteriores a su expedición, como lo serían la falta o indebida notificación, no constituyen causales de invalidez.

Concluyó señalando que las resoluciones acusadas fueron expedidas dentro del término consagrado en la Ley 33 de 1975 y en consecuencia, respecto de ellas no operó la prescripción de la acción contravencional.

2. DE LA PARTE DEMANDANTE

El apoderado del actor, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, manifestó que existe a cargo de la Nación la obligación reconocida jurisprudencialmente de aplicar, de oficio o a petición de parte, la "corrección monetaria" a las sumas que se restituyan como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la Superintendencia de Control de Cambios, dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

El apoderado del banco actor reiteró lo manifestado en la sustentación del recurso de apelación, en relación con la actualización de la condena.

En relación con la prescripción de la acción de las contravenciones al régimen de cambios, alegó que la tesis adoptada por la Superintendencia de Control de Cambios desconoce los principios constitucionales de publicidad, eficacia, celeridad y economía procesal, consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

Adujo que de las tres tesis mencionadas por el Tribunal, sólo dos (las referentes a la exigencia de la notificación y de la ejecutoria del acto administrativo sancionatorio) respetan los principios constitucionales antes mencionados.

Finalmente alegó, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 16 de abril de 1993, expediente 4474, que el acto administrativo sancionatorio se debe "expedir" y "notificar" dentro del término de los cuatro años consagrado en la Ley 33 de 1975.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central de la controversia se concreta en determinar si la interrupción del término de prescripción de la acción contravencional al régimen cambiario, a que se refieren los artículos 1° y 2° de la ley 33 de 1975, se configuraba cuando la autoridad competente profiere el acto administrativo que impone la sanción o si por el contrario,

es necesario que el acto administrativo sancionatorio sea expedido, notificado y quede ejecutoriado dentro de dicho término.

Los artículo 1° y 2° de la ley 33 de 1975 establecen que:

> "Artículo 1°. La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años, y la sanción en ocho (8).
>
> "Artículo 2°. La prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior se interrumpirá por el auto de apertura de la investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción".

Estima la Sala que el término de prescripción se interrumpe si el acto administrativo que impone la sanción se **expide** y **notifica** dentro del lapso de cuatro (4) años que los artículos 1° y 2° de la Ley 33 de 1975 prevé para el efecto. Pues no basta que la autoridad administrativa profiera la Resolución sancionatoria dentro del plazo, sino que es necesario que la misma se dé a conocer al interesado a través de la diligencia de notificación, que deberá efectuarse dentro del mismo lapso.

La notificación tiene por objeto que el interesado se entere del acto administrativo que el resuelve una situación, y hasta tanto se produzca aquélla el acto carece de efectos legales, en otras palabras, es ineficaz. Por ello, tratándose de decisiones administrativas se entiende que hay pronunciamiento real y oportuno cuando éste se ha dado a conocer al interesado, de manera que produzca efecto vinculante, pues antes el administrado no conoce la voluntad de la Administración y en consecuencia no les oponible.

De esta forma precisa la Sala que, el término otorgado por la ley a la Superintendencia de Control de Cambios para imponer sanciones por infracciones al régimen cambiario, comporta la diligencia de notificación del acto que pone fin a la actuación administrativa.

En el asunto bajo examen, observa la Sala, que el Auto de apertura de la investigación fue dictada por la Superintendencia de Control de Cambios el 17 de marzo de 1986 (fls. 74 y 75 Cdno. No. 3 Antecedentes) y que el acto administrativo que impuso la sanción, Resolución 229 del 20 de marzo de 1990, (fls. 26 a 45 Cdno. Ppal.), sólo fue notificado al BANCO COLOMBO AMERICANO, el seis (6) de abril de 1990 (fl. 46 Cdno. Ppal.), esto es, por fuera del término de competencia temporal asignado en la ley, que en principio vencía el 17 de marzo de 1990 pero como los días 17, 18 y 19 de marzo de 1990 fueron inhábiles, el plazo se extendió hasta el 20 de marzo de 1990.

Por lo anterior, concluye la Sala que no era suficiente con la expedición del acto administrativo mediante el cual la Superintendencia de Control de Cambios se pronunció, imponiendo la sanción (Res. No. 0229) que fue proferida el 20 de marzo de 1990; pero que sólo se notificó el 6 de abril de 1990, lo que significa que cuando algún efecto podía producir, ya había precluído el término para ello y por tanto resultó ineficaz.

El motivo de la apelación de la parte actora se concreta en la decisión del Tribunal en el sentido de que "la Sala no se pronuncia sobre la actualización monetaria de la multa impuesta en razón a que el actor no la solicitó", sobre la cual manifiesta el recurrente que "existe a cargo de la Nación la obligación reconocida jurisprudencialmente, de aplicar **de oficio o a petición de parte, la corrección monetaria a las sumas que se restituyan al demandado** (sic)". Transcribe al efecto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Sección Tercera de esta Corporación.

Consecuencialmente, solicita "se sirva ordenar al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocar el numeral 3° de la providencia apelada y determinar, con arreglo a las normas e índices aplicables, la corrección monetaria a que debe someterse la suma que se ordena restituir a mi representada".

Considera la Sala que no puede accederse a la pretensión elevada en esta instancia, como quiera que dicho ajuste no se solicitó y fundamentó en el escrito de demanda. En efecto, en el libelo la única mención sobre intereses se halla en el Capítulo II, LO QUE SE DEMANDA, así:

> "2. Como consecuencia de las nulidades impetradas, se solicita el restablecimiento del derecho de mi representada, ordenando a las autoridades competentes la devolución de la suma de Cincuenta y Dos Millones Doscientos Dos Mil Seiscientos Noventa y Siete Pesos (52'202. 697) pagada por mi representada con fecha 26 de junio de 1990 en cumplimiento de los actos administrativos demandados, con los correspondientes intereses comerciales computados desde la fecha en que se realizó dicho pago".

Por tanto la decisiónd el *a-quo* se ajustó a derecho, pues el Tribunal no podía, so pena de incurrir en fallo *extra petita*, efectuar pronunciamientos por fuera de lo pedido en el libelo de la demanda o su corrección, dado que en virtud del principio de congruencia el fallo debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, en la forma como lo dispone el artículo 170 del C.C.A., en concordancia con el 305 del C.P.C.

En otras oportunidades la Sala ha aceptado el ajuste monetario de las sumas a devolver a título de restablecimiento del derecho, respondiendo a las peticiones que en tal sentido fueron planteadas en la demanda, ya en forma principal o subsidiariamente, pero en todo caso ante solicitud del demandante, debidamente formulada, esto es, con "los fundamentos de derecho de las pretensiones" tal como prevé el artículo 137 numeral 4° del C.C.A., exigencia que no se cumple en el caso que se resuelve, pues la petición genérica de que se "determine con arreglo a las normas e índices aplicables" la corrección monetaria a que debe someterse la suma que se ordena devolver, no señala las normas que considera el actor son las aplicables, o a cuáles pretende acogerse.

De esta forma resulta claro para la Sala que el actor no cumplió con la carga procesal expresamente establecida en el artículo 137 numeral 4°, del C.C.A. de indicar los "fundamentos de derecho de las pretensiones".

Por lo anterior, se confirmará la sentencia del *a-quo*, con la aclaración de que la suma a devolver es de $50'202.697, valor consignado a favor de la Tesorería General de la República el 26 de junio de 1990 y no la cantidad de $52'202.697, como equivocadamente lo solicitó la actora.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,* Salvó el voto.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

TERMINO DE PRESCRIPCION-Interrupción/**NOTIFICACION**-Objeto/ **ACTO ADMINISTRATIVO**/(Salvamento de Voto)

A mi juicio, el término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su decisión de imponer una sanción, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria. Si el acto administrativo contentivo de la sanción, es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescrpción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Aceptar lo contrario implicaría recortar el término consagrado por el legislador para que la administración actúe, en ejercicio de su competencia. La notificación es un mecanismo a través del cual, se hace conocer del afectado, la voluntad de la Administración, pero no es un elemento estructural del acto administrativo y por eso en nuestra legislación positiva la falta de su notificación no está consagrada como causal de su anulación. (art. 84 del C.C.A.).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-

Salvamento de Voto de la: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5260. Actor: Banco Colombo Americano. Providencia del 15 de julio de 1994.

No comparto la decisión que antecede, por las razones que motivaron el proyecto que fue presentado en la sesión del 24 de junio de 1994 a consideración de la Sala y que con el debido respeto por la tesis mayoritaria, expongo a continuación.

La providencia de la cual discrepo se fundamenta en que la notificación de la sanción aplicada se produjo por fuera del término de prescripción de la acción sancionatoria.

A mi juicio, el término de prescripción se interrumpió cuando la autoridad competente profirió el acto administrativo contentivo de su decisión de imponer una sanción, independientemente de la fecha de su notificación y ejecutoria.

Si el acto administrativo contentivo de la sanción, es expedido dentro de los cuatro años previstos por la ley, se interrumpe el término de prescripción, ya que hay una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Aceptar lo contrario implicaría recortar el término consagrado por el legislador para que la administración actúe, en ejercicio de su competencia.

La notificación es un mecanismo a través del cual, se hace conocer del afectado, la voluntad de la Administración, pero no es un elemento estructural del acto administrativo y por eso en nuestra legislación positiva la falta de su notificación no está consagrada como causal de su anulación. (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo).

Por todo lo anterior, considero que en el caso de autos, como el acto administrativo que impuso las multas fue proferido dentro de los 4 años a que se refiere la ley, la Administración actuó conforme a derecho en este aspecto y la Sala ha debido analizar los demás cuestionamientos hechos por la parte actora y apelante.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha: Ut Supra.

POTESTAD REGLAMENTARIA

El artículo 189 de la C.N. fija los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo 181-11 de la C.P. enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser obscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior. Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley", para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos

a los en ella señalados. ANULASE el parágrafo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice: "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en al cuenta corrección monetaria fiscal".

DEDUCCION TEORICA/ACTIVO NO MONETARIO/CUENTA CORRECCION MONETARIA/AJUSTE POR INFLACION

El reglamento, para efectos del cálculo de la deducción teórica, hizo una distinción de los activos monetarios enumerados en el artículo 324 del Estatuto Tributario, separando aquellos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria fiscal, con el fin de excluirlos de la sumatoria que sirve de término de comparación con el patrimonio líquido, a efectos de determinar si se tiene o no derecho al beneficio fiscal. El argumento de que como el beneficio de la deducción teórica es parte integral del sistema de ajustes por inflación, el análisis de la reglamentación debe hacerse frente a todo el conjunto de la legislación que lo contempla no resulta válido en la medida en que, de una parte, no es exactamente cierto que el citado beneficio sea un elemento necesario y permanente de dicho sistema, dadas su temporalidad y reducción gradual hasta su desaparición total en 1997, y de otra, por cuanto que no puede, dentro del orden jerárquico normativo que nos rige tener vigencia una norma que viole alguna disposición superior aunque resulte bien avenida con otras, también superiores, contenidas en el mismo régimen. No cree la Sala que el legislador haya ignorado tal hecho o que habiéndolo previsto no lo hubiera tenido en cuenta al legislar, por el contrario previó el beneficio fiscal de tal manera que desaparecido no tuviera influencia futura en el nuevo sistema legal. ANULASE el parágrafo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice: "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5393. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Acción de nulidad contra el parágrafo 2o. artículo 21 Decreto Reglamentario 2075 del 23 de diciembre de 1992, reformado por el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, expedidos por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA actuando en su propio nombre solicita de la jurisdicción la declaratoria de nulidad del parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 del 23 de diciembre de 1992, tal como fue reformado por el artículo 8o. del Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993 proferido por el Gobierno Nacional.

1.- El acto acusado

El contenido de la norma acusada según precisa la demanda es el siguiente:

El parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, quedará así:

> "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste en la cuenta de corrección monetaria fiscal".

Luego de transcribir el texto del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1994, afirma que al comparar la disposición acusada con el artículo 354 del Estatuto Tributario es obvio que aquella contiene, una disposición que restringe los derechos consagrados en la norma legal a favor del contribuyente.

En efecto la norma otorga a los contribuyentes el beneficio fiscal de la deducción teórica, calculado según se indica en la misma, sumando el total de los activos no monetarios poseídos por el contribuyente al comienzo del año, representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones. Sin hacer distinción entre activos que dan lugar a ajustes crédito en la cuenta de corrección monetaria y los que están en el caso contrario. Suma de la cual se sustrae el patrimonio líquido a la misma fecha y a tal resultado se aplica el porcentaje del PAAG, fijado para el correspondiente período gravable y tal producto constituye la deducción teórica a que tiene derecho el contribuyente, cuya única limitación está constituída por la circunstancia de que el beneficio fiscal no puede exceder del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria.

Contrariando la norma, el decreto acusado señala que en la sumatoria de los activos no monetarios, no debía quedar incluido el costo fiscal de aquellos activos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria.

Por lo que resulta evidente que al establecer el reglamento una prohibición no consagrada en la ley, redujo el valor de la deducción en referencia y, por consiguiente, restringió el derecho de los contribuyentes en forma ilegal, pues ciertamente puede ser mayor el resultado que se obtiene de la aplicación de las normas de la ley al que se obtiene por aplicación de la norma demandada.

Alega que tal como lo ha precisado la jurisprudencia los decretos reglamentarios no pueden restringir el alcance de las leyes, pues ello no sería reglamentar sino legislar.

Cita en apoyo de su argumentación algunas sentencias proferidas por la Corporación en las cuales se analiza el tema relacionado con la potestad reglamentaria.

Solicitó con base en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional del parágrafo acusado, por ser a su juicio violatorio del ordenamiento superior, como se advertía de la simple confrontación de las normas interesadas.

Petición a la cual accedió la Sala en providencia del 3 de marzo de 1994 al encontrar que de la simple confrontación de las normas reglamentada y la reglamentaria acusada era evidente la inclusión en ésta de una distinción que no hacia aquella.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La entidad demandada mediante apoderado especial se opone a la petición de nulidad de la norma acusada porque de conformidad con el numeral 3o. del artículo 354 del Estatuto Tributario, el límite de la deducción teórica será hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fiscal.

Previsión que tiene su razón de ser en el hecho de que aunque al inicio del año gravable la situación financiera del contribuyente justifique el beneficio de la deducción teórica es posible que su situación financiera varie al final del período fiscal y entonces el beneficio de la deducción teórica debe ser proporcional a dicha variación.

Alega en relación con el contenido del artículo 333-2 del Estatuto Tributario, que cuando la norma expresa que los conceptos relativos a gastos financieros que han sido incorporados como un mayor costo del activo, se excluyan para efectos del ajuste por PAAG, no está indicando que se excluyan de los ajustes integrados por inflacción los activos en proceso de construcción, sino los valores correspondientes a los gastos financieros incorporados como un mayor costo del bien.

La situación de excepción a los ajustes por inflacción referida a la solicitud de no realizar el ajuste en el evento contemplado en el artículo 341, no puede constituirse en

fundamento de ilegalidad de la disposición acusada, en cuando comprende los efectos que por situaciones particulares pueda originar la aplicación del sistema de ajustes, porque en todo caso el reglamento parte del supuesto legal de que todos los activos no monetarios señalados en el artículo 354 del Estatuto Tributario para el cálculo de la deducción teótica han dado lugar a un crédito en la cuenta de corrección monetaria fiscal.

Precisión que hizo el reglamento, porque la ley por naturaleza general, no se ocupa de precisar situaciones particulares y concretas.

Concluye que la única excepción que a los ajustes contiene el artículo 354 del Estatuto Tributario resulta válida para aplicación del sistema general de ajustes por inflación pero resulta inapropiada para la deducción teórica a que tienen derecho algunos contribuyentes.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor al alegar de conclusión contradice los argumentos expuestos por la apoderada de la demandada porque:

1.- No es cierto la premisa en el sentido de que los activos no monetarios siempre dan origen a un ajuste crédito a la cuenta de corrección monetaria, es tanto como afirmar que la norma acusada no tiene razón de ser en el Derecho Tributario Colombiano y que el Gobierno Nacional no sabía lo que estaba haciendo al expedir el reglamento.

2.- Resulta contradictoria la afirmación hecha, con la aseveración de que los casos en los cuales no se produce el ajuste crédito en referencia son "situaciones de excepción" y no ameritan la ilegalidad impetrada.

3.- Existen varios casos en los cuales los activos no monetarios enumerados en el artículo 354 del Estatuto Tributario, no generan el ajuste en referencia como son los señalados en los artículo 342 y 333 del Estatuto Tributario, 9o. del Decreto 2075 de 1992; 8o., parágrafo del mismo Decreto 2075 de 1992 y, en el 10 del Decreto 2912 de 1991.

4.- El hecho de que la disposición acusada pueda referirse a casos excepcionales no la libra de la tacha de ilegalidad, pues ésta es de naturaleza cualitativa y no cuantitativa.

5.- Si bien los reglamentos pueden referirse a casos particulares no nicluidos en la ley, no puede llegar hata el extremo de incurrir en la "restricción del derecho a la deducción teórica".

6.- La norma acusada contempla distinciones no previstas en la ley, cuyo efecto es la restricción del derecho a la deducción teórica.

Reitera la petición de que se declare la nulidad de la norma acusada.

La apoderada de la demandada al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos al contestar la demanda relacionados primordialmente con la variación que pueda tener el patrimonio del contribuyente al inicio y final del ejercicio fiscal, y afirma que como algunos de los bienes, pueden desaparecer del activo por efecto de enajenación o pérdida ocurrida durante el período, no habrán dado lugar a ningún ajuste crédito a la cuenta de corrección monetaria, y entonces considerar que tales activos deban hacer parte de la sumatoria de los bienes al inicio del ejercicio fiscal para efectos del cálculo de la deducción teórica, es desconocer el mismo contenido de la ley, porque ella limita la deducción teórica al saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria a diciembre 31 del respectivo ejercicio y este corresponde al ajuste de los activos no monetarios poseídos por el contribuyente en la misma fecha.

Acusa al actor de hacer una interpretación literal aislada de la ley, impropia de la materia regulada por ella, descartando así la elaboración de soluciones normativas que permitan mantener la unidad ideológica del sistema de ajustes por inflación. A su juicio la interpretación armónica permite concluir la legalidad del reglamento acusado.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, pide se acepten las súplicas de la demanda porque el artículo 354 del Estatuto Tributario al determinar taxativamente los activos que deben tenerse en cuenta para comparar su suma con el patrimonio líquido, no hace distinción alguna entre ellos, que permita pensar que de dicha sumatoria se excluyan determinados bienes de los allí relacionados.

Señala que como enseña el artículo 27 del Código Civil "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". No podía en consecuencia, el intérprete, hacer interpretación diferente a la contenida en la norma y por lo tanto no podía el decreto reglamentario limitar el alcance de la ley, excluyendo algunos activos de la sumatoria a que se refiere el artículo 354 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Potestad reglamentaria (alcances y límites)

Dispone el artículo 189 de la Constitución Política:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa: ..."

"...11.- Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes **necesarios** para la cumplida ejecución de las leyes..."

Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad.

Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad.

El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser obscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

En consecuencia el órgano administrativo debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho. Si el texto es claro no requiere reglamentación, y si el ejecutivo la realiza, cuando menos incurre en un ejercicio inocuo del poder reglamentario. Ahora bien, si modifica su contexto, adicionando o recortando, lo dispuesto en la ley, incurre en violación no solo de la norma legal reglamentada, sino de la norma constitucional que define el poder reglamentario en los términos referidos.

Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley", para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la

preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo competente al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150, y eventualmente puede ejercerla el Presidente en los excepcionales casos que la misma Carta contempla, sin que jamás puedan confundirse la facultad de hacer las leyes con la facultad de reglamentarlas.

Hechos los anteriores planteamientos analiza la Sala la norma acusada, sobre la cual concreta el demandante el cargo de nulidad, en el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno al distinguir para efectos de excluir en la norma acusada, el costo fiscal de aquellos activos no monetarios que no dieran un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria, y para el efecto realiza la confrontación de las normas invocadas por el demandante como violadas y el parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 de diciembre 23 de 1992, reformado por el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, tal como se hace a continuación:

"Artículo 354 del Estatuto Tributario, cuyo texto es el siguiente:

"Por los daños gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996 los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en al forma prevista en este título, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria **de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones,** tendrán derecho a una deducción teórica que se determinará así:

"1. Se obtiene la diferencia entre los activos no **monetarios ya señalados y el patrimonio líquido inicial".**

"2. El resultado se multiplica por el 55% del PAAG para 1992".

"el 45% del PAAG para 1993"

"el 35% del PAAG para 1994"

"Artículo 21 del Decreto reglamentario 2077 de 1992, tal como quedó después de la reforma del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1994, dice así:

"Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales. Por los años gravables de 1992, 1993, 1994, 1995 y 1996, los contribuyentes que hayan efectuado los ajustes en la forma prevista en este decreto, y que al inicio de cada año presenten un patrimonio líquido inferior a la sumatoria que a la misma fecha tenga el costo fiscal de los activos no monetarios representados en terrenos, edificios, maquinaria, equipo, muebles, inventarios, aportes en sociedades y acciones, tendrán derecho a una deducción teórica, que se determinará así:

"1. Se obtiene la diferencia entre los activos no monetarios señalados y el patrimonio líquido, al inicio del ejercicio".

"2. El resultado se multiplica por"

"El 55% del PAAG para 1992"

"El 45% del PAAG para 1993"

"el 25% del PAAG para 1995"
"el 15% del PAAG para 1996"

"3. El resultado así obtenido constituye la deducción teórica del respectivo período, la cual podrá solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria". (Resalta la Sala).

"El 35% del PAAG para 1994"
"El 25% del PAAG para 1995"
"El 15% del PAAG para 1996"

"3. El resultado así obtenido constituye la deducción teórica del respectivo año gravable, la cual podrá solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fiscal, calculada antes de los ajustes a las cuentas de resultado a que se refieren los artículo 16 y 27 de este decreto".

"PAR. 1o.- Cuando se trate de sociedades que constituyan en el año el valor de los activos no monetarios será el que tengan al momento de su constitución".

"PAR 2o.- **Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".**

"PAR. 3o.- Para los efectos de lo dispuesto en el numeral primero del presente artículo, cuando el patrimonio líquido inicial sea negativo, se tomará como diferencia el valor de los activos monterios". (Subraya la Sala).

La anterior confrontación permite observar *prima facie,* que efectivamente el reglamento, para efectos del cálculo de la deducción teórica, hizo una distinción de los activos monetarios enumerados en el artículo 324 del Estatuto Tributario, separando aquellos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria fiscal, con el fin de excluirlos de la sumatoria que sirve de término de comparación con el patrimonio líquido, a efectos de determinar si se tiene o no derecho al beneficio fiscal.

El argumento de la demandada de que como el beneficio de la deducción teórica es parte integral del sistema de ajustes por inflación, el análisis de la reglamentación debe hacerse frente a todo el conjunto de la legislación que lo contempla no resulta válido en la medida en que, de una parte, no es exactamente cierto que el citado beneficio sea un elemento necesario y permanente de dicho sistema, dadas su

temporalidad y reducción gradual hasta su desaparición total en 1997, y de otra, por cuanto que no puede, dentro del orden jerárquico normativo que nos rige tener vigencia una norma que viole alguna disposición superior aunque resulte bien avenida con otras, también superiores, contenidas en el mismo régimen.

No cree la Sala que el legislador haya ignorado tal hecho o que habiéndolo previsto no lo hubiera tenido en cuenta al legislar, por el contrario previó el beneficio fiscal de tal manera que desaparecido no tuviera influencia futura en el nuevo sistema legal.

Distinta es la circunstancia de que el beneficio fiscal tenga un campo reducido de aplicación y que se consigne exclusivamente para aquellos contribuyentes sujetos de manera general al sistema de ajuste por inflación, independientemente del hecho de que previamente haya o no registrado un crédito a la cuenta de corrección monetaria por sus activos no monetarios poseídos al inicio del período gravable.

En efecto, las normas que gobiernan el sistema de ajustes por inflación y especialmente las que determinan los ajustes a los activos no monetarios, con su correspondiente crédito a la cuenta de corrección monetaria, contienen el propio límite para el otorgamiento del beneficio fiscal; pues si el activo no monetario no dio origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria, el saldo final de dicha cuenta, factor que utiliza la ley para medir el tope máximo o límite del beneficio fiscal, resulta menor, mientras que, si el activo hubiera sido objeto de ajuste incrementaría el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria y al ser superior sería por ende mayor el límite del beneficio. Contiene así sabiamente la norma la justificación y el control del beneficio fiscal en la medida que el activo no monetario haya sido o no objeto de ajuste crédito.

Por lo que no resulta válido que el reglamento al calcular la deducción teórica cree un nuevo límite a efecto de reducir, no de contener dentro de los parámetros legales, el beneficio fiscal.

Por esta misma circunstancia no es cierto que la situación financiera del contribuyente al final del ejercicio no justifique hipotéticamente el beneficio tributario, porque éste se estableció como una gradualidad en la aplicación de los ajustes por inflación para aquellos contribuyentes que al inicio del ejercicio fiscal tuvieran un patrimonio líquido inferior a la sumatoria de sus activos no monetarios, e independientemente de que al final del ejercicio su situación haya mejorado o empeorado financieramente.

Mas aún cuando ésta puede resultar desfavorable al contribuyente si partiendo del mismo grado de endeudamiento inicial, sumados los gastos financieros, el valor patrimonial de sus activos no monetarios al final del ejercicio y por efectos de mercado, cualquiera que sea, resulte inferior en un 50% al costo que resultaría si se aplicara el ajuste respectivo.

Adicionalmente a lo expuesto, también la ley sabiamente previó la injerencia que en el sistema de ajustes por inflación tenía le hecho de no efectuar el ajuste de los activos monetarios con crédito a la cuenta de corrección monetaria al prever en el inciso 4o. del artículo 341 del Estatuto Tributario que:

> "...Cuando no se efectúe el ajuste a los activos por no haberse obtenido respuesta de la Administración, el contribuyente no tendrá derecho a efectuar el ajuste en el patrimonio líquido establecido en el artículo 345, en la parte proporcional del activo que esté financiado con patrimonio líquido del contribuyente".

Disminución que sin duda influye en el cálculo del beneficio para períodos siguientes.

El anterior análisis lleva inexorablemente a la conclusión de que evidentemente la norma acusada al distinguir, para efectos del cálculo de la deducción teórica, entre activos no monetarios que dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria de aquellos que no lo dieron con el objeto de excluirlos como factor de la sumatoria que serviría de elemento comparativo con el patrimonio líquido del inicio del período gravable, violó la norma superior al restringir su alcance, pues el artículo 354 del Estatuto Tributario, al determinar en forma taxativa los activos a tener en cuenta para efectos de la sumatoria no hizo distinción alguna.

Por lo tanto la norma acusada debe retirarse del ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.- **ANULASE** el parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice:

> "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

2.- **RECONOCESE** personería a la doctora Elizabeth Whitingham García a términos del poder que obra a folio 34 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en providencia de 4 de noviembre de 1994, Exp. 5612, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

NORMA PENAL-Inaplicabilidad/SANCION ADMINISTRATIVA/SANCION PENAL

Como en repetidas oportunidades ha expresado la Corporación, si bien es cierto que el artículo 375 del Código Penal determina la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el libro primero a las materias penales de que tratan otras leyes, siempre que en ellas no se disponga de manera diferente, ellas no se aplican a las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria, porque los campos de aplicación de uno u otro ordenamiento están claramente delimitados por razón de la materia. Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue castigar una falta, o corregir una conducta antisocial, previamente tipificada por la ley, para quien incurra en ella, en el segundo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza, de orden público económico. Es en pos de ese objetivo que el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera, y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/SANCIONES DE LA SUPERBANCARIA

La función de vigilancia y control contribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria, es de naturaleza administrativa,

que se ejerce de manera permanente y en forma ininterrumpida, a través de diferentes instrumentos entre los cuales están los mecanismos coercitivos y sancionatorios. Dentro de este contexto la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos administrativos que le otorga la ley, para que mantenga las condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados. Las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria al transgresor de las normas y reglamentos que deben observar las personas cuya actividad tienen por objeto la captación y colocación de recursos del público, son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del Código Penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal.

FUERZA MAYOR/CASO FORTUITO/DEFECTO DE ENCAJE

Llama el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 "Fuerza Mayor o caso fortuito", el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. Hechos estos que son eximentes de responsabilidad, cuando como lo indica la norma, tengan el carácter de irresistibles e imprevisibles y siempre que además no haya influido en su ocurrencia la negligencia o culpa por acción u omisión de quien la alega en su favor. No puede admitirse que en la inobservancia del encaje requerido y los defectos de inversión por parte de una entidad bancaria, tengan justificación la ocurrencia de la Fuerza Mayor cuanto ésta deriva de un error de cálculo en que "involuntariamente", incurrió el Banco en la autorización del cierre bancario a 5 de junio de 1987, o en los retiros "masivos" hechos en el mes de junio de cuentarrentistas oficiales y particulares, debido a la crítica de su situación financiera y administrativa a que se vio avocada debido a la publicación de artículos y editoriales periodísticos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 4846. Actor: Banco del Comercio. Autoridades Nacionales. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 2 de febrero de 1993, mediante la cual el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad BANCO DEL COMERCIO, contra las Resoluciones Nos. 1592 del 18 de mayo de 1988 y 1726 del 1° de junio de 1989 en virtud de las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso sanción pecuniaria por defectos de encaje.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria en atención a que el Banco desconoció la obligación de dar cumplimiento a las normas de encaje previstas en el Decreto 3728 de 1982 y las Resoluciones 50 de 1974; 27 de 1983; 61 de 1984; 84 de 1985; 1, 2 y 87 de 1986 y 33 de 1987 de la Junta Monetaria, y que presentó defectos de $15.407.901.000 durante el mes de junio de 1987, procedió a imponerle mediante la Resolución No. 1592 del 18 de mayo de 1988, multa de $28.382.975.52.

Contra dicha Resolución la Corporación interpuso recurso de reposición alegando en su favor la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito; la que hizo consistir, entre otras circunstancias, en la disminución de depósitos en la primera semana de junio.

El recurso fue fallado mediante la Resolución 1726 del 1° de junio de 1989, mediante la cual la Superintendencia Bancaria rechazó los cargos propuestos y confirmó el acto sancionatorio.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa la Corporación demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el acto administrativo sancionatorio, alegando que incurrió en transgresión de los artículos 5°, 18, 35, 40 y 375 del Código Penal; 40 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que:

1) No incurrió el acto administrativo en violación de los artículos 5°, 18, 35 y 375 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal, porque los principios del derecho penal, especialmente el elemento culpabilidad, que sólo podía predicarse de la persona humana, no tenían cabida en otra rama autónoma del derecho como lo era el derecho administrativo, puesto que la finalidad de la sanción en uno y otro difieren, no solo en cuanto a la materia misma de los hechos que constituyen la infracción, sino también en cuanto al objetivo que se persigue al imponerla.

Citó en apoyo la sentencia del 16 de junio de 1987, expediente 1028.

Tampoco tenía cabida la Fuerza Mayor alegada, de acuerdo con lo dicho en la misma sentencia cuyos apartes transcribe.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar, reitera en su favor la ocurrencia de la Fuerza Mayor, que exime de responsabilidad y proscribe la aplicación de sanciones ante el hecho consistente en una situación de detrimento patrimonial que resultó imprevista e irresistible a pesar de los esfuerzos que para corregirla hizo el Banco.

En cuanto a la violación de los artículo 5°, 35 y 375 del Código Penal, por falta de aplicación, reitera los razonamientos expuestos en la demanda, pues no hay duda que la infracción en que incurrió la Corporación es una contravención penal, y por lo tanto han debido aplicarse los principios generales del Código Penal, que proscriben la responsabilidad objetiva y que impiden que alguien sea castigado cuando la acción no se ha cometido con dolo, culpa o preterintención.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión la apoderada de la entidad demandada, solicita la confirmación del fallo apelado y se opone a los planteamientos de la Corporación actora sobre la aplicación de los artículos 5° y 35 del Código Penal y 375 del Código de Procedimiento Penal, como a la ocurrencia de la Fuerza Mayor como eximente de responsabilidad, porque ésta no se configuró de acuerdo con las previsiones de los artículos 64 y 1604 del Código Civil, ya que las justificaciones alegadas por el Banco sólo demuestran que incurrió en un equivocado manejo de la cartera y evaluación del riesgo probable, que estaba en la obligación de manejar con el esmero y profesionalismo que la ley impone a todas las personas dedicadas a la explotación comercial del negocio financiero.

Hechos que se evidencian en el oficio enviado por la Superintendencia al Tribunal Sección Primera, en otro proceso, cuyo ejemplar anexa a título informativo.

La actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y en el recurso de apelación sobre la transgresión de los principios generales del Código de Procedimiento Penal y 375 del Código Penal y la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación no conceptúo en este negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Aplicación de los principios penales en el campo administrativo.

Como en repetidas oportunidades ha expresado la Corporación, si bien es cierto que el artículo 375 del Código Penal determina la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el libro primero a las materias penales de que tratan otras

leyes, siempre en ellas no se disponga de manera diferente, ellas no se aplican a las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria, porque:

1.1 Porque los campos de aplicación de uno u otro ordenamiento están claramente delimitados por razón de la materia en forma expresa por los artículos 36 y 40 del Código de Régimen Político y Municipal, como en el mismo Código Penal artículo 1o., y Código Administrativo, artículo 1o.

Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal y en el campo administrativo, pues mientras en el primero se persigue castigar una falta, o corregir una conducta antisocial, previamente tipificada por la ley, para quien incurrá en ella; en el segundo, se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se analiza, de orden público económico.

Es en pos de ese objetivo que el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera, y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere de objetividad sin que en manera alguna pueda quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, como son el dolo o la culpa, menos aún cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales, sino por personas morales o jurídicas, como en el caso de la actividad financiera y el manejo del sistema de ahorro de valor constante que sólo puede realizarse a través de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, sin que pueda tener entonces cabida el elemento culpa, preterintencionalidad o dolo que consagra el Código Penal para las personas naturales.

1.2 La función de vigilancia y control atribuida por la Constitución Nacional a la Superintendencia Bancaria, es de naturaleza administrativa, que se ejerce de manera permanente y en forma ininterrumpida, a través de diferentes instrumentos entre los cuales están los mecanismos coercitivos y sancionatorios. Dentro de este contexto la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria forma parte de los mecanismos administrativos que le otorga la ley, para que mantenga las condiciones propias del sector financiero que le dan características de confianza y seguridad ante los asociados.

1.3 Las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria al transgresor de las normas y reglamentos que deben observar las personas cuya actividad tienen por objeto la captación y colocación de recursos del público, son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del Código Penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal.

1.4 En el derecho administrativo el orden de prelación de normas y principios está perfectamente delimitado por lo que las situaciones y actuaciones administrativas se regulan de manera general por las normas para ellas establecidas como lo ordena el

Decreto 01 de 1984, en su artículo 1o., a menos que exista una disposición expresa que las regule de manera especial. No existiendo dicha reglamentación especial se aplica el Decreto 01 de 1984, estatuto que en su artículo 3° consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29), sin que pueda inferirse entonces, que las normas del Código Penal, deban aplicarse obligatoriamente por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional.

2.- Fuerza Mayor

Llama el artículo 1° de la Ley 95 de 1890 "Fuerza Mayor o caso fortuito", el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Hechos estos que son eximentes de responsabilidad, cuando como lo indica la norma, tengan el carácter de irresistibles e imprevisibles y siempre que además no haya influido en su ocurrencia la negligencia o culpa por acción u omisión de quien la alega en su favor.

No puede admitirse que en la inobservancia del encaje requerido y los defectos de inversión por parte de una entidad bancaria, tengan justificación la ocurrencia de la Fuerza Mayor cuanto ésta deriva de un error de cálculo en que "involuntariamente", incurrió el Banco en la autorización del cierre bancario a 5 de junio de 1987, o en los retiros "masivos" hechos en el mes de junio de cuentarrentistas oficiales y particulares, debido a lo crítico de su situación financiera y administrativa a que se vió avocada debido a la publicación de artículos y editoriales periodísticos. Porque si el Banco admite que incurrió en equivocación involuntaria en la aplicación del cálculo entre cédulas BCH, bonos de ahorro y vivienda ICT y los nuevos bonos clase "B" de que trata la Resolución 1a. de 1986, corregida tal deficiencia, no se subsanó el requerido de encaje.

No ve la Sala como la autorización de cierre del balance de 1986 en junio 5 de 1987, haya influido en el desconocimiento de los niveles de encaje, porque la aprobación de determinados asientos contables en dicha fecha no imposibilitaba a la entidad bancaria para el cumplimiento de las obligaciones legales.

Tampoco el retiro de fondos pro parte de los cuentarrentistas oficiales o privados constituye una circunstancia imprevisible, por el contrario, en determinadas épocas del año es frecuente esta clase de retiros, y en el mes de junio ocurre generalmente por el hecho de coincidir con época de vacaciones y pago de prestaciones legales periódicas como lo es la prima de servicio; por lo tanto, no puede alegar el Banco imprevisión del hecho, en primer lugar, porque siendo las disponibilidades dinerarias la materia prima para el desarrollo de su objeto social, su conocimiento, su control y su manejo prudente, constituyen factores de preocupación cotidiana que no admiten imprevisión, en segundo lugar, como claramente lo anotan los actos acusados (Resolución 1726 Fl. 22 cdno.

ppal.) hecho el análisis sobre los depósitos en cuenta corriente en el citado mes, se concluyó que no registraron una disminución diaria, por el contrario se observa un aumento durante la cuarta semana de junio, por lo que la disminución en la cuantía no fue de tal magnitud que diera lugar a las irregularidades del encaje.

Adicionalmente, los depósitos en Certificados de Depósito a Término que fueron retirados, tenían vencimiento en esta fecha de junio de 1987, circunstancia perfectamente conocida por el Banco.

Aún en el evento de que artículos periodísticos o informes de prensa sobre el deficiente manejo administrativo o financiero de la entidad bancaria, diera lugar al retiro de fondos, tal hecho no deriva del artículo en sí, sino de la irregularidad y negligencia en que incurre el Banco en el manejo administrativo y financiero, hecho que descarta la Fuerza Mayor como exculpación de la conducta infractora.

No encuentra así la Sala, elemento de juicio que amerite la revocación de la providencia apelada y por lo tanto ésta habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. CONFIRMASE la sentencia proferida en el juicio 324 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de febrero de 1993.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SALDO A FAVOR/IMPUTACION/COMPENSACION/DEVOLUCION

El artículo 815 del E.T. prevé que la recuperación de los saldos a favor que resulten en las declaraciones tributarias podrá ser efectuada por medio de la imputación dentro de la liquidación privada correspondiente al siguiente período, gravable; o a través de la solicitud de compensación con deudas por concepto de impuestos, anticipos, rentenciones, intereses y sanciones y el artículo 850 ib., establece como tercer mecanismo para recuperar los mencionados saldos, el procedimiento de las devoluciones.

COMPENSACION-Oportunidad/TERMINO PARA SOLICITAR COMPENSACION

La posibilidad de efectuar compensaciones está condicionada, entre otros requisitos, a que la solicitud se subordine a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacerlas efectivas. El artículo 816 del E.T., estableció un término para el ejercicio del derecho a la compensación de los saldos a favor, fijándolo en dos años, contados a partir de la fecha de vencimiento del término para declarar, que en el caso que se atiende, empezó a correr el 5 de julio de 1989 y venció el 5 de julio de 1991. Se anota que la petición formulada por la sociedad no tuvo como fundamento saldos a favor resultantes de decisiones gubernativas o fallos contencioso administrativos, sino precisamente la declaración de renta presentada el 5 de julio de 1989, cuyo saldo no fue modificado. De esta forma observa la Sala, que la petición de compensación efectuada el 15 de mayo de 1992, fue extemporánea, esto es, por fuera del plazo que concede la ley para que el interesado actúe y exprese

válidamente su voluntad dispositiva, presentando la respectiva solicitud de compensación del crédito tributario. De suerte que la inactividad de la actora trajo como consecuencia la correspondiente pérdida del derecho y la facultad de hacerlo efectivo. Frente a la claridad de las disposiciones que regulan el plazo perentorio para que los contribuyentes ejerciten el derecho a reclamar la compensación (o devolución) de los saldos a favor y sobre los cuales, como lo advirtió el *a-quo*, la actora ha omitido referirse, advierte la Sala la ausencia del presupuesto de oportunidad establecido por el artículo 816 del E.T., frente a lo cual se imponía por parte de las oficinas de impuestos, la aplicación del inciso 1o. del artículo 857 ib. que prevé el rechazo definitivo de la solicitud, cuando ésta se presenta extemporáneamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintidos (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5411. Actor: Sociedad Masullo y Toledo Asociados Ltda. (EN LIQ). Impuesto de Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de diciembre de 1993, mediante la cual desestimó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que negaron la solicitud de compensación de los saldos a favor determinados en la liquidación del impuesto sobre la renta a cargo de la actora, por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad MASULLO Y TOLEDO ASOCIADOS LTDA. (EN LIQUIDACION), presentó su declaración de renta por el año gravable de 1988 el 5 de julio de 1989, en la cual determinó un saldo a favor de $8'282.000, denuncio que fue corregido el 15 de noviembre de 1989 en cuanto a la renta presuntiva; pero sin afectar el saldo a favor. El 27 de abril de 1990, la Administración Tributaria practicó la Liquidación de Corrección 00262, a través de la cual corrigió el valor de la renta presuntiva, que había sido objeto de modificación por parte de la sociedad. En la liquidación de corrección se ratificó el saldo a favor de $8'282.000.

El 15 de mayo de 1992, la sociedad radicó bajo el No. 1138 solicitud de compensación del saldo a favor para ser aplicado a las declaraciones de retención en la fuente por los períodos de marzo a noviembre de 1988. El 1° de julio de 1992, la División de Devoluciones produjo la Resolución 0018, mediante la cual rechazó por extemporánea la solicitud, decisión que fue confirmada a través de las Resoluciones

números 0293 de septiembre 7 de 1992 y 0165 del 30 de octubre de 1992, que agotó la vía gubernativa.

Interpuesta oportunamente la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, adujo la actora que el desconocimiento de la solicitud de compensación, fundamentada en la extemporaneidad de su presentación, en violatorio de los artículos 18 parágrafo 2° de la Ley 75 de 1986 y 87 del Decreto 2503 de 1987, puesto que estas disposiciones consagran el derecho de los contribuyentes de solicitar devolución o abonar los saldos a favor a otras obligaciones, sin que medie limitación de modo y tiempo.

Agregó que el artículo 854 del Estatuto Tributario introdujo modificaciones, pues limitó a dos años el término para solicitar DEVOLUCION de saldos a favor, limitación que no podía extenderse en análoga aplicación para las solicitudes de COMPENSACION. Por la misma razón entendió violado el artículo 859 Ib. Sostuvo la demanda que el no establecer término para la petición de compensaciones se debió a que el Estado no puede obtener enriquecimientos indebidos y que no es justo que por un aspecto meramente formal pueda perder el contribuyente el derecho a que los excedentes de un período sirvan para cancelar impuestos de otros períodos.

Igualmente indicó quebrantados los artículos 859 del E.T. y 13 del Decreto 2314 de 1989, que establecen el derecho a la compensación sin requisitos adicionales.

Finalmente estimó transgredidos el artículo 683 del E.T., por cuanto el rechazo efectuado no constituye aplicación del principio de justicia y equidad y el 29 de la Carta Política, en relación con el debido proceso.

OPOSICION

La representante de la Nación en su escrito de contestación de la demanda, adujo que la actora omitió citar y analizar la disposición legal que fundó la actuación gubernativa de rechazar por extemporánea la solicitud de compensación y que es el artículo 816 del E.T. que regula el término para solicitar la compensación y describe la forma como ésta opera.

Agregó, que la Administración no está negando el derecho de la sociedad de compensar sus saldos a favor y que por ello no está violando ninguna de las disposiciones indicadas como vulneradas, sino que dio aplicación al artículo 816 del E.T., en cuanto resultó extemporánea la petición, hecho evidente que no ha sido desvirtuado por la sociedad, pues el plazo para declarar venció el 5 de julio de 1989 (art. 5o. del Decreto 290 de 1989), por lo que hasta el 5 de julio de 1991 podía la actora hacer uso de su derecho a la compensación, la cual fue solicitada el 15 de mayo de 1992.

Para concluir señaló, que la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el tema de las devoluciones y compensaciones en sentencia del 15 de febrero de 1990, que decidió las demandas contra los artículos 816 y 854 del E.T. de la cual aporta fotocopia de la página de una publicación que transcribe parcialmente dicho pronunciamiento.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 9 de diciembre de 1993, el Tribunal *a-quo* denegó las pretensiones de la demanda. Previa transcripción de apartes de los principales argumentos de las partes y de los actos administrativos acusados, estimó que la actora olvidó la previsión del artículo 816 del E.T., que estableció un término de dos años para presentar la solicitud de compensación, so pena de que el derecho se pierda por no ejercitarlo dentro de las condiciones previstas en la disposición.

Agregó que el artículo 859 sobre devolución de rentenciones no consignadas, no es disposición aplicable el caso*sub-lite*. Y que el artículo 13 del Decreto 2314 de 1989, no efectúa distinciones en relación con el plazo previsto en el artículo 816, del E.T.

Finalmente, transcribió apartes de la sentencia traída por la representante de la entidad demandada y concluyó declarando la legalidad de los actos acusados.

APELACION

La señora apoderada de la actora, en su escrito de apelación, insistió en que la negativa de la entidad a compensar los dineros del contribuyente constituye una indebida apropiación que configura un enriquecimiento injusto. Reiteró la violación del artículo 863 del E.T. pues se transgrede el principio de equidad y de justicia porque aparte del enriquecimiento del Estado el contribuyente sufre un detrimento patrimonial doble; además de no poder pagar las deudas con su propio dinero, debe efectuar nuevos desembolsos con intereses y actualizada la obligación a valor presente.

Previa referencia a sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que se estructura el enriquecimiento ilícito a favor de la Administración Tributaria, pues se dan los elementos a saber: enriquecimiento injusto del Estado; empobrecimiento del contribuyente y enriquecimiento sin causa, es decir que no es legal.

Con apoyo en los artículos 705 y 714 del E.T., precisó, que si los dos años para que quede en firme la declaración tributaria que tenga saldo a favor se cuentan a partir de la solicitud de devolución o de compensación, la limitación en el tiempo se encuentra supeditada a que se formule la solicitud y para hacerla, las disposiciones que regulan la materia no le están dando ninguna limitación en el tiempo, lo que significa que las compensaciones son susceptibles de ser solicitadas en cualquier tiempo. Consecuencialmente solicitó revocar la sentencia del Tribunal y aceptar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó escrito de conclusión el apoderado de la entidad demandada, en el cual adujo que si la actora no ejerció su derecho oportunamente y dejó precluir la oportunidad para hacerlo valer, no puede pretender ahora que se reabra un término legalmente vencido por su propia culpa. Estimó que de aceptarse el reconocimiento de la

compensación se estarían quebrantando los principios de equidad y de justicia que orientan la actividad administrativa y jurisdiccional en cuanto "obligaría al reconocimiento de intereses aumentados como consecuencia de la negligente inactividad de la actora". Agregó que igualmente se quebrantarían los principios de eventualidad y preclusión así como del debido proceso por el desconocimiento que entraña de los términos expresamente consagrados en la legislación tributaria para solicitar la compensación de saldos a favor.

Solicitó en consecuencia, la confirmación de la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Examinada la actuación gubernativa, observa la Sección que la actora presentó oportunamente su declaración de renta por el año gravable de 1988, el 5 de julio de 1989, en la cual liquidó un saldo a favor de $8'282.000, el cual se mantuvo a pesar de que con posterioridad, el 15 de noviembre de 1989, la sociedad presentó corrección de la declaración inicial, la cual fue confirmada a través de la Liquidación de Corrección 262 del 27 de abril de 1990.

Conforme a lo anterior, la litis se contrae a determinar si la solicitud de compensación del saldo a favor de $8'282.000, presentada por la actora el 15 de mayo de 1992, fue oportuna, o si por el contrario, por haber sido presentada en forma extemporánea, la actuación administrativa estuvo ajustada a derecho.

El artículo 815 del E.T. prevé que la recuperación de los saldos a favor que resulten en las declaraciones tributarias podrá ser efectuada por medio de la **imputación** dentro de la liquidación privada correspondiente al siguiente período gravable; o a través de la solicitud de **compensación** con deudas por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones y el artículo 850 Ib., establece como tercer mecanismo para recuperar los mencionados saldos, el procedimiento de las **devoluciones.**

En el *sub-júdice*, la actora optó por solicitar la **compensación** o aplicación del saldo crédito del ejercicio de 1988, a débitos por rentenciones en la fuente correspondientes a los períodos de marzo a noviembre de 1988, para lo cual debía sujetarse a la preceptiva contenida en el artículo 816 del E.T., que dispone:

> **"Artículo 816. Término para solicitar la compensación.**
>
> La solicitud de **compensación** de impuestos deberá presentarse a más tardar **dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.**
>
> Cuando el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios o sobre las ventas, haya sido modificado mediante una liquidación oficial y no se hubiere efectuado la compensación, la parte rechazada no podrá solicitarse aunque dicha liquidación haya sido impugnada, hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo". (Subraya la Sala).

La posibilidad de efectuar compensaciones está condicionada, entre otros requisitos, a que la solicitud se subordine a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacerlas efectivas. La disposición transcrita, estableció un término para el jercicio del derecho a la compensación de los saldos a favor, fijándolo en dos años, contados a partir de la fecha de vencimiento del término para declarar, que en el caso que se atiende, empezó a correr el 5 de julio de 1989 y venció el 5 de julio de 1991. Se anota que la petición formulada por la sociedad no tuvo como fundamento saldos a favor resultantes de decisiones gubernativas o fallos contencioso administrativos, sino precisamente la declaración de renta presentada el 5 de julio de 1989, cuyo saldo no fue modificado.

De esta forma observa la Sala, que la petición de compensación efectuada el 15 de mayo de 1992, fue extemporánea, esto es, por fuera del plazo que concede la ley para que el interesado actúe y emprese válidamente su voluntad dispositiva, presentando la respectiva solicitud de compensación del crédito tributario. De suerte que la inactividad de la actora trajo como consecuencia la correspondiente pérdida del derecho, y la facultad de hacerlo efectivo, pues la Administración para la época de la solicitud, se encontraba liberada de la obligación de compensar el saldo a favor, por expresa disposición del artículo 9° de la Ley 84 de 1988, (art. 816 del E.T.), en concordancia con el artículo 2° del Decreto 2314 de 1989, que prevé que "los contribuyentes...que **tengan saldos a favor en sus declaraciones tributarias** generados en **retenciones en la fuente**...podrán solicitar su...**compensación** a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar...".

Frente a la claridad de las disposiciones que regulan el plazo perentorio para que los contribuyentes ejerciten el derecho a reclaramar la compensación (o devolución) de los saldos a favor y sobre los cuales, como lo advirtió el *a-quo*, la actora ha omitido referirse, advierte la Sala la ausencia del presupuesto de oportunidad establecido por el artículo 816 del E.T., frente a lo cual imponía por parte de las oficinas de impuestos, la aplicación del inciso 1° del artículo 857 Ib. que prevé el "rechazo definitivo de la solicitud", cuando ésta se presenta extemporáneamente.

No comparte la Sala la posición de la actora, traída con ocasión del recurso de apelación, según la cual y conforme a los artículos 705 y 714 del E.T., la solicitud de compensación puede efectuarse en cualquier tiempo, pues los artículos citados regulan los términos que tiene la Administración para notificar el requerimiento especial y la firmeza de la liquidación privada, respectivamente, y el hecho de que dispongan para las declaraciones tributarias que presenten saldo a favor, un punto de partida adicional para el conteo de términos, en nada contraviene ni modifica el lapso fijado a los contribuyentes para ejercer sus derechos sobre los saldos a favor que determinen en las declaraciones privadas, de otra forma, estaría de más el artículo 816 del E.T.

Pero además es preciso recordar que los procedimientos y término para que el contribuyente pida una devolución o compensación y los establecidos para que la Administración revise la liquidación privada son tan distintos e independientes, que el

proceso de determinación puede concluir en la improcedencia de la devolución que ya se había ordenado, caso en el cual la Administración puede pedir el reintegro con recargos (intereses moratorios más 50%) según lo dispone el artículo 670.

De otra parte, observa la Sala que no se configura un enriquecimiento **sin causa** o injusto a favor de la Administración Tributaria, pues precisamente la **causa** jurídica tiene su fuente en la ley. Sobre el particular, estima la Sección pertinente transcribir lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia traída por la demandada, así:

> "Respecto a la afirmación del actor sobre que las normas demandadas crean un "enriquecimiento ilícito" en favor de la Administración de Impuestos Nacionales, es preciso recordar que conforme a lo sostenido por la jurisprudencia y doctrina, para que se configure el enriquecimiento injusto, se requiere de tres elementos a saber: 1) Que haya un enriquecimiento o aumento de patrimonio; 2) que haya un empobrecimiento correlativo y 3) que el enriquecimiento se realice sin causa, o lo que es lo mismo, sin fundamento legal.
>
> En el presente caso no existe el tercer elemento, en consecuencia mal puede hablarse de enriquecimiento injusto, y por el contrario hay mandato legal que permite al deudor invocar la extinción de su obligación de pagar por haberse operado el fenómeno de la caducidad, la cual, además debe ser declarada de oficio. En efecto, si los interesados no solicitan a la Administración de Impuestos la compensación o devolución de impuestos dentro de los dos años fijados en los artículos 816 y 854 del Estatuto Tributario, pierden el derecho a reclamarlos posteriormente y esta causa de extinción, prevista por la ley, es justa" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 15/90).

Por las mismas razones, encuentra la Sala que tampoco se violó el artículo 683 del E.T. que consagra el principio de justicia y equidad. En consecuencia, no encuentra la Sala mérito para revocar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD-Base de Cálculo/**IMPUESTO A CARGO/IMPUESTO GENERADO/IMPUESTO DESCONTABLE**

En cuanto a la base del cálculo de la sanción por extemporaneidad, el artículo 641 del Estatuto Tributario, ordena tasar ésta sobre el "total del impuesto a cargo", y según el artículo 483, letra a) ib., el impuesto se determina por "la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas y los impuestos descontables legalmente autorizados", que es el "impuesto a cargo del responsable del régimen común", según se lee en el epígrafe del Título VII del Libro III del Estatuto Tributario, a que pertenece esta última norma. Es decir el concepto de "impuesto descontable" en el impuesto al valor agregado integra el concepto sustancial del gravamen y no puede considerarse como un simple mecanismo para instrumentar su pago. Según lo dicho, podría entenderse el gravamen generado por operaciones gravadas, como "impuesto a cargo", sólo en circunstancia de no existir impuestos descontables, o no haberse acreditado el derecho a éstos, toda vez que los mismos constituyen elemento sustancial del manejo y depuración de la cuenta corriente del impuesto. Por otra parte, la pretensión de identificar el impuesto a cargo con el impuesto generado por las operaciones gravadas, contraría ostensiblemente el texto y contenido implícito de los artículos 509 y 510 *ibídem,* referentes al registro auxiliar de ventas y compras y a la cuenta mayor o de balance del impuesto sobre las ventas por pagar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 5496. Apelación sentencia de 21 de febrero de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto sobre las ventas 4o. bimestre de 1990. Actor: Cano Isaza y Cía. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, mediante apoderado, interpone CANO ISAZA Y CIA., la actora, respecto de la sentencia de primer grado, de 21 de febrero de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre las ventas del 4o. bimestre de 1990, promovido contra las resoluciones No. 0008 y No. 47036 de 27 de marzo y 20 de agosto de 1992, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Especial de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá.

ANTECEDENTES

La primera de las reseñadas resoluciones, considerando que la contribuyente debía liquidarse la sanción por extemporaneidad de la declaración del período, no sobre el valor del reglón 5, como lo hizo, sino sobre los ingresos brutos de dicho período, por aparecer en cero el "impuesto a cargo", aplicó "sanción por reliquidación de sanciones", de $10.109.000.

La segunda, confirmó íntegramente la actuación.

LA DEMANDA

Dice violados los artículos 641, inciso 3o., 483, literal a), y 683 del Estatuto Tributario, y 95-9 de la Constitución.

Sostiene, que la liquidación de la sanción por extemporaneidad de que se trata, se tenía que hacer, conforme al inciso 1o. del artículo 641 del Estatuto Tributario, al 5% del "impuesto generado por las operaciones gravadas", como así lo hizo la declarante; en tanto que sería errónea la interpretación dada por la Administración al artículo 483 ib. "consistente en estimar que, en el caso del IVA, el impuesto a cargo, como en el de renta, sólo se puede determinar después de restar los descuentos tributarios (...), porque la naturaleza de los descuentos en uno y otro caso es fundamentalmente distinta", correspondiendo éstos, en el impuesto de renta, a "desgravámenes o rebajas de sus propios impuestos" para incentivar ciertas actividades ("el CERT en importaciones"), y en el impuesto sobre las ventas, a reconocimientos de gravámenes pagados anticipadamente, "descuentos que no restan para establecer el impuesto a cargo, sino el saldo a pagar o a favor, lo cual legalmente es muy diferente..."

Según esto, en materia del impuesto sobre las ventas no habría "impuesto a cargo", sólo tratándose de ventas y servicios excluidos o exentos, lo que significaría que tal

"impuesto a cargo" se daría por el mero hecho de haber operaciones gravadas, independientemente de la existencia de descuentos de valor igual, inferior o superior al mismo, o sea, que el carácter del "impuesto a cargo" no desaparecería por la forma como éste se pague, o porque, por efecto de los descuentos, surja un saldo a favor, de donde lo que el artículo 483, literal a), del Estatuto Tributario establecería, sería "el procedimiento para determinar el saldo a pagar o el saldo a favor del período, como lo indica el mismo formulario de declaración (...) en sus renglones 7 y 8, y no el impuesto a cargo..."

Aparte de los indicados artículos 641, inciso 3o., y 483, literal a), del Estatuto Tributario, se habrían violado, el 683 ib. sobre el espíritu de justicia y el 95, numeral 9o., de la Constitución, "en la medida en que la sanción acusada, además de ilegal, es totalmente injusta..."

LA SENTENCIA

Discrepa de las razones de la demandante, en cuanto, en casos similares el Tribunal habría puntualizado, "que el impuesto a cargo en las declaraciones de venta (sic) es el de (sic) que surge como saldo a pagar una vez deducidos los impuestos descontables y en esta ocasión se reafirma en su tesis", en cuyo respaldo transcribe, además, apartes de la sentencia del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1993, dictada en el proceso No. 4939, con ponencia del señor Consejero Jaime Abella Zárate, encontrándose la actuación administrativa atacada, conforme a derecho.

EL RECURSO

Insiste en que el "impuesto a cargo" es diferente del "saldo por pagar", por ser éste la parte impugnada de aquél, a tiempo de presentarse la declaración del período, debiendo entenderse, de otro lado, conforme al Diccionario de la Lengua Española, que lo "a cargo de", equivale a "a expensas de", y esto, a "a costa, por cuenta, a cargo", de modo que lo que estaría a expensas del responsable del IVA sería el impuesto generado por las operaciones gravadas realizadas por el mismo, mientras que el saldo por pagar o a favor, sería "el resultado final del movimiento de la cuenta corriente, que no es otra cosa que el mecanismo establecido por la ley para pagar el impuesto a cargo o que se cuantifique, de suerte que "el saldo a pagar el período, o el saldo a favor del período" renglones 7 y 8 del formulario de declaración, solo configuran (sic) la parte aún no cancelada (sic) de la expensa o impuesto a cargo del contribuyente, o el exceso pagado por anticipado de esa misma expensa..."

Añade, que cuando el artículo 509 ib. dispone, "registrar en el Haber los impuestos generados con las operaciones gravadas y en el Debe, los impuestos descontables, lo que determina en su balance es la parte del impuesto a cargo aún no cancelada (sic) o el exceso cancelado (sic) sobre el mismo impuesto a cargo..."

LA SALA CONSIDERA

Las normas aplicables al tema de la controversia que debe resolver la Sala dicen textualmente:

"Artículo 641. Extemporaneidad en la presentación. Las personas o entidades obligadas a declarar, que presenten las declaraciones tributarias en forma extemporánea, deberán liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, equivalente al cinco por ciento (0,5%) del total del impuesto a cargo o rentención objeto de la declaración tributaria, sin exceder del ciento por ciento (100%) del impuesto o retención, según el caso.

Esta sanción se cobrará sin perjuicio de los intereses que origine el incumplimiento en el pago del impuesto, anticipo o rentención a cargo del contribuyente, responsable o agente retenedor.

Cuando en la declaración tributaria no resulte impuesto a cargo, la sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, será equivalente al medio por ciento (0,5%) de los ingresos brutos percibidos por el declarante en el período objeto de declaración, sin exceder de la cifra menor resultante de aplicar el cinco por ciento (5%) a dichos ingresos, o el doble del saldo a favor si lo hubiere, o la suma de cinco millones ($5.000.000), cuando no existiere saldo a favor.

En caso de que no haya ingresos en el período, la sanción por cada mes o fracción de mes será del uno por ciento (1%) del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior, sin exceder la cifra menor resultante de aplicar el diez por ciento (10%) al mismo, o el doble del saldo a favor si lo hubiere, o la suma de cinco millones ($5.000.000), cuando no existiere saldo a favor.

PARAGRAFO: (Derogado Ley 49/90, Art. 83)".

"Artículo 483. Determinación del impuesto para los responsables del régimen común. El impuesto se determinará:

a) En el caso de venta y prestación de servicios, por la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas, y los impuestos descontables legalmente autorizados.

...".

En cuanto a la base del cálculo de la sanción, objeto de cuestionamiento, el artículo 641 del Estatuto Tributario transcrito, ordena tasar ésta sobre el "**total del impuesto a cargo**", y según el artículo 483, letra a), ib., el impuesto se determina por "la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas y los impuestos descontables legalmente autorizados", como bien lo resalta la sentencia recurrida, que es el "impuesto a cargo del responsable del régimen común", según se lee en el epígrafe del Título VII del Libro III del Estatuto Tributario, a que pertenece esta última norma.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que el concepto de "impuesto descontable" en el impuesto al valor agregado integra el concepto sustancial del gravamen y no puede considerarse como un simple mecanismo para instrumentar su pago.

Según lo dicho, podría entenderse el gravamen generado por operaciones gravadas, como "impuesto a cargo", sólo en circunstancia de no existir impuestos descontables, o no haberse acreditado el derecho a éstos, toda vez que los mismos constituyen elemento sustancial del manejo y depuración de la cuenta corriente del impuesto, tal como lo precisó la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 1993 Exp. 4939 Ponente Dr. Jaime Abella Zárate cuando dijo:

> "En el impuesto sobre las ventas para los responsables del régimen común, esta noción de "impuesto a cargo" es lo que resulta de "la diferencia entre el impuesto generado por las operaciones gravadas y los impuestos descontables legalmente autorizados" según lo expresa claramente el artículo 483 del E.T. Los impuestos descontables constituyen un factor íntegramente del gravamen puesto que corresponden a la mecánica del sistema del valor agregado adoptado por nuestra legislación y conforme al cual en cada proceso de la producción o de la comercialización se descuenta el impuesto ya pagado en la fase anterior a dicho proceso".

Por otra parte, la pretensión de identificar el impuesto a cargo con el impuesto generado por las operaciones gravadas, contraría ostensiblemente el texto y contenido implícito de los artículos 509 y 510 ib., referentes al registro auxiliar de ventas y compras y a la cuenta mayor o de balance del impuesto sobre las ventas por pagar, toda vez que el *ítem* "valor del impuesto generado por las operaciones gravadas" es sólo un elemento del movimiento crédito de dicha cuenta; el movimiento débito de la misma lo conforman, esencialmente, los registros de impuestos previamente pagados, en nada desvirtúa la naturaleza del saldo constitutivo del "impuesto a cargo", que se obtiene una vez saldada la cuenta, y no antes.

De conformidad con los anteriores razonamientos, concluye la Sala que la Administración se ajustó al ordenamiento jurídico preestablecido y la sentencia del *a-quo* que así lo declara debe confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

No se reconoce personería al designado apoderado de la demandada, Dr. Alberto Camargo Aya, por no acreditarse el carácter con que dice obrar su poderdante.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez, Secretario.

CORRECCION DE DECLARACION TRIBUTARIA/PROYECTO DE CORRECCION FACULTAD PARA CORREGIR DECLARACIONES

Conforme al artículo 8o. de la Ley 84 de 1988 (antes de ser modificado por la Ley 6a. de 1992), para corregir las declaraciones tributarias que no varíen el valor a pagar o que lo disminuyan o aumenten el saldo a favor, debe presentarse solicitud previa a la Administración, acompañada del respectivo proyecto de corrección con el fin de que se oficialice la mencionada corrección, que si es aceptada tácita o expresamente por la Administración, entra a reemplazar la liquidación presentada inicialmente y que goza en consecuencia de la presunción de veracidad que cobijaba a la primera. En esas condiciones la facultad otorgada por el artículo 589 del E.T., debe interpretarse en concordancia con las demás normas de la legislación tributaria, particularmente las relativas al proceso de determinación oficial del tributo, tal como lo dispone el artículo 589 del E.T.

FACULTAD DE FISCALIZACION/ADMINISTRACION TRIBUTARIA/ TERMINO PARA CORREGIR DECLARACIONES /FACULTAD PARA CORREGIR DECLARACIONES/CONTRIBUYENTE-Deberes

Si bien la administración goza de amplias facultades de fiscalización de la declaración, que ejerce entre otras a través de las liquidaciones de corrección aritmética y de revisión, sólo la notificación del pliego de cargos o del requerimiento especial tienen la capacidad de limitar y precluir la facultad de los contribuyentes de corregir sus declaraciones tributarias, ya sea por errores mecanográficos o de transcripción, o aún

en aspectos de fondo tales como la modificación de las bases gravables, su depuración, aplicación de tarifas y en general, la corrección de todos aquellos factores sobre los cuales no ha iniciado actuación la Administración Tributaria, sin perjuicio de las correcciones provocadas (por el requerimiento y la liquidación de revisión) en los términos de los artículos 709 y 713, máxime cuando nadie está obligado a permanecer en el error.

FACULTAD DE CORRECCION/FACULTAD DE REVISION/ADMINISTRACION TRIBUTARIA

De haberse practicado la liquidación oficial de corrección aritmética en la forma autorizada por la ley, ésta constituye un elemento más a tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de revisión, por cuanto la norma es clara en determinar que la correspondencia se predica entre la liquidación privada y el requerimiento, en atención a que la facultad de corrección se ejerce sin perjuicio de la facultad de revisión, toda vez que esta última pretende modificar el monto del tributo determinado en la liquidación privada y en atención a que la primera, ésto es, la liquidación oficial de corrección aritmética, no está referida a la determinación oficial del impuesto, sino exclusivamente a enmendar errores de orden numérico por lo que el contribuyente puede válidamente modificar su declaración privada a través del procedimiento de corrección, que sustituye la presentada inicialmente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5483 Actor: Fineter S.A. (Antes Eteroutremer S.A.). Impuesto de Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial de la sociedad FINETER S.A., antes (ETEROUTREMER S.A.) sociedad extranjera con domicilio en Bruselas, BELGICA, contra la sentencia desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de febrero de 1994, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos que denegaron la solicitud de corrección a la declaración de renta de la sociedad actora, presentada por el período gravable de 1988.

La sociedad actora presentó su denuncio rentístico correspondiente al período gravable de 1988, el 7 de julio de 1989 con un total de impuesto de $95.153.000 cancelado íntegramente con retenciones sobre dividendos.

Posteriormente, el 23 de agosto de 1989 presentó corrección a la mencionada declaración, sin variación del valor del impuesto a pagar y se liquidó sanción ($10.000); la corrección tuvo por objeto incluir el denuncio del patrimonio, representado en acciones por un valor de $1.002.250.000. El certificado de la Retención en la Fuente sobre dividendos expedido por Eternit Colombiana S.A., indica la aplicación de la tarifa del 20% sobre los dividendos generados por utilidades hasta diciembre 31 de 1985 y del 25% sobre las utilidades a partir de enero 1o. de 1986

La Administración Tributaria por su parte, el 22 de abril de 1991 expidió liquidación oficial de corrección aritmética y corrigió la declaración privada inicialmente presentada, vale decir, la del 7 de julio de 1989 para sustituir el renglón de Impuesto sobre la Renta (25% s/$510.208.000 = $127.552.000) inicial de $95.153.000 por el de $127.552.000 más sanción por corrección.

El 4 de julio de 1991, la actora presentó solicitud de corrección de su declaración de renta por la vigencia fiscal de 1988 para corregir el valor de los ingresos brutos que inicialmente los había presentado incrementados con las retenciones que le habían hecho (415.055.225 + 95.152.828 = 510.208.053) aunque mantuvo el valor del impuesto a cargo inicial porque se había calculado correctamente sobre el ingreso nacional de $415.055.225. También corrigió el renglón de renta presuntiva inicialmente llenado con el mismo valor, para aclarar que no está sujeta a tal sistema por ser especial el régimen de las sociedades extranjeras inversionistas, sujetas únicamente a retención en la fuente sobre los rendimientos percibidos.

La anterior solicitud de corrección fue negada el 30 de diciembre de 1991, mediante la resolución 0643 porque la liquidación privada ya había sido objeto de liquidación de corrección aritmética y porque estimó la Administración que las tarifas que pretendió aplicar la sociedad no eran las que legalmente correspondían. Contra dicho acto la sociedad interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos en forma desfavorable, a través de las resoluciones 0169 del 24 de marzo de 1992, que decidió la reposición 4103 del 9 de junio de 1992, que desató la apelación, con la cual se agotó la vía gubernativa.

De otra parte la liquidación oficial de corrección aritmética fue confirmada en vía gubernativa y es objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en forma separada.

DEMANDA

A juicio de la sociedad demandante los actos administrativos que negaron la corrección de la declaración de renta, deben ser declarados nulos, por cuanto a pesar de que para la época en que ella presentó su solicitud de corrección, la Administración ya había expedido liguidación oficial de corrección aritmética, ello no impide que la liquidación privada sea corregida por la contribuyente en aspectos diferentes a los

errores aritméticos enmendados por la Administración, tales como errores de transcripción o en la determinación de las bases gravables máxime cuando la liquidación de corrección aritmética, no impide la facultad de revisión de la Administración Tributaria.

Otro motivo de inconformidad con los actos acusados, está dado en que en ellos se determinó que el proyecto de corrección, además de ser improcedente, se halla errado en cuanto a la determinación del impuesto sobre la renta gravable, casilla 34, toda vez que a juicio de la Administración la tarifa sobre dividendos y participaciones percibidos por las sociedades extranjeras, es del 25%, de acuerdo con el Decreto 925 de 1988 y a juicio de la parte actora es del 20%, en concordancia con lo estatuido en el Decreto Legislativo 2539 de 1987.

Anotó el apoderado que la sociedad percibió durante la vigencia de 1988, dividendos provenientes de las compañías Eternit Colombiana S.A., Eternit Atlántico S.A., y Eternit Pacífico S.A., correspondientes a utilidades generadas; parte hasta el 31 de diciembre de 1985 y parte con posterioridad a dicha fecha, que fueron debidamente certificados y sobre las cuales se acompañó sus correspondientes certificados de retención en la fuente.

Igualmente adujo que las utilidades en referencia fueron distribuidas por constituir utilidades retenidas, como fueron declaradas por las sociedades respectivas en su declaración de renta por el año gravable de 1985.

De otra parte argumentó que el proyecto de corrección estuvo encaminado a enmendar un error de transcripción consistente en que la sociedad "incluyó como "Total ingresos Netos" (renglón 16) y como "Renta Líquida" (renglón 26), la suma de $510.208.000 producto de adicionar al valor real de sus ingresos provenientes de la obtención de dividendos de parte de las sociedades Eternit Colombiana S.A. ($415.055.000), el monto de las retenciones que le fueron practicadas por las mismas compañías sobre los dividendos pagados, por valor de $95.153.000"

Sostuvo que a pesar de lo anterior el impuesto liquidado por la sociedad es correcto, en cuanto que tomó como base gravable el valor total de sus ingresos, $415.055.000, y sobre ellos aplicó las tarifas del 20% y del 25%, tomando en cuenta las utilidades obtenidas hasta el 31 de diciembre de 1985 y las obtenidas con posterioridad a tal fecha.

A titulo de restablecimiento del derecho pide que se declare el derecho a corregir su declaración de renta por el año de 1988 y se apruebe el proyecto de corrección presentado el 4 de julio de 1991 con un impuesto a cargo de $95.153.000 y finalmente que se declare que no hay lugar a sanción por corrección aritmética, ni a sujeción a renta presuntiva.

CONTESTACION

Por su parte el apoderado especial de la Nación solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, por cuanto la solicitud de corrección de la declaración fue negada de acuerdo a derecho, en consideración a que la declaración que se pretendía sustituir ya había sido reemplazada por una liquidación oficial.

Indicó el representante de la Administración que el procedimiento empleado por la actora, vale decir, el previsto en el artículo 588 del E.T., fue errado, toda vez que ha debido ceñirse al previsto en el artículo 589 del E.T.

Afirmó que el proyecto de corrección, que pretendió variar la renta líquida gravable de $510.208.000 a $415.055.225, estuvo encaminado a corregir una situación que había sido objeto de corrección, por parte de la Administración.

En relación con el error en el proyecto por la aplicación de las tarifas, adujo que este argumento es accesorio en los actos acusados, por cuanto el esencial lo constituye que el procedimiento usado por la sociedad ha debido ser el del 589 del E.T.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal desestimó las súplicas de la demanda por cuanto concluyó que proferida la liquidación de corrección aritmética, sustituyó la declaración privada y en consecuencia la actora no podía modificar un acto administrativo por mecanismos diferentes a los de impugnación.

En relación con la discusión planteada respecto de la tarifa aplicable, para el *a-quo* es tema de proceso de determinación del impuesto, que no es viable tratar en el *sub-júdice*.

APELACION

El representante judicial de la actora recurrió el fallo del *a-quo* y lo controvirtió así:

En primer lugar explicó que la sociedad actora, sí cumplió con las exigencias del artículo 589 del E.T., por cuanto, como resultó probado en primera instancia a través de los documentos aportados, FINETER S.A., solicitó autorización para corregir su declaración de renta y tan es así que son justamente los actos a través de los cuales se negó la solicitud, los que son objeto de este proceso.

De esta forma sostuvo la parte que la sentencia del Tribunal se halla falsamente motivada, por cuanto confundió los hechos que precedieron a las correcciones presentadas.

En segundo lugar adujo que de acuerdo con lo previsto en el artículo 589 del E.T., el término para realizar correcciones por parte de los contribuyentes, se halla limitado únicamente por la notificación del requerimiento especial o del pliego de cargos o por firmeza de la liquidación de revisión, de donde concluye que a pesar de existir liquidación oficial de corrección aritmética la declaración privada puede ser modificada por el contribuyente.

En tercer término refutó el argumento del Tribunal referente a que la sociedad ha debido únicamente impetrar la liquidación oficial de corrección y arguyó que ello no resultaba posible, en cuanto que los actos administrativos sólo se pueden recurrir sobre los puntos de que tratan, vale decir, únicamente frente a su contenido.

En atención a que la liquidación de corrección aritmética pretendió corregir presuntos errores aritméticos, la Administración no hubiera permitido discutir aspectos diferentes a los que fueron objeto de modificación y por ello el procedimiento adecuado era el de la corrección de la declaración, tal como se efectuó.

Por último insistió en que desde la vía gubernativa fueron aportados documentos que prueban que las tarifas para aplicarle a los dividendos eran de 20 y 25%, en atención a que parte de ellos fueron distribuidos antes del 31 de diciembre de 1985.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por el Procurador Séptimo Delegado en lo Contencioso Administrativo, no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, observa la Sala que le asiste razón al apoderado de la actora frente al cargo que denominó falsa motivación, habida cuenta que, como se desprende del fallo impugnado, en éste se consideró que los actos administrativos acusados fueron el resultado de la corrección de la declaración presentada el 23 de agosto de 1989, la cual fue calificada de ineficaz por la Administración, circunstancia expresamente aceptada por la contribuyente y que no es objeto de la litis.

En efecto, la corrección presentada en bancos el 23 de agosto de 1989, de conformidad con el artículo 588 del E.T., no incide en esta litis; no ha sido objeto de la misma, de suerte que no debió ser confundida con el proyecto de corrección presentado el 4 de julio de 1991, de conformidad con el artículo 589 del E.T., y rechazado por la Administración a través de los actos acusados, para establecer que la corrección presentada por la actora no reunía los requisitos exigidos en el artículo 589 Ib., por haber sido presentada directamente en bancos.

Aclarado lo anterior, precisa la Sala que el punto que se debate en el caso *sub exámine* es la procedencia de la corrección de la declaración, presentada por la contribuyente, el 4 de julio de 1991, es decir, con posterioridad a la expedición de la liquidación oficial de corrección aritmética, (que se controvierte en otro proceso y por tanto tampoco es materia de esta litis).

De acuerdo con las normas que regulan la facultad de corrección de las declaraciones, los contribuyentes tienen un término de dos años, contados a partir del vencimiento del término para declarar, siempre y cuando no se haya efectuado notificación de requerimiento especial o de pliego de cargos, como lo prevé el artículo 588 del E.T., así:

> **"ARTICULO 588.** Correcciones que aumentan el impuesto o disminuyen el saldo a favor.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 709 y 713, los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, podrán corregir sus declaraciones tributarias

dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para declarar **y antes de que se les haya notificado requerimiento especial o pliego de cargos,** en relación con la declaración tributaria que se corrige, y se liquide la correspondiente sanción por corrección". (Resalta la Sala).

Conforme al artículo 8o. de la Ley 84 de 1988 (antes de ser modificado por la Ley 6a. de 1992), para corregir las declaraciones tributarias que no varíen el valor a pagar o que lo disminuyan o aumenten el saldo a favor, debe presentarse solicitud previa a la Administración, acompañada del respectivo proyecto de corrección con el fin de que se oficialice la mencionada corrección, que si es aceptada tácita o expresamente por la Administración, entra a reemplazar la liquidación presentada inicialmente y que goza en consecuancia de la presunción de veracidad que cobijaba a la primera. En esas condiciones la facultad otorgada por el artículo 589 del E.T., debe interpretarse en concordancia con las demás normas de la legislación tributaria, particularmente las relativas al proceso de determinación oficial del tributo, tal como lo dispone el artículo 589 del E.T., así:

"ARTICULO 589. Correcciones que no varíen el valor a pagar, o que lo disminuyan o aumenten el saldo a favor.

Para corregir las declaraciones tributarias que no varíen el valor a pagar, o que lo disminuyan, o aumenten el saldo a favor, se elevará solicitud a la Administración de Impuestos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha del término para presentar la declaración anexando un proyecto de la corrección. La Administración debe practicar la Liquidación de Corrección, dentro de los seis (6) meses siguiente a la fecha de la solicitud; si no se pronuncia dentro de este término el proyecto de corrección sustituirá la declaración inicial. La corrección de las declaraciones a que se refiere este artículo no causará sanción de corrección, y no impide la facultad de revisión, la cual se contará a partir de la fecha de la corrección".

Conforme a lo anterior, observa la Sala que para la procedencia de la corrección propuesta por la sociedad, el 4 de julio de 1991, era requisito indispensable que la Administración Tributaria no hubiese notificado requerimiento especial o pliego de cargos, hecho que en efecto no había ocurrido. De suerte que al no configurarse la existencia de alguno de los actos ya mencionados, limitantes de la facultad de la actora para corregir su declaración y que se hallaba dentro de los dos años previstos para ello, no podía válidamente la Administración rechazar la solicitud presentada por la actora, prevalida del argumento de que ya había precluído la oportunidad por haberse efectuado liquidación oficial de corrección aritmética.

Las facultades de revisión y las de corrección aritmética, por cuanto persiguen finalidades diferentes, deben ejercerse dentro de los precisos límites establecidos en la ley para cada una de ellas. En efecto, conforme a los artículos 697, 698 y 699 del E.T., la facultad de corrección aritmética está referida exclusivamente a subsanar yerros de

carácter matemático en las operaciones contenidas en las declaraciaones, de donde se deduce claramente que no obstante la expedición de dicha liquidación, la declaración privada es susceptible de ser corregida en aspectos diferentes a los que fueron objeto de **corrección aritmética,** pues los que ya fueron motivo de tal liquidación oficial deberán ser discutidos e impugnados a través de los recursos gubernativos y las acciones contenciosas dispuestas en la ley.

Así las cosas, resulta pertinente aclarar que si bien la Administración goza de amplias facultades de fiscalización de la declaración, que ejerce entre otras a través de las liquidaciones de corrección aritmética y de revisión, sólo la notificación del pliego de cargos o del requerimiento especial tienen la capacidad de limitar y precluir la facultad de los contribuyentes de corregir sus declaraciones tributarias, ya sea por errores mecanográficos o de transcripción, o aún en aspectos de fondo tales como la modificación de las bases gravables, su depuración, aplicación de tarifas y en general, la corrección de todos aquellos factores sobre los cuales no ha iniciado actuación la Administración Tributaria, sin perjuicio de las correcciones provocadas (por el requerimiento y la liquidación de revisión) en los términos de los artículos 709 y 713, máxime cuando nadie está obligado a permanecer en el error.

De otra parte y en ejercicio de la facultad de revisión, la Administración Tributaria puede modificar la liquidación privada a través del procedimiento de revisión, previo requerimiento especial conforme a lo dispuesto en los artículos 702 y siguientes del E.T., guardando la debida correspondencia (art. 711), entre la declaración y el requerimiento.

De donde se colige que de haberse practicado liquidación oficial de corrección aritmética en la forma autorizada por la ley, ésta constituye un elemento más a tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de revisión, por cuanto la norma es clara en determinar que la correspondencia se predica entre la liquidación privada y el requerimiento, en atención a que la facultad de corrección se ejerce sin perjuicio de la facultad de revisión, toda vez que esta última pretende modificar el monto del tributo determinado en la liquidación privada y en atención a que la primera, ésto es, la liquidación oficial de corrección aritmética, no está referida a la determinación oficial del impuesto, sino exclusivamente a enmendar errores de orden numérico por lo que el contribuyente puede válidamente modificar su declaración privada a través del procedimiento de corrección, que sustituye la presentada inicialmente.

En relación con el rechazo del proyecto de corrección por discrepancias en las tarifas aplicables a los dividendos y en la no sujeción a la renta presuntiva por parte de la contribuyente, observa la Sala que no era posible en este trámite administrativo, entrar a debatir la pertinencia de la corrección por estos aspectos, que son a todas luces materia del procedimiento de determinación del tributo, por cuanto como se ha precisado en otras oportunidades, la Administración se encuentra impedida para adoptar decisiones basadas en consideraciones de fondo, tales como las atinentes al sustento jurídico de las correcciones hechas, de donde surge que la solicitud de corrección presentada el 4 de julio de 1991 fue tomada equivocadamente por la

Administración, como un procedimiento de determinación del impuesto, el cual era el paso subsiguiente a la oficialización de la corrección presentada.

En consecuencia, considera la Sala que la Administración ha debido aceptar el proyecto de corrección presentado por la actora el 4 de julio de 1991 en los siguientes términos:

Acciones y aportes (sociedades anónimas)	
limitadas y asimiladas)	$ 1.002.250.000
TOTAL PATRIMONIO BRUTO	1.002.250.000
TOTAL PATRIMONIO LIQUIDO	1.002.250.000
Dividendos y participaciones (gravados y	
no gravados)	415.055.000
TOTAL INGRESOS NETOS	415.055.000
RENTA LIQUIDA	415.055.000
RENTA LIQUIDA GRAVABLE	415.055.000
Ingresos susceptibles de constituir ga-	
nancia ocasional	157.216.000
Menos: costo y parte no gravada	157.216.000
IMPUESTO SOBRE RENTA GRAVABLE	95.153.000
IMPUESTO NETO DE RENTA	95.153.000
TOTAL IMPUESTO A CARGO	95.153.000
Menos: retenciones que le practicaron	
en 1988: Dividendos	95.153.000
TOTAL RETENCIONES AÑO GRAVABLE 1988	95.153.000.

Pero la Sala negará las demás pretensiones impetradas, a título de restablecimiento del derecho, puesto que conforme se acaba de precisar, el monto oficial del impuesto y la sujeción a la renta presuntiva por parte de la sociedad no son temas definidos en los actos anulados, ni surgen como consecuencia directa de la nulidad de las resoluciones acusadas

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de febrero de 1994 en el juicio No. 9088.

2o. DECLARASE la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos en relación con la solicitud y proyecto de corrección elevados por la sociedad FINETER S.A. (antes ETEROUTREMER S.A.), por el año gravable de 1988, así: resolución 643 del 30 de diciembre de 1991, expedida por la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales - Personas Jurídicas de Santafé de Bogotá-; resolución 0169 del 24 de marzo de 1992, expedida por la División Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de la Administración de Impuestos Nacionales - Personas Jurídicas de Santafé de Bogotá, y resolución 00103 del 9 de junio de 1992, expedida por el Administrador Especial de Impuestos Nacionales - Personas Jurídicas de Santafé de Bogotá.

3o. TIENESE como declaración privada el proyecto de corrección a la declaración del impuesto sobre la renta - sociedades por el año gravable de 1988 presentado el 4 de julio de 1991 por la demandante FINETER S.A. (antes ETEROUTREMER S.A.) con NIT: 860.078.349 en la forma consignada en la parte motiva de esta providencia.

4o. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

RECONOCESE personería al Dr. LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS para actuar en representación de la Nación, Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leiva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PROGRAMA DE LIBERACION-Aplicación/PROGRAMA SECTORIAL DE DESARROLLO INDUSTRIAL/PRODUCTO EN NOMINA DE RESERVA

Entonces, como se deduce de los artículos 45, 46, 54 y 55 del Acuerdo de Cartagena el programa de liberación es selecto y atiende a la naturaleza del producto, su negociación, su carácter de reservado o su inclusión en lista de excepciones o nómina de reserva.

CLAUSULA DE NO AGRAVACION/PROGRAMA DE LIBERACION/ PRODUCTO EN NOMINA DE RESERVA

"La cláusula de no agravación", consiste en el compromiso que asumen las partes que emprenden la formación de una unión aduanera o zona de libre comercio, de congelar la situación existente en materia de gravámenes y otras restricciones a las importaciones, situación que debe beneficiar a todos los participantes con el objeto de llegar a la liberación multilateral en forma progresiva hasta lograr el libre intercambio. Cláusula que la actora estima, debe aplicarse indiscriminadamente al universo de productos de la subregión. Pretensión que no resulta acertada, toda vez que como se deduce de las normas respectivas, si bien la característica de todo "programa de liberación" es la universalidad y entre él, la cláusula de partida "de no agravación" contemplada en el Capítulo V del Acuerdo, su aplicación es relativa y no absoluta y por lo tanto sólo se impone para los productos comprometidos en el programa de liberación, atendiendo estrictamente a

las excepciones expresamente consagradas en el Pacto, y en este caso al artículo 46 que claramente exceptúa del programa a los productos reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5508 Actor: Aluminios Reynolds Santo Domingo S.A. Apelación sentencia de 18 de febrero de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Gravamen importaciones. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 18 de febrero de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, negó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentando por la sociedad ALUMINIO REYNOLDS SANTO DOMINGO S.A., contra los actos administrativos mediante los cuales la Dirección General de Aduanas, Administración de Cúcuta le practicó la liquidación del gravamen del 18% sobre el valor CIF de las importaciones sobre la mercancía amparada por la declaración de las siguientes declaraciones de despacho para consumo que se transcribirán a continuación; también contra las resoluciones que resolvieron negativamente el recurso de reposición y las que resuelven el recurso de apelación:

DECLARACION DE DESPACHO PARA CONSUMO	RESOLUCION QUE RESUELVE REPOSICION	RESOLUCION QUE RESUELVE APELACION
079 de 1990	A-164 de 1990	2117 de julio 6 de 1990
135 de 1990	A- 168 de 1990	2117 de julio 6 de 1990
204 de 1990	A- 170 de 1990	2117 de julio 6 de 1990
3166 de 1989	A- 217 de 1990	2117 de julio 6 de 1990
60 de 1990	A- 174 de 1990	1901 de mayo 18 de 1990
166 de 1990	A- 172 de 1990	1901 de mayo 18 de 1990
239 de 1990	A- 194 de 1990	2168 de junio 1 de 1990
402 de 1990	A- 200 de 1990	2168 de junio 1 de 1990
432 de 1990	A- 201 de 1990	2168 de junio 1 de 1990

ANTECEDENTES

El Administrador de la Aduana de Cúcuta, en relación a las mencionadas declaraciones de despacho para consumo de bienes de la posición arancelaria 76.01.01.00 aluminio en bruto, importado de Venezuela, liquidó impuesto de importaciones del 18% sobre el valor CIF de las mercancías.

Contra dicha liquidación la sociedad actora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, alegando que de conformidad con el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, no podía la Dirección de Aduanas incrementar el gravamen aduanero para las importaciones efectuadas, provenientes de Venezuela del 2% vigente en los meses del abril y mayo de 1973, fecha de ratificación del convenio mediante la Ley 8a. de 1973, y que en consecuencia al aplicarle al producto importado la tarifa del 18% sobre el valor CIF, desconoció dicho pacto internacional.

Los recursos de reposición y de apelación fueron resueltos en forma negativa por la misma Administración mediante las resoluciones anteriormente transcritas.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander acudió la sociedad en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de determinación del gravamen, por considerarlo violatorio de los artículos 1o. inciso 1o. de la Ley 8a. de 1973, y esencialmente del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena. Pues a su juicio el gravamen del 18% establecido en el artículo 95 inciso 2o. de la Ley 75 de 1986, no puede aplicarse a ningún producto originario y proveniente de alguno de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Norte de Santander denegó las súplicas de la demanda al considerar que los productos importados de los Países Miembros que se hallaban en nómina de reserva, como lo habían interpretado el Tribunal Andino de Justicia y el Consejo de Estado, no estaban comprendidos dentro del Programa de Liberación señalado en el artículo 45 del Pacto Andino, y que por lo tanto no les era aplicable el artículo 54, porque si bien era cierto que la norma establecía que los Países Miembros "se abstendrían de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos de la subregión", no era menos cierto que esta disposición no se aplicaba a los productos que (como el importado) se encontraban reservados para programas Sectoriales de Desarrollo Industrial.

Añade que en una reunión de los signatarios del Acuerdo de Cartagena, realizada en las islas Galápagos, se decidió que se reduciría la nómina de reserva en un 80% y la nómina de comercio administrado. Además de acelerar el desmonte de la lista de excepciones de los países miembros. La Comisión en cumplimiento de los anteriores

acuerdos expidió la Decisión 258 por medio de la cual se ordenó que a más tardar el 31 de marzo de 1990 debería reducirse la nómina de reserva. Orden que se cumplió mediante la Decisión 263, expedida en Caracas el 30 de marzo de 1990, publicada el 31 de mayo del mismo año, en donde se hizo efectiva tal reducción analizados con los anexos correspondientes a los productos que seguirían integrando tales nóminas, observa que quedó excluído el aluminio en bruto, por lo que sólo a partir de entonces le debía ser aplicado inmediatamente el Programa de liberación y el arancel externo mínimo común.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar, solicita se revoque la sentencia proferida por el Tribunal y se despachen favorablemente las súplicas de la demanda. Acusa que el *a-quo.* , al negarlas, no tuvo en cuenta los diversos elementos jurídicos que componen el ordenamiento del Acuerdo de Cartagena y eludió el análisis interpretativo armónico de las normas allí consagradas, que de haber sido efectuado debidamente, habría dado como resultado una resolución favorable.

Seguidamente expone su interpretación de los artículos 45 y primordialmente del 54 del Acuerdo de Cartagena, que contiene la cláusula de no agravación "Stand Still" como primer compromiso que asumen las partes que comprenden la formación de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. Principio que también se consagró en el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT); en el Tratado de Roma suscrito el 25 de marzo de 1957, por medio del cual se instituyó la Comunidad Económica, en el Tratado de Montevideo de 1960 (ALALC), para concluir que el Acuerdo de Cartagena no autoriza la modificación de los gravámenes vigentes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo que signifiquen situaciones menos favorables a las existentes en esa fecha. Pues se trataba de congelar la situación existente respecto de terceros en materia de gravámenes y de otras restricciones a las importaciones, en el momento de la iniciación del proceso respectivo.

Insiste en el carácter universal del programa de liberación y concluye que no existen productos que puedan ser exceptuados de su aplicación.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada

Se opone a los argumentos expuestos por el actor, y expone que el tema relacionado con la "cláusula de no agravación" fue precisado por el Tribunal Andino de Justicia, y por el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de septiembre de 1993, cuyos apartes transcribe, para concluir que la cláusula de no agravación, contenida en el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, no es absoluta.

La actora

Al alegar de conclusión insiste en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación a los cuales remite. Pide se revoque la sentencia impugnada y se despachen favorablemente las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, estima que la sentencia apelada merece ser confirmada, puesto que:

> "Es indudable que el artículo 54 de la Ley 8a. de 1973 (Pacto Andino) dispone que los Países Miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes, en perjuicio de las demás partes contratantes, pero, tal norma de carácter general está sometida a una serie de excepciones expresamente autorizadas por la misma ley, y que serán formuladas por cada uno de los países contratantes de acuerdo con sus planes de desarrollo industrial y comercial. Por eso no puede tomarse esta norma en forma absoluta, sin estudiar en cada caso las medidas que los países contratantes hayan tomado de acuerdo con sus conveniencias y con las autorizaciones previstas en el mismo Tratado. Como en el presente caso el producto aluminio en bruto en lingotes de la posición NABANDINA 76.01.01.00, no formaba parte de los programas de liberación, sino que estaba incluido en la lista de excepciones para la fecha en que se hizo la liquidación, el nuevo gravámen arancelario le era aplicable."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema planteado a esta Sala consiste en determinar si es aplicable o no el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena a los productos originarios de la subregión, que se encuentran en nómina de reserva, tema que ha sido objeto de análisis no sólo por parte de la jurisdicción en recientes fallos sino por el propio Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que con anterioridad, en el proceso 1-P-90, en documento que fue publicado en el Diario Oficial No. 39657 del lunes 4 de febrero de 1991, República de Colombia, precisó el alcance de la "cláusula de no agravación" contenida en el mencionado artículo 54 en interpretación armónica con los artículos 45 y 56 del mismo ordenamiento.

Atendiendo tales interpretaciones jurídicas y analizados los hechos y fundamentos de derecho internacionales y nacionales expuestos, en la sentencia del 17 de septiembre de 1993, proceso 2990, con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano la Sala precisó:

> "El asunto fundamental de la apelación no es otro que la consideración hecha por el apoderado de la actora de haber incurrido el Tribunal en errónea interpretación de las normas del Pacto Andino, especialmente del artículo 54.
>
> "Mediante la Ley 8a. de 1973, el Congreso de la República de Colombia aprobó internamente el Acuerdo Subregional Andino suscrito en Bogotá, el 26 de mayo

de 1969, que tuvo por objetivo promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común, con el fin de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de la vida de los habitantes de la subregión y una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración.

No obstante la referencia que en este Acuerdo se hace al Tratado de Montevideo y a la ALALC es un convenio autónomo e independiente como se declara en el protocolo de Quito que reitera la autonomía del pacto Subregional y elimina toda referencia al Tratado de Montevideo y señala que no se aplicaran normas de ALALC en materia de impuestos.

"Para lograr los objetivos propuestos, en el Acuerdo el artículo 3o., consagró los mecanismos y medidas a utilizar y fue así como en el literal c) señaló un programa de liberación a efectos de lograr un intercambio más acelerado que el de ALALC., eliminando los gravámenes y restricciones de todo orden que incidieran sobre las importaciones de los productos originarios de los Países miembros del Acuerdo.

"Son fundamentales para el *sub-lite* los artículos 45, 54, 46, 55 y 56 del Acuerdo, el primero sobre programa de liberación y el segundo sobre la cláusula de no agravación que por su importancia se transcriben, toda vez que en la interpretación del contenido y alcance de los dos primeros cifra la actora las súplicas de la demanda, pero que a juicio de la Sala deben interpretarse armónicamente con los demás que integran el capítulo:

"Artículo 45.- El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos, para llegar a su liberación total a más tardar el 31 de diciembre de 1980.

"Este programa se aplicará, en sus diferentes modalidades:

a) A los productos que sean objeto de Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial;

b) A los productos incluídos o que se incluyan en la Lista Común señalada en el artículo 4o. del Tratado de Montevideo;

c) A los productos que no se producen en ningún país de la Subregión, incluidos en la nómina correspondiente; y

d) A los productos no comprendidos en los literales anteriores."

"Este artículo fue modificado por el Protocolo de Quito, enmienda que quedó codificada en el artículo 25 de la decisión 236 del Acuerdo de Cartagena, deja

claramente establecido que el Programa de Liberación no se aplica en los casos de excepción previstos en el Acuerdo, en efecto dice así el artículo:

"El Programa de Liberación será automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo, para llegar a su liberación total en los plazos y modalidades que señala el Acuerdo."

"Artículo 46.- Las restricciones de todo orden serán eliminadas a más tardar el 31 de diciembre de 1970.

"Se exceptúan de la norma anterior las restricciones que se apliquen a productos **reservados para Programas Sectoriales** de Desarrollo Industrial las cuales serán eliminadas cuando se inicie su liberación conforme al respectivo programa o según lo establecido en el artículo 53..."

"Artículo 54..." Los Países Miembros se abstendrán de modificar los niveles de gravámenes y de introducir nuevas restricciones de todo orden a las importaciones de productos originarios de la Subregión, de modo que signifique una situación menos favorable que la existente a la entrada en vigor del Acuerdo..."

"Así mismo se exceptúan de esta norma las alteraciones de gravámenes que resulten de la sustitución de restricciones por gravámenes a que se refiere el artículo46:"

"Artículo 55.- Hasta el 31 de diciembre de 1970, cada uno de los Países Miembros podrá presentar a la Junta una lista de productos que actualmente se producen en la Subregión para exceptuarlos del Programa de Liberación y del proceso de establecimiento de Arancel Externo. En la lista de excepciones no podrán figurar productos de la Lista Común; las de Colombia y Chile no podrán comprender productos que estén incluídos en más de doscientos cincuenta Items de la NABALALC; la del Perú no podrá exceder de cuatrocientos cincuenta Items.Si transcurrido dicho plazo algún país no ha entregado su lista a la Junta, se entenderá que renuncia al derecho consagrado en el artículo.

"Hasta el 30 de noviembre de 1970 la Comisión, a propuesta de la junta, podrá modificar el número de *ítems* a que se refiere el párrafo anterior.

"Los productos incluidos en las listas de excepciones quedarán totalmente liberados de gravámenes y otras restricciones y amparados por el Arancel Externo Común a más tardar el 31 de diciembre de 1985..."

"Artículo 56.- **La incorporación de un producto por un País Miembro en su lista de excepciones le impedirá gozar de las ventajas que para tal producto se deriven del acuerdo.**

"Un País Miembro podrá retirar productos de su lista de excepciones en cualquier momento. En tal caso, se ajustará de inmediato al Programa de Liberación y al Arancel Externo vigentes para tales productos, en las modalidades y niveles que le correspondan, y entrará a gozar simultáneamente de las ventas respectivas.

"En casos debidamente calificados, la Junta podrá autorizar a un País Miembro para incorporar en su lista de excepciones productos que, habiendo sido reservados para programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, no fueron programados..."

"De las anteriores normas se deduce que si bien el artículo 45 consagra la modalidad automática e irrevocable del programa de liberación, como programa que es, está sujeto a las condiciones de gradualidad, plazos, requisitos y excepciones consagradas en el mismo capítulo que limita su campo de aplicación.

"En efecto en primer lugar el artículo 45 señala la gradualidad en el programa atendiendo primordialmente a los productos que sean objeto de Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, los cuales ingresan al programa en la medida que se efectúen las correspondientes negociaciones, a los productos de la lista común señalada en el artículo 4o. del Tratado de Montevideo, a los bienes que no se producen en la subregión, pero incluidos en nómina de asignación y por último a los no comprendidos anteriormente.

"En segundo lugar, el mismo artículo con la enmienda introducida por el Protocolo de Quito, como antes se anotó, codificada en el artículo 25 de la Decisión 236 del Acuerdo, deja claramente establecido que el programa de liberación no se aplica en los casos de excepción previstos en el Acuerdo, como claramente subraya la Sala..."

Dentro de estas excepciones y en lo que respecta al caso *sub-lite*, merece especial importancia el artículo 46, que expresamente exceptúa del programa de liberación a los productos reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, para los cuales las restricciones de todo orden se eliminan "cuando se inicie su liberación conforme al respectivo programa o según lo establecido en el artículo 53", norma que también establece una modalidad gradual y selectiva para efectos de la liberación de los productos provenientes de la subregión.

Entonces no resulta válido el alcance interpretativo que la actora da al programa de liberación, por que como se deduce, las normas anteriormente transcritas éste es selecto y atiende a la naturaleza del producto, su negociación, su carácter de reservado o su inclusión en lista de excepciones o nómina de reserva.

Cláusula de no agravación

El artículo 54 del Pacto Subregional Andino contiene "la cláusula de no agravación", que consiste en el compromiso que asumen las partes que emprenden la formación de

una unión aduanera o zona de libre comercio, de congelar la situación existente en materia de gravámenes y otras restricciones a las importaciones, situación que debe beneficiar a todos los participantes con el objeto de llegar a la liberación multilateral en forma progresiva hasta lograr el libre intercambio. Cláusula que la actora estima, debe aplicarse indiscriminadamente al universo de productos de la subregión.

Pretensión que no resulta acertada, toda vez que como se deduce de las normas mencionadas si bien la característica de todo "programa de liberación" es la universalidad y entre él, la cláusula de partida "de no agravación" contemplada en el Capítulo V del Acuerdo, su aplicación es relativa y no absoluta y por lo tanto sólo se impone para los productos comprometidos en el programa de liberación, atendiendo estrictamente a las excepciones expresamente consagradas en el Pacto, y en este caso al artículo 46 que claramente exceptúa del programa a los productos reservados para Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial, para los cuales las restricciones sólo serían eliminadas cuando se inicie su liberación, por lo que, mal puede pretender la actora que se aplique el beneficio de congelación de gravámenes a bienes que no están dentro del programa por hallarse en nómina de reserva hecho este, se repite, que no discute la demanda.

La Sala estima conveniente informar a la sociedad contribuyente que también el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en interpretación prejudicial en el proceso I-1-P-90 que fue publicada en Colombia en el Diario Oficial No. 39567 del 4 de febrero de 1991, determinó que no son aplicables los artículos 45 y 54 del Acuerdo de Cartagena a los productos que se encuentren en nómina de reserva o en lista de excepciones y que los países miembros no están impedidos de variar los tributos aduaneros respecto de los productos originarios de la subregión cuando los mismos no se encuentren incluidos dentro del programa de liberación.

En consecuencia la sentencia apelada que niega las peticiones de la demanda debe confirmarse porque el producto importado por la actora, por no estar comprendido en el Programa de Liberación al encontrarse en nómina de reserva no goza del beneficio de no agravación y en consecuencia si podía el Gobierno imponer a las importaciones de esta clase de productos, el impuesto del 18% sobre el valor CIF, determinado en la Ley 75 de 1986.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander el día 18 de febrero de 1994, en el juicio No. 6159.

2o.- RECONOCESE al doctor Juan Carlos Guerrero Cárdenas como apoderado de la demandada a términos del poder que obra a folio 337 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos* ,

Carlos A. Flórez, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la providencia de 17 de septiembre de 1993 Exp. 2990 Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

IVA EN IMPORTACION/DEVOLUCION SALDO A FAVOR/MAQUINARIA PARA INDUSTRIAS BASICAS/IMPORTACION EXCLUIDA/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

Se estima al igual que lo hizo el tribunal que procede la devolución del impuesto a las ventas liquidado en aquellas importaciones que contienen tanto el concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación en el sentido de que los bienes que se introducen al país, pueden ser utilizados en los procesos de que trata el numeral 1 del artículo 1o. del Decreto 584 de 1975 como los clasificados por el Incomex en el Grupo II como "No producción nacional, partes y piezas de maquinaria pesada".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta, Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5521 (acumulación) Actor: Carbones de Colombia S.A. "CARBOCOL". Apelación sentencia de 23 de febrero de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo Cundinamarca. (Devolución impuesto de ventas pagado en 1987 y 1988 por la importación de partes y piezas de maquinaria pesada). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 23 de febrero de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a la devolución del impuesto de ventas pagado en 1987 y 1988 por CARBONES DE COLOMBIA S.A. "CARBOCOL" NIT. 8.60.050.684 en la importación de partes y piezas de maquinaria pesada.

ANTECEDENTES

Proceso 8301. Durante 1987 y 1988 la sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A., importó maquinaria pesada y partes de ésta, destinada a la industria básica de la extracción del carbón. Con el fin de nacionalizar las mercancías sin detener sus operaciones, la actora canceló el impuesto sobre las ventas no obstante estar amparadas tales importaciones por la exención establecida en el literal e), artículo 61 del Decreto 3541 de 1983.

Mediante solicitud de julio 21 de 1989 Carbocol reclamó ante la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá la devolución de la suma de $6.293.265 correspondiente a los bienes a que se refieren las licencias de importación Nos. 29142 y 29173 acompañando al efecto, entre otros documentos, fotocopias autenticadas de las certificaciones expedidas por Planeación Nacional sobre la utilización de los bienes en los procesos industriales (numeral 1o., artículo 1o. Decreto 584 de 1975) y la clasificación certificada por el INCOMEX en el grupo II como de NO producción nacional de partes y piezas de maquinaria pesada. (fls. 18/21 antecedentes administrativos).

La División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por medio de la resolución No. 053 de octubre 19 de 1989 no accedió a la devolución solicitada argumentando que del artículo 61 del Decreto 3541 de 1983 no incluye "las partes de maquinaria pesada" porque sólo se refiere a."la importación de maquinaria pesada para industrias básicas", más no a las partes y piezas de la misma.

Señala además que por tratarse de importaciones realizadas en los años de 1987 y 1988 es aplicable al caso controvertido el concepto de la Dirección General de Impuestos No.11626 de mayo 7 de 1987 según el cual en vigencia del Decreto 3541 de 1983, únicamente quedaron exentos o excluídos del impuesto a las ventas, aquellos bienes que en forma expresa y taxativa enumeran los artículos 59 a 62 de dicho decreto, lo cual significa que las exenciones consagradas por disposiciones anteriores quedaron sin efecto, así como el concepto 07 de 1983 donde se expresaba que las partes y piezas siguen la suerte del bien principal.

En cuanto a aspectos formales la resolución 053 precisa que el INCOMEX al efectuar la respectiva clasificación de los bienes a que se refieren las licencias de importación 029142 y 0129173 no los incluye dentro del GRUPO V (No producción nacional, sí maquinaria pesada), a más de que las posiciones arancelarias de los bienes importados no corresponden a las señaladas en los artículos 59, 60, 61 y 62 del Decreto 3541 de 1983. (fls. 20/22).

Pese a que en el recurso de reconsideración formulado contra la resolución anterior la peticionaria insiste en que tiene derecho a la devolución del impuesto de ventas porque cumple con los requisitos exigidos en el literal e) del artículo 61 del Decreto 3541 de 1983, toda vez que los documentos expedidos por el Departamento

Nacional de Planeación y el INCOMEX demuestran que los bienes importados no se producen en el país, que constituyen partes y piezas de maquinaria pesada y que dicha maquinaria se destina a la industria de la minería, la División de Recursos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por resolución 035 de octubre 18 de 1990 tampoco accede a la devolución impetrada argumentando que ello no es viable debido a que las liquidaciones oficiales practicadas por la Dirección de Aduanas están en firme debido a que no han sido modificadas por un acto posterior de esa dependencia en donde conste la existencia de un saldo a favor de Carbocol por concepto del impuesto a las ventas pagado en las importaciones mencionadas. (fls. 23/26).

Agotada la vía gubernativa "Carbocol" demandó ante el Tribunal la nulidad de los actos administrativos que negaron la devolución del impuesto a las ventas pagado en 1987 y 1988 con motivo de la importación de partes y piezas para maquinaria pesada correspondientes a las licencias de importación 29142 y 29173, a lo cual accedió ordenando la devolución de la suma de $5.963.867 más intereses.

La decisión del *a-quo* se fundamenta en la sentencia de 26 de marzo de 1993 proferida por el mencionado Tribunal en el proceso No. 8296 suscitado entre las mismas partes y en el cual se invocaron las mismas normas violadas y motivos de transgresión adjuntando como pruebas, entre otros documentos, las certificaciones expedidas por el Departamento de Planeación Nacional y el Incomex sobre la utilización de los bienes importados en los procesos de industrias básicas como lo es la extracción de carbón; y la clasificación de los bienes en el "Grupo II como de NO producción nacional de partes de maquinaria pesada".

Se observa además, que la anterior sentencia del Tribunal confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 3 de septiembre del mismo año (expediente No. 4882), al decidir recurso de apelación interpuesto contra el fallo del *a-quo*, disminuyó en esta oportunidad el total del monto de la devolución solicitada en la suma de $95.056.oo debido a que las respectivas certificaciones de Planeación Nacional indicaban que los bienes relacionados en los registros de importación 79066 y 096 eran "bienes que no pueden utilizarse en los procesos industriales enumerados en el artículo 1o. del Decreto 584 de 1975".

Así mismo se precisa que en virtud del auto de fecha 22 de octubre de 1992 (folio 105) se acumularon al proceso No. 8.301 los siguientes expedientes que contienen solicitudes de devolución del impuesto de ventas pagado en 1987 y 1988:

Proceso No.	**Actos Acusados**	**Devolución solicitada**
1) Proceso 8351	(Res. 068/89 y 037/90)	$ 2.178.683.oo
2) Proceso 8348	(Res. 076/89 y 030/90)	1.587.269.oo
3) Proceso 8293	(Res. 058/89 y 047/90)	1.564.696.oo
4) Proceso 8350	(Res. 046/89 y 040/90)	4.687.752.oo

5) Proceso 8299	(Res. 045/89 y 034/90)	2.915.668.oo
6) Proceso 8353	(Res. 073/89 y 039/90)	3.483.363.oo
7) Proceso 8357	(Res. 050/89 y 029/90)	7.093.523.oo
8) Proceso 8294	(Res. 048/89 y 028/90)	5.377.080.oo
9) Proceso 8356	(Res. 044/89 y 032/90)	2.168.078.oo
10) Proceso 8355	(Res. 047/89 y 041/90)	1.387.543.oo
11) Proceso 8349	(Res. 066/89 y 025/90)	17.652.367.oo
12) Proceso 8295	(Res. 055/89 y 042/90)	9.498.547.oo*
13) Proceso 8358	(Res. 060/89 y 046/90)	4.954.314.oo
14) Proceso 8298	(Res. 062/89 y 026/90)	8.037.387.oo*
15) Proceso 8300	(Res. 057/89 y 033/90)	1.516.367.oo*
16) Proceso 8354	(Res. 051/89 y 045/90)	2.481.771.oo*
17) Proceso 8360	(Res. 049/89 y 031/90)	5.957.555.oo*
18) Proceso 8352	(Res. 056/89 y 027/90)	7.601.524.oo*
19) Proceso 8297	(Res. 054/89 y 038/90)	2.838.870.oo*
20) Proceso 8359	(Res. 078/89 y 043/90)	4.306.399.oo*
21) Proceso 8292	(Res. 072/89 y 036/90)	75.841.291.oo*

Teniendo en cuenta que los anteriores procesos acumulados se refieren a la devolución del impuesto de ventas pagado en 1987 y 1988 por la importación de partes y piezas de maquinaria pesada en las cuales se invocan las mismas normas y motivos de transgresión que contiene el proceso No. 8301, el Tribunal anuló los respectivos actos administrativos acusados ordenando la devolución de los valores solicitados con excepción de las partidas que aparecen marcadas con asterisco (*), respecto de las cuales dispuso devolver una cantidad menor según las siguientes cifras relacionadas en su orden: $8.942.188, $7.972.169, $1.484.461, $2.209.437, $5.838.106, $5.392.008, $2.156.160, $5.963.867, $3.831.802 y $75.309.827.

A continuación se relacionan los actos liquidatorios que contienen el impuesto de ventas cuyos valores el Tribunal ordena devolver, así:

Expediente No. 8301. 00061, 19195, 19323, 19429, 19431, 19805, 19813, 19838, 19959, 20022, 20033, 20222, 20479, 20488, 20518, 21108, 21116, 21594, 21595.

Expediente No. 8351. 1213, 1521, 2792, 5013, 5150, 5681, 5776, 5777, 5780, 5783, 6014, 6222, 7431, 7948, 12982, 15049, 19665, 20483.

Expediente No. 8348. 2854, 2860, 2972, 3223, 3268, 3274, 3476, 3483, 3510.

Expediente No. 8293. 5797, 10524, 12962, 12966, 12980, 13896, 14114, 14149, 14237, 14248, 14255, 14284, 14753, 14764, 15044, 15045, 15059, 15142, 15047, 19513.

Expediente No. 8350. 050, 273, 530, 1582, 1780, 7488, 7503, 7512, 7942, 7946, 7947, 7966, 8006, 8012, 8346, 8351, 8607, 8609, 8610, 8894, 8897, 9909, 9910, 9924, 9932, 10057, 16873, 17391, 18078, 18080, 18476, 18477, 21753.

Expediente No. 8299. 1275, 1290, 1802, 1804, 1805, 1809, 1836, 1846, 1853, 1993, 2005, 2413, 2419, 2677, 2684, 2808, 2824, 3693, 4827, 4881.

Expediente No. 8353. 63, 78, 80, 125, 216, 1026, 1136, 1146, 1147, 1230, 1535, 1684, 1903, 1925, 3499, 5798, 20476, 20518.

Expediente No. 8357. 824, 1852, 1858, 1864, 1892, 2029, 2217, 2219, 2220, 2222, 2331, 2334, 2337, 2384, 3259, 3525.

Expediente No. 8294. 1614, 2608, 2967, 2968, 2969, 2970, 3225, 3500, 3642, 3643, 3644, 3907, 6455, 6785, 6786, 6953, 7110, 7118, 7218, 7701, 7431, 18391, 18462, 18463, 20001, 20067, 20069, 20100, 21068.

Expediente No. 8356. 4916, 4920, 4921, 4955, 4964, 5124, 5226, 5227, 5230, 5233, 5325, 5328, 5414, 5415, 5563, 5598, 14765, 16340, 16790, 16822.

Expediente No. 8355. 134, 188, 274, 275, 276, 279, 529, 2853, 3085, 11416, 11481, 11483, 11484, 11485, 18419, 19144, 19145, 21743, 21744.

Expediente No. 8349. 1242, 1265, 1273, 1773, 2833, 2854, 2936, 3296, 9832, 16055, 16340, 16979, 17967, 17798, 19058, 19208, 20289, 21052.

Expediente No. 8295. 16026, 17944, 18193, 18186, 18299, 18325, 18332, 18326, 18455, 18461, 18471, 18604, 18722, 18741, 18744, 19209, 19389, 19438, 20233.

Expediente No. 8358. 824, 1158, 1216, 1308, 1314, 1327, 1552, 1633, 1693, 1694, 1697, 1696, 1698, 1890, 1909, 1979, 1980, 1983.

Expediente No. 8298. 2442, 3325, 3327, 3715, 18099, 18352, 18395, 18554, 18718, 18927, 19170, 19876, 20517, 20582, 20595, 20596, 21111, 21592.

Expediente No. 8300. 1264, 1524, 1671, 1696, 2439, 2525, 2605, 2683, 2691, 2826, 3254, 3257, 3271, 3273, 3275, 4326, 4381, 4829, 4888.

Expediente No. 8354. 1251, 1351, 4657, 4675, 10304, 15040, 15052, 15057, 15061, 15115, 19317, 20448, 20511, 20590, 21025, 21570, 21624, 21627.

Expediente No. 8360. 278, 748, 835, 836, 880, 1008, 1195, 1325, 1326, 1328, 1386, 1414, 1518, 1550, 1551, 1695, 1763, 3259, 3525.

Expediente No. 8352. 34, 35, 43, 67, 75, 121, 122, 173, 185, 3699.

Expediente No. 8297. 2990, 2998, 3001, 3002, 3003, 3004, 9238, 17604, 17976, 18202, 18646, 19151.

Proceso No. 8359. 634, 710, 747, 749, 833, 834, 876, 877, 881, 883, 884, 904, 982, 1117, 1118, 1156, 1157, 1217, 1218, 1219.

Expediente No. 8292. 8, 10, 21, 22, 24, 29, 31, 32, 33, 37, 42, 50, 54, 55, 57, 2918, 2950, 3221, 3299.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada apela la sentencia porque considera que desconoce abiertamente la previsión contenida en el artículo 2o. del Decreto 258 de 1982 toda vez que la actora no presentó ante la Aduana Nacional, **al momento de la nacionalización,** el certificado del Incomex acerca de la condición de maquinaria pesada no producible en el país de los bienes importados; y el Concepto del Departamento Nacional de Planeación de que tales bienes se utilizan en los procesos industriales como el de la extracción de carbón.

Observa que sin lugar a dudas la mencionada norma señala **el momento,** condición temporal, para quien se crea con derecho a gozar del beneficio fiscal, compruebe los presupuestos de hecho que lo hacen acreedor a éste, mediante el certificado del Incomex y el concepto de Planeación Nacional; de tal suerte que es el **momento** de la nacionalización y no en otra oportunidad cuando **opera** la "exención" por voluntad expresa del legislador.

Critica la decisión del *a-quo* porque el asunto que se discute no se refiere al pago de lo no debido sino a la circunstancia de que "Carbocol" no probó ante la autoridad en la oportunidad señalada al efecto, que le asistía derecho a no causar el impuesto a las ventas (lo que por sustracción de materia excluye cualquier devolución). Concluye entonces que los bienes importados estaban sujetos al gravamen y al no probarse la excepción ni presentarse reparo alguno frente a las liquidaciones oficiales es innegable la firmeza de esos actos administrativos.

En resumen, que la Administración Tributaria procedió de acuerdo con la ley cuando negó la devolución solicitada por la sociedad "Carbocol", toda vez que a la luz de las normas que regulan la materia la actora dejó transcurrir la oportunidad señalada para acreditar los requisitos correspondientes, negligencia que pretende amparar acogiéndose a procedimientos reservados para otras situaciones.

Por lo demás, se remite al salvamento de voto del Magistrado del Tribunal, según el cual las súplicas de la demanda no han debido prosperar toda vez que la actora no

acreditó oportunamente el derecho al beneficio de la exención (literal e) artículo 61 del Decreto 3541 de 1983), es decir las certificaciones del Incomex y los conceptos del Departamento Nacional de Planeación antes mencionados. (fls. 196/200).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En primer lugar, el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales formula su alegato de conclusión en donde reitera el planteamiento que hizo con motivo del expediente No. 4882 (actor: Carbocol) que culminó con la sentencia del Consejo de Estado de fecha 3 de septiembre de 1993, puntualizando que la actora enfrentaba una exigencia legal descrita en el artículo 2o. del Decreto 258 de 1982, referente a la presentación ante la Aduana Nacional al momento de la nacionalización de la mercancía: a) de un certificado del Incomex acerca de que los bienes importados poseen la condición de maquinaria pesada no producible en el país; y b) concepto del Departamento Nacional de Planeación en lo atinente a si los bienes importados se usan en los procesos enumerados en el artículo 1o. del Decreto 584 de 1975.

De lo anterior concluye que en el incumplimiento de estos requisitos se fundamenta el cobro del impuesto a las ventas, a más de que cada uno de esos actos por medio de los cuales la Dirección de Aduanas cuantificó el impuesto a las ventas en las importaciones quedó en firme y su legalidad incuestionada, porque la actora no interpuso los recursos legales.

También se refiere a los documentos expedidos por el Departamento Nacional de Planeación e Incomex glosándolos, primero porque han debido ser presentados a la Aduana en el momento de la nacionalización de la mercancía, omisión que no puede considerarse subsanada en la etapa contenciosa; y segundo, debido a que si bien el Incomex clasificó las facturas de compras de bienes amparadas por las licencias de importación que relaciona el contribuyente, identificándolas como del Grupo V, las de "No producción nacional, sí maquinaria pesada", sin embargo, el Tribunal hizo una valorización indebida de tales pruebas, porque pone en boca del Incomex una clasificación que las certificaciones no contienen, pues reconoció la exención a las clasificadas por el Incomex en el Grupo II en donde se señalan como "No producción nacional, sí partes y piezas de maquinaria pesada".

Por lo tanto solicita se revoque la sentencia, confirmando la legalidad de los actos administrativos demandados. (fls. 218/222).

En segundo lugar, descorre el traslado para alegar de conclusión el apoderado sustituto de la demandante quien relieva que en un principio la Administración Tributaria devolvió los impuestos a "Carbocol" con base en el concepto 22626 del 27 de agosto de 1987 de la Subdirección Jurídica de la DIN según el cual la exclusión establecida para maquinaria pesada no sólo cobija a la importación como un todo sino cuando se importan partes y piezas de esa maquinaria pesada, con la misma condición de que no se produzca en el país, pues de no entenderse así, se estaría limitando el beneficio consagrado para el desarrollo de las industrias básicas.

No obstante lo anterior, posteriormente la Administración de Impuestos de Bogotá, negó las solicitudes de devolución argumentando que por tratarse de importaciones efectuadas en 1987 y 1988 era aplicable el concepto No. 11626 de mayo 7 de 1987 de la DIN, según el cual la importación de partes y piezas para maquinaria pesada no se encontraba expresamente excluída del impuesto sobre las ventas y, por lo tanto debían estar sometidas al gravamen.

Precisa entonces que si la Dirección de Impuestos tuvo dudas sobre la existencia del beneficio tributario alegando, pues unas veces reconoció el derecho a " Carbocol" y ordenó la devolución del impuesto de ventas y otras veces lo negó, ha debido aplicar el artículo 745 del Estatuto Tributario, norma según la cual las dudas provenientes de vacíos probatorios existentes al momento de fallar los recursos deben resolverse a favor del contribuyente.

En resumen, que los actos cuya nulidad impetra, violan el literal e) del artículo 61 del Decreto 3541 de 1983 por cuanto hacen nugatoria la exclusión del impuesto sobre las ventas prevista en esta norma, puesto que se pagó el mencionado impuesto que en modo alguno se causaba en las importaciones que realizó "Carbocol" de maquinaria y de partes y piezas para la misma. Por lo tanto, solicita se acceda a las peticiones formuladas contra los actos administrativos objeto del proceso acumulado de la referencia. (fls 232/234).

En esta instancia no se registra actuación alguna por parte del señor Delegado Séptimo de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación. (fl. 215).

CONSIDERACIONES

En este proceso acumulado la parte demandada impugna la sentencia del Tribunal porque a su juicio desconoce las previsiones del artículo 2o. del Decreto 258 de 1982 toda vez que Carbocol no acreditó **al momento de la nacionalización** mediante certificado del Incomex y concepto del Departamento Nacional de Planeación la calidad de maquinaria pesada de los bienes importados no producibles en el país y su utilización en el proceso de extracción del carbón respectivamente.

En primer lugar conviene precisar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 26 de marzo de 1993 (Proceso 8296) decidió la controversia suscitada por Carbocol cuya situación fáctica y jurídica es la misma que contienen los expedientes en referencia, con respecto a las solicitudes de devolución del impuesto sobre las ventas pagado en las importaciones.

En segundo lugar se observa que la Sala en sentencia del 3 de septiembre del mismo año (expediente 4882) estuvo de acuerdo con la decisión del *a-quo* en cuanto ordena la devolución del impuesto a las ventas liquidado en la importación de piezas y partes de maquinaria pesada con destino a industrias básicas con fundamento en el concepto 22626 de 1987 de la DIN y en la calificación dada por el Incomex a los bienes importados.

En tal oportunidad la Sección Cuarta del Consejo de Estado fundamentó su sentencia confirmatoria de la siguiente manera:

> "Pues bien, hechas las anteriores anotaciones, que en modo alguno inciden sobre la cuestión de fondo que se discute, como es la procedencia o improcedencia de la devolución del impuesto de ventas liquidado en las importaciones de piezas y partes de maquinaria pesada con destino a industrias básicas, cuyo beneficio fiscal de "no causa el impuesto a las ventas" (literal e), artículo 61 Decreto 3541 de 1983), a juicio de la División de Recaudo (resolución 00052 de 1989) no cobija a Carbocol en razón de la taxatividad de la mencionada norma y porque quedó sin efecto el concepto 07 de 1983 en donde se expresaba que las partes y piezas siguen la suerte del bien principal, la Sala estima al igual que lo hizo el Tribunal que procede la devolución del impuesto de ventas liquidado en aquellas importaciones que contienen tanto el concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación en el sentido de que los bienes que se introducen al país, pueden ser utilizados en los procesos de que trata el numeral 1 del artículo 1o. del Decreto 584 de 1975 como los clasificados por el Incomex en el Grupo II como "No producción nacional, partes y piezas de maquinaria pesada", cuya calificación está acorde con el criterio jurídico expuesto por la Sub-Dirección Jurídica de la DIN mediante concepto No. 22626 del 27 de agosto de 1987 y que el Subdirector Técnico de la Dirección General de Aduanas, (Joaquín Romero Herrera) dispuso tenerlo en cuenta a través de radiograma 0284 de mayo 19 de 1988 dirigido a las Aduanas del país. (fls. 76/77 y 98/99).
>
> "De manera que, encontrándose la Sala de acuerdo con la sentencia del Tribunal en cuanto ordena la devolución del impuesto a las ventas liquidado en la importación de piezas y partes de maquinaria pesada con destino a industrias básicas con fundamento en el concepto 22626 de 1987 antes mencionado y en la calificación dada por el Incomex a los bienes a que se refieren los registros de importación 79066, 5537, 71769, 71803, 67492, 71818, 80966 y 096, glosa parcialmente el fallo porque ordena la devolución de las sumas de $29.451 y $65.606 (registros de importación 79066 y 096 respectivamente), acerca de los cuales el oficio UINF: ARN: 082 de febrero 15 de 1988 del Departamento Nacional de Planeación (folio 26 marcador negro antecedentes administrativos) expresamente indica que "no son bienes que puedan utilizarse en los procesos industriales enumerados en el artículo 1o. del Decreto 584 de 1975."

De modo pues que siendo el asunto igual al debatido anteriormente con el resultado de que se accedió en forma parcial a las peticiones de la parte actora, la Sala habrá de confirmar los cuarenta y cuatro (44) numerales de la parte resolutiva del fallo que en unos casos anuló parcialmente los actos acusados y en otros casos los invalidó totalmente ordenando la correspondiente devolución.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o- CONFIRMASE la sentencia de 23 de febrero de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a la devolución del impuesto de ventas pagado por CARBOCOL en la importación de partes y piezas para maquinaria pesada.

2o.- RECONOCESE personería al doctor William Ribero Valderrama de acuerdo con poder visible a folio 223 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 3 de septiembre de 1993, Exp. 4882.

SUCURSAL/AGENCIA/ADMINISTRADOR-Facultades

Los administradores de las sucursales de las sociedades a términos del artículo 114 del C. de Co., tienen la representación de la misma; por tanto, con la facultad para obligar a la sociedad en desarrollo de los negocios propios del objeto social, por el contrario, en la agencia, sus administradores son dependientes que carecen de la facultad para comprometer al ente societario, y sus actuaciones se desarrollan bajo las órdenes que les impartan los representantes de la sociedad; de consiguiente, para comprometer a la persona jurídica, deben estar previamente autorizados.

NOTIFICACION/CADUCIDAD DE LA ACCION/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Medellín

La notificación se realizó en forma legal, pues notificó a quien estaba previamente autorizado por el representante legal de la sociedad para asistir a tal diligencia. Es claro, entonces, que siendo una agencia de la sociedad, como lo afirma la actora, y equivocadamente lo entendió el *a-quo*, se debía, como lo hizo la sociedad revestir de facultad a su administrador para cumplir en forma legal con la notificación. Además si la notificación se realizó, como queda dicho, en forma legal, y, por lo tanto, llamada a producir los efectos respectivos, debe entenderse, en consecuencia, que el término de caducidad de la acción empezó a correr desde la fecha de notificación de los actos administrativos demandados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5177. Actor: Industria Colombiana de Llantas "Icollantas S.A.". Impuesto Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala en recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte actora, contra la sentencia de 10 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción, correspondiente al juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de industria, comercio y avisos por el año gravable de 1986, vigencia de 1987.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora, Icollantas S.A., tiene en la ciudad de Medellín la actividad comercial de venta de llantas para automotores y percibe ingresos por el servicio de reencauche, el cual efectúa en un establecimiento de comercio ubicado en la calle 31 # 43A-10.

Dicha firma presentó el 27 de marzo de 1987, declaración de impuestos de industria, comercio y avisos, por el año gravable de 1986, en la cual fijó un total de ventas e ingresos brutos por la suma de $405.320.062, para un total mensual de impuestos por $230.833.

La Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín profirió, previa investigación tributaria, resolución de aforo oficial No. 195 de 23 de marzo de 1988, en la cual fijó un impuesto de industria, Comercio y avisos para el referido año gravable por la suma mensual de $734.488, resolución que posteriormente fue modificada y corregida, por resolución No. 1261 de 5 de abril de 1988, por haberse incurrido en error aritmético por parte de la administración, fijando un impuesto por dichos impuestos por la suma de $734.880.

Contra las anotadas resoluciones la sociedad actora propuso los recursos de reposición y en subsidio apelación, resueltos, el primero mediante resolución No. 3129 de 26 de octubre de 1989, por el jefe del Departamento de Impuestos Municipales de Medellín, y el segundo mediante resolución No. SH-17.0004 de 2 de febrero de 1990, por el Secretario de Hacienda Municipal, ambas de manera desfavorable a la actora.

Esta última resolución fue notificada, en primer término, al señor José Alberto Forero Orozco, el 23 de marzo de 1990, y, posteriormente, a la Doctora Lucy Cruz de Quiñones, el 13 de septiembre de ese mismo año, según manifestó la administración porque "...el anterior notificado no es el representante legal. Por lo tanto se anula la primera notificación".

LA DEMANDA:

Debidamente agotada la vía gubernativa, se acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para demandar, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho las resoluciones antes indicadas, argumentando que en el trámite dado por la administración municipal hubo extemporaneidad, puesto que la resolución No. 00195 de 25 de marzo de 1988, que liquidó oficialmente el impuesto de industria, comercio y avisos a la actora, se notificó por fuera del término legal. Igualmente, aduce la falta de motivación y que en materia sustancial se tomaron ingresos obtenidos por actividades ejercidas en el municipio de Sibaté, violando con ello preceptos constitucionales y legales.

OPOSICION A LA DEMANDA:

El municipio dio contestación a la demanda y propuso, la excepción de caducidad de la acción debido a que la resolución No. SH-17-004 de 1990, mediante la cual se agotó la vía gubernativa, se notificó legalmente el 23 de marzo de 1990, y la demanda se presentó 8 meses después.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a declarar probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la parte demandada, aduciendo "A folios 110 en marzo 14 de 1990 Jorge Joaquín Robledo Quijano obrando en representación legal de Industrias Colombiana de Llantas S.A., conforme a certificado de la Cámara de Comercio que acompañó, confirió poder al señor Alberto Forero identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.558.219 de Bucaramanga, para que se notificara de las resoluciones SH17-004 y SH17010 de 1990 relativas al impuesto de industria y comercio, documento enviado al Secretario de Hacienda Municipal", y que es a partir de esta notificación 23 de marzo de 1990, que debe contarse el término de caducidad de la acción.

Cita los artículos 114 y 263 del Código de Comercio que hacen relación a la definición de sucursales, quiénes son sus representantes y cuales son sus facultades.

LA IMPUGNACION:

La apoderada judicial de la actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 10 de septiembre de 1993, manifestando que el Tribunal fundó su fallo en presupuestos legales y fácticos equivocados, en primer lugar, porque "el establecimiento de **INDUSTRIAS COLOMBIANA DE LLANTAS S.A.,** no es una **SUCURSAL,** sino una **AGENCIA,** y por ello los artículos 49 del C.P.C y el 124 y 263 del C. de Comercio, no le son aplicables. Siendo como es, una agencia, el artículo aplicable es el 264 del Código de Comercio por mandato del artículo 5 numeral 1 de la Ley 57 de 1887." Para concluir que la diferencia entre una sucursal y una agencia, estriba en la falta de facultades que el administrador de una agencia tiene para representar y obligar a la sociedad.

Afirma que no se ha probado en el proceso que al señor Alberto Forero se le haya constituído en apoderado para representar a la empresa judicialmente, ni se demostró que dicho poder se protocolizó en notaría del respectivo circuito, ni que se hubiera inscrito en el registro comercial del lugar como lo ordena el artículo 48 del C.P.C. Agrega, que la notificación hecha al señor Alberto Forero es nula, tal como se declaró en la resolución, por violación de los artículos 77 y 81 del Acuerdo No. 61 de 1989, puesto que el primero exige que "las actuaciones administrativas de la Dirección General de Impuestos y de la Secretaría de Hacienda Municipal, se **notificarán** personalmente al contribuyente o a su representante o apoderado. Y el segundo, según la apelante, requiere la calidad de abogado para actuar como apoderado. La citada disposición expresa:

> "ARTICULO 81 Los contribuyentes pueden actuar ante la Dirección de Impuestos Municipales y ante la Secretaría de Hacienda Municipal, personalmente o por medio de apoderado legalmente constituido. Quien actúa como apoderado en la interposición o en el trámite de recursos deberá tener título de abogado, lo cual acreditará mediante la presentación (sic) de la tarjeta o matrícula profesional "(El texto de éste artículo es la versión expuesta por el apelante, ya que no anexó copia de dicho Acuerdo).

Igualmente afirma que: "Es de anotar que el tribunal le resta toda validez no sólo a la notificación hecha en legal forma, sino que desecha la anulación de la primera que fue una decisión de la propia administración que no puede traerle perjuicios al administrado. Tampoco se le otorga mérito alguno a la certificación de la notificación (sic) expedida por el funcionario público en documento público anexo a la demanda por el cual se da fe, que para la contraparte la diligencia se efectuó el 13 de noviembre de 1990. Si el particular se atuvo al valor jurídico de ese documento y del (sic) diligencia de notificación con anulación de la inicial, no puede ahora en la etapa contenciosa desecharse una actuación que la propia administración no ha invalidado ni se encuentra demandada por ella. Donde quedaría el mérito probatorio de las certificaciones, que tienen carácter de documento público al tenor del artículo 262 numeral 2 y los efectos que le otorga el artículo 252 numeral 3 y 264 del C. de P.C., si se avala la doctrina del Tribunal ?."

Expone también, argumentos relacionados con los siguientes aspectos: a) Notificación extemporánea del acto administrativo de liquidación oficial, b) Ausencia de motivación del acto administrativo que liquidó oficialmente el impuesto de industria y comercio, resolución 00195 de marzo 23 de 1988. y, c) Territorialidad del Impuesto de Industria y Comercio.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Parte actora: reitera los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

La parte demandada, ni el señor procurador delegado presentaron alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala son tres los puntos a analizar en el *sub-lite*, a saber: a) Si es válida la notificación realizada al señor José Alberto Forero Orozco, el 23 de marzo de 1990, b) Desde cuando empezó a correr el término de caducidad de la acción y, c) La violación de los artículos 77 y 81 del Acuerdo 61 de 1989.

En relación con el primero, se debe precisar, en primer lugar, si la actividad desarrollada por la actora en la ciudad de Medellín se realiza a través de una sucursal-domicilio secundario- o de una agencia. La precisión es necesaria en razón a que los administradores de las sucursales de las sociedades a términos del artículo 114 del Código del Comercio, tienen la representación de la misma; por tanto, con facultad para obligar a la sociedad en desarrollo de los negocios propios del objeto social, por el contrario, en la agencia, sus administradores son dependientes que carecen de la facultad para comprometer al ente societario, y sus actuaciones se desarrollan bajo las ordenes que les impartan los representantes de la sociedad; de consiguiente, para comprometer a la persona jurídica, deben estar previamente autorizados. En el sub-lite, de acuerdo al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín-fl. 109 c.p.- la sociedad Industrial Colombiana de Llantas S.A., posee en la ciudad de Medellín un establecimiento de comercio denominado Industria Colombiana de Llantas, cuyo administrador es el Señor José Alberto Forero Orozco. Se trata, por tanto, de una simple agencia, cuyo administrador no puede directamente comprometer a la sociedad, para poderlo hacer requiere, necesariamente, estar facultado para ello. Precisamente, para dotarlo de tal facultad, en el *sub-lite*, el representante legal de la sociedad procedió a otorgar poder al señor José Alberto Forero Orozco. Para notificarse "de las resoluciones Nos. SH 17-004 de 1990 y SH 17-010 de 1990", del cual se efectuó diligencia de presentación personal-folio 110 vuelto-, ante el Notario Veintitres de Bogotá, diligencia en la cual se expresa:

> **"DILIGENCIA DE PRESENTACION PERSONAL.**
>
> En Notario veintitres del Circulo de Bogotá, DA FE que el anterior escrito dirigido A Secretaría de Hacienda- contenido ilegible-, fue presentado personalmente por Jorge Alberto Quijano quien exhibió la C.C. No. 19.360.993 de Bta y.....
>
> Bogotá, 20 de marzo de 1990".

Y estando autorizado de manera expresa, el 23 de marzo de 1990, la Administración Municipal procedió a efectuar la notificación de los actos administrativos.

Para la Sala la notificación se realizó en forma legal, pues notificó a quien estaba previamente autorizado por el representante legal de la sociedad para asistir a tal diligencia. Es claro, entonces, que siendo una agencia de la sociedad, como lo afirma la actora, y equivocadamente lo entendió el *a-quo*, se debía, como lo hizo la sociedad, revestir de facultad a su administrador para cumplir en forma legal con la notificación.

Por lo segundo, si la notificación se realizó como queda dicho, en forma legal, y, por tanto, llamada a producir los efectos respectivos, debe entenderse, en consecuencia, que el término de caducidad de la acción empezó a correr desde la fecha de notificación de los actos administrativos demandados, vale decir, desde el 23 de marzo de 1990.

Si bien aparece a folio 114 del c.p. nota manuscrita sobre la comparecencia el día 13 de septiembre de 1990, de la apoderada de la actora, Doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONES, para notificarse personalmente de los actos administrativos demandados, y seguidamente se anota que: "la presente notificación se hizo a causa a que el anterior notificado, no es el representante legal y por tanto se anula la primera notificación"; en la fecha de ésta actuación el término de caducidad ya había precluido, por lo que la Sala comparte la apreciación del Tribunal, cuando afirma: "en consecuencia no podrá auspiciarse que este acto se invalide para que a través de otro poder otorgado en septiembre 10 e inclusive cuando ya habían pasado los cuatro meses que habilitan plantear la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se promueva y renazca así nuevamente ésta dentro de un procedimiento por supuesto anómalo del administrado y aún del administrador público, que anuló-en su entender - sin razones legales su propio acto que dentro del ámbito de la ley no puede tener amparo".

Por último, en cuanto a la violación de los artículos 77 y 81 de Acuerdo 61 de 1989, observa la Sala que tal Acuerdo no se anexó, razón por la cual no puede verificarse la legalidad de los actos administrativos demandados frente a lo dispuesto en el mismo, y según lo ordena el artículo 141 del C.C.A., las normas jurídicas de alcance no Nacional deben ser allegadas por la parte que las aduce o solicitar al ponente su obtención.

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,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 10 de septiembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, objeto de esta apelación, por las razones expuestas es la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA/IMPUESTO DE TRANSITO DE CARBON

El fallo de nulidad como en repetidas oportunidades lo ha precisado la Corporación produce efectos *ex tunc* (desde entonces), es decir, desde el mismo momento en que se produjo el fallo anulado y como consecuencia, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de su expedición, por lo que, las situaciones no consolidadas, entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria, como la que es objeto del presente juicio, son afectadas por la decisión tomada en el fallo de nulidad de la norma que le sirvió de fundamento. Por consiguiente los efectos de la sentencia de nulidad de abril 30 de 1992 se retrotraen a la fecha de expedición del Acuerdo 008 del 7 de agosto de 1990 y afecta por lo tanto la situación configurada en el momento en que se pretendió cobrar el impuesto de tránsito de carbón a la actora (10 de octubre de 1990), de modo que el juez a quien corresponde dirimir con posterioridad a dicha declaratoria una situación concreta *sub-júdice*, debe hacer extensivos los efectos del fallo de nulidad de la norma que sirvió de fundamento al acto particular y concreto objeto del juicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 5656. Actor: C.I. "Prodeco Productos de Colombia S.A. Fallo.

Avoca la Sala la consulta de la sentencia del 4 de mayo de 1994 estimatoria de las súplicas de la demanda proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad C.I. "PRODECO", PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A., contra el acto administrativo mediante el cual la Secretaría de Hacienda y la Tesorería del Distrito Turístico y Cultural de Santa Marta le determinó "impuesto al tránsito de carbón de exportación", con fundamento en el Acuerdo 008 de 1990.

ANTECEDENTES

1.- Mediante el Acuerdo 008 de 1990 el Consejo Distrital de Santa Marta, con invocación del Acto Legislativo 03 de 1989 y la Ley 97 de 1913 artículo 1o. literal n), (considerando que en él se dispuso la organización de la ciudad de Santa Marta como un Distrito sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones fijadas por la ley citada, que autorizó al Congreso para dictar un estatuto especial, ley que hasta la fecha, 7 de agosto de 1990, no había sido expedida por el Congreso), procedió a aplicar para el Distrito de Santa Marta el Régimen vigente para el Distrito Especial de Bogotá, especialmente en lo relativo a su estructura administrativa, derechos fiscales e impuestos.

En ejercicio de las atribuciones previstas en tal régimen, procedió a crear el Impuesto sobre todo el carbón mineral que transite por el territorio del Distrito Turístico, a razón de US$0.50 por tonelada, y estableció el procedimiento aplicable para la liquidación del gravamen.

2.- Con fundamento en lo dispuesto en el acuerdo citado el Tesorero del Distrito Cultural e Histórico de Santa Marta liquidó a la sociedad PRODUCTOS DE COLOMBIA "PRODECO" S.A., el impuesto sobre tránsito de carbón, el que determinó en la suma de $24.054.298.88, liquidación que fue aprobada por la Secretaría de Hacienda Distrital.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió reposición y subsidiariamente en apelación, alegando entre otras razones de orden constitucional y legal, la ilegalidad del acto administrativo en razón de que el acuerdo, fundamento de la decisión impugnada, había sido suspendido por la jurisdicción contenciosa.

El recurso fue fallado mediante la resolución 007 del 20 de marzo de 1991, que confirmó el acto recurrido, con fundamento en la presunción de legalidad del acuerdo, de cuya inconstitucionalidad no tenía conocimiento la Administración Municipal toda vez que el apoderado de la actora no probó tal hecho.

Además sí existía una norma que autorizaba expresamente al Distrito Especial de Bogotá, y por analogía, al Distrito de Turismo de Santa Marta al cobro de impuesto sobre el carbón mineral que transite o se consuma dentro del municipio.

Adicionalmente, la garantía bancaria ofrecida, no equivalía al pago del impuesto debido, que exigía el ordenamiento municipal.

Ante esta circunstancia la sociedad consignó el 18 de octubre de 1990 el impuesto liquidado, con el fin de que se surtiera el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, sin que hasta el 7 de noviembre de 1990, se hubiera resuelto, razón por la cual alega que ocurrió en su favor el silencio administrativo positivo.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Magdalena acudió en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho C.I. "PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A., para acusar al acto administrativo de haber infringido los artículos 43, 197 numerales 2o., 5o. y 7o. de la Constitución Política; 50, 51 y 84 del Código Contencioso Administrativo, 4o.de la Ley 153 de 1887, 240 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4a. de 1913), 44 y 167 del Decreto 444 de 1967 y, 98 y 99 del Decreto 1333 de 1986.

Afirma que dada la inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo 008 de 1990, fundamento del acto administrativo, este último infringió el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación.

Deriva la ilegalidad del acto acusado en la inexistencia de una norma legal que autorizará al Concejo Municipal para crear el impuesto, ya que los municipios, de acuerdo con los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional de 1886 carecen de soberanía tributaria y no pueden crear sino aquellos tributos para los cuales han sido facultados expresamente por la ley; principio este que es desarrollado por los artículos 93 numeral 1o. y 259 numeral 2o. del Decreto 1333 de 1986.

Cita en apoyo de su argumentación la sentencia del 12 de junio de 1987, Expediente 1706 ponente doctor Jaime Abella Zárate.

Luego de señalar otros vicios de ilegalidad de la actuación administrativa, relacionados con la falta de competencia del funcionario que conoció del recurso de reposición, la exigencia del pago del impuesto liquidado para recurrir, y la imposición de gravamen al tránsito de bienes de exportación, pide se anule el acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de lo indebidamente pagado ajustado con base en los índices del DANE y aumentando con intereses comerciales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las súplicas de la demanda considerando que se había producido el decaimiento del acto administrativo demandado en razón de que en virtud de la sentencia del 30 de abril de 1992, expediente 2692, fue declarada la nulidad del Acuerdo 008 de 1990, que le sirvió de fundamento, mediante el cual el Concejo Distrital de Santa Marta creó el impuesto al tránsito de carbón.

Procedió en consecuencia a la anulación del acto administrativo de liquidación del gravamen, ordenó la devolución de $53.400.525.75, correspondiente al valor indebidamente pagado, ajustado con base en los índices de precios al consumidor fijados por el DANE, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A juicio de la Sala el fallo del 4 de mayo del año en curso, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena y objeto de consulta merece ser confirmado, porque:

a) **Asunto de fondo:** Si debido a la falta de autorización legal al Distrito Especial de Santa Marta, para la creación del impuesto del tránsito al carbón, el Acuerdo que lo creó, 008 de 1990 fue anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa y retirado del ordenamiento jurídico, tal fallo de nulidad como en repetidas oportunidades lo ha precisado la Corporación produce efectos *ex tunc* (desde entonces), es decir, desde el mismo momento en que se produjo el fallo anulado y como consecuencia, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de su expedición, por lo que, las situaciones no consolidadas, entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria, como la que es objeto del presente juicio, son afectadas por la decisión tomada en el fallo de nulidad de la norma que le sirvió de fundamento.

Por consiguiente los efectos de la sentencia de nulidad de abril 30 de 1992 se retrotraen a la fecha de expedición del Acuerdo 008 del 7 de agosto de 1990 y afecta por lo tanto la situación configurada en el momento en que se pretendió cobrar el impuesto de tránsito de carbón a la actora (10 de octubre de 1990), de modo que el juez a quien corresponde dirimir con posterioridad a dicha declaratoria una situación concreta *sub-júdice,* debe hacer extensivos los efectos del fallo de nulidad de la norma que sirvió de fundamento al acto particular y concreto objeto del juicio

La nulidad también es procedente cuando el acto administrativo contraría una norma superior lo que ocurrió en el *sub-lite,* cuando en el acto administrativo se liquida impuesto por el tránsito de carbón de exportación (hecho probado en el proceso fls. 119 a 127 del expediente) en contravención con lo dispuesto en los artículos 46 y 169 del Decreto 444 de 1967, entonces vigentes, que prohibían a los departamentos y municipios establecer gravámenes a las mercancías de exportación o al tránsito de productos destinados a la misma; prohibición que quedó reiterada en el artículo 259 literal b) del Decreto 1333 de 1986 y 18 de la Ley 9a. de 1991, que prohiben expresamente a las entidades territoriales establecer gravámenes sobre el tránsito de productos destinados a la exportación.

Adicionalmente si el Acuerdo Municipal que sirvió de fundamento al acto acusado fue suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, por encontrarlo violatorio de la Constitución Nacional y de la ley, era obligación de la autoridad municipal dar

aplicación preferente a las normas constitucionales y legales antes que al acuerdo infractor como se lo ordenaba el artículo 4o. de la Ley 153 de 1887.

Por todo lo anterior tuvo razón el *a-quo* al anular el acto administrativo demandado.

b) **Ajuste de la suma a devolver, y reconocimiento de intereses.**

La decisión de *a-quo* en este punto también merece confirmación toda vez que como se precisó en el fallo del 18 de marzo de 1993, expediente 4490, ponente doctor Jaime Abella Zárate, reiterado en la sentencia del 1o. de julio de 1994, expediente 4350, Actor Occidental de Colombia, refiriéndose al mismo tema dijo la Sala:

"...Los anteriores planteamientos merecen por parte de la Sala las siguientes consideraciones:

"a) La petición de reconocimiento y pago de intereses comerciales corrientes desde el día en que se consignó el valor de la multa, aunque no lo expresó el demandante, es de suponer que tuvo por fundamento el artículo 140 del C.C.A., norma de aplicación preferente sobre las de los artículos 177 y 178 porque se refiere a procesos relacionados con "impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público". El caso que se ha debatido en este proceso por referirse a una multa encajaba en este artículo.

"Sin embargo, no es posible acceder a dicha pretensión porque, el fallo expedido el 25 de julio de 1991 en el Expediente 2273 por la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible la parte de éste artículo que ordenaba devolver las sumas depositadas con intereses comerciales corrientes, parte inadvertidamente incluida en el decreto de inexequiblidad.

"Por este motivo no puede accederse a la solicitud de reconocimiento de intereses que se comenta, fuera de que la petición simultánea de intereses desde la fecha de pago, además de la actualización monetaria constituía una aspiración a doble indemnización inadmisible desde todo punto de vista.

"b) Pero, la Sala considera que a cambio de la citada norma especial que regulaba el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos y multas a que se refiere el artículo 140, viene a resultar ahora aplicable el sistema general consagrado en los artículos 177 y 178 sobre cumplimiento de fallos, en cuanto la sentencia imponga a la entidad pública una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por ella y mientras no sea regulada la materia por norma especial.

"Previamente es necesario aclarar que conforme a doctrina tradicional de esta Sección Cuarta en los procesos cuyo objeto ha sido "la modificación de una obligación fiscal" (como dice el artículo 85 del C.C.A.), se ha considerado que

la sentencia con relación a ella, tiene un carácter constitutivo, porque fundamentalmente se limita a establecer judicialmente el *quantum* de la obligación, sin que la disminución que decrete con relación al monto inicial, se pueda tomar como una "condena" a cargo del Estado, en tales procesos simplemente se establece el valor monetario de la obligación fiscal a cargo del particular.

"Pero en esta acción del artículo 85 (nulidad y restablecimiento del derecho) también está implícita la posibilidad de culminar en una sentencia de carácter condenatorio con el fundamento que se expone a continuación:

"El Estado como ente jurídico capaz de adquirir derechos y obligaciones, está expuesto a soportar las consecuencias de su acto que resulta contrario a derecho, que no sólo debe ser excluído del ordenamiento a través de la nulidad sino que al particular afectado se le debe "restablecer en su derecho". Esta finalidad de la acción está claramente consagrada en el artículo 85 del C.C.A., cuando autoriza a la persona lesionada en su derecho amparado en una norma legal, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho;.....".

"En los procesos en que la demanda se refiere "a impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público" (como encabeza el artículo 140 del C.C.A.) y que por virtud de la acción del artículo 85 se declara la nulidad del acto administrativo correspondiente, el "restablecimiento del derecho" en ocasiones puede producirse automáticamente con dicha declaratoria de nulidad (por ejemplo cuando se anula en su integridad una liquidación oficial de revisión de impuestos o una resolución sancionatoria).

"De la anterior disposición surge indiscutiblemente la obligación del Estado de reintegrar los dineros recaudados con base en su acto, que a la postre resultó ilegal. Esta orden de reintegro tiene carácter condenatorio porque crea una obligación nueva a cargo del Estado que aunque sea obligación de hacer tiene un contenido económico preciso consistente en devolver el dinero que recibió previamente. Por este aspecto la respectiva sentencia no es solamente "constitutiva", sino "condenatoria".

" Es principio general de derecho comúnmente aceptado que la nulidad judicialmente declarada tiene por objeto restituir al mismo Estado en que se hallarían las partes si no hubiere existido el acto nulo; esta característica de la acción anulatoria adquiere especial relievancia en la acción contencioso administrativa del artículo 85 de nuestro Código, cuya finalidad está resumida en su sola denominación de "acción de nulidad y restablecimiento del derecho". En casos como el que se analiza en esta ocasión, es evidente que el restablecimiento del derecho no se logra con la sola anulación del acto que impuso la multa, sino que se debe concretar, en la práctica, con la devolución del dinero y esta devolución, para aproximar la situación al estado en que se encontraba el

particular cuando se dictó el acto o efectuó el pago, debe ser en principio del mismo valor económico.

"Por ello se justifica que la devolución se ordene con **ajuste** en su valor (como lo ha pedido el demandante) para lo cual es aplicable la disposición del artículo 178 del C.C.A., según el cual, "cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor".

"En esta forma la Sala ve sustituido el sistema **especial** para impuestos y multas (devolución con intereses comerciales, del artículo 140 C.C.A., que la Corte declaró inexequible) dando aplicación así a la norma **general** consagrada en los artículos 177 y 178 del C.C.A., en la medida que la sentencia contenga una disposición de carácter condenatorio y no simplemente constitutivo.

"3.- AJUSTE DEL VALOR DE LA MULTA QUE SE REINTEGRA.

"Para los efectos de la orden de devolución es necesario seguir, en lo pertinente, las disposiciones sobre condenas en concreto consagradas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 2282 de 1989. Para hacer de una vez en la sentencia y no en incidente posterior, la condena en concreto por la cantidad y los valores correspondientes que resulten del "índice de precios al consumidor", se tomarán las certificaciones del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, cuya publicación mensual oficial en boletines de amplia circulación las convierte en "hechos notorios", conocimiento que no requiere de prueba (artículo 177 del C.P.C.). En esta forma la Sección Cuarta del Consejo de Estado con el objeto de no dilatar, en lo posible la concreción de la condena, adopta el criterio que sobre el particular ha venido practicando la Sección Tercera (Sección Tercera, expediente 7226 fallo de octubre 29/92, actor: Eneida González Valencia y expediente 7168, noviembre 9/92, actor J.A. Muñoz. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y la Sección Segunda expediente No. 1396 febrero 25/92").

El anterior criterio y método fue el que aplicó correctamente la sentencia consultada, atendiendo al índice de precios acumulado para la fecha en que se efectuó la consignación del impuesto liquidado: octubre 18 de 1990, y la fecha de la sentencia proferida: marzo 30 de 1994, razón, por la cual la providencia consultada deberá confirmarse también por este aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

APRUEBASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el juicio 2872.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 1o. de julio de 1994, Exp. 4350, Actor: Occidental de Colombia. Reiterada en providencia de 21 de octubre de 1994, Exp. 5809, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

SISTEMA TRIBUTARIO/PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO

Entiéndese por sistema tributario el conjunto de normas de carácter positivo impositivo que regula los tributos que permiten al Estado no sólo arbitrar recursos para satisfacer las necesidades que justifican su existencia, sino para utilizar estos tributos como instrumento de política fiscal para lograr un desarrollo económico y social dentro de la vigencia de un orden justo. De ahí que el artículo 363 de la Constitución Política predique del sistema tributario los principios de equidad, eficiencia y progresividad, atendiendo primordialmente a la capacidad económica del contribuyente, pero sin perder de vista que no sólo es el recaudo mayor o menor lo que interesa al Estado dentro del manejo de una política tributaria.

PRINCIPIO DE EQUIDAD

Lo razonable y equitativo es que la cuantía del tributo se mida por la facultad o capacidad contributiva de las diferentes personas que conforman la sociedad. Siendo obligación de todos y cada uno contribuir en la medida de sus capacidades con las cargas del Estado, de tal manera que quien más tenga, más aporte, pero de manera tal que la carga económica o sacrificio fiscal sea igual para todos los contribuyentes, logrando que se cumpla el principio de eficiencia del sistema tributario como instrumento, que además de lograr una redistribución del ingreso, permita el desarrollo económico y social del país a fin de elevar el nivel de vida de la población.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El mismo principio de progresividad del tributo obliga a que se atiendan las condiciones especiales de los sujetos que deben pagar tales impuestos. Dichas condiciones sólo pueden predicarse cuando se conoce de manera cierta el sujeto pasivo, evento en el cual es posible, atendido su nivel económico establecer una tarifa progresiva simple o progresiva gradual tal como ocurre en el impuesto sobre la renta, en el impuesto predial (tarifa diferencial de acuerdo a la estratificación social) y en el impuesto aduanero, casos en los cuales la tarifa progresiva atiende a estos factores claramente conocidos, pero no sucede lo mismo en los llamados impuestos indirectos, en que el impuesto se paga generalmente por el consumidor como ocurre con los impuestos sobre las ventas de consumo y timbre, evento en los cuales no es posible establecer al menos de manera directa, la capacidad económica del sujeto pasivo y por ello no puede pretenderse una tarifa progresiva; por el contrario, partiendo del supuesto de la satisfacción básica que proporciona los bienes y su utilidad marginal decreciente, es aconsejable la tarifa proporcional y en tal evento quien más consume más paga.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5527. Apelación sentencia de 11 de febrero de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en juicio de nulidad y suspensión provisional contra el Decreto No. 900 de 1991, expedido por el Alcalde de Medellín. Actor: Luis Guillermo Peña Londoño. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el doctor LUIS GUILLERMO PEÑA LONDOÑO, el actor, contra la sentencia de 11 de febrero de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual no se accedió a declarar la nulidad del Decreto No. 900 de 1991, expedido por el Alcalde de Medellín.

ANTECEDENTES

Mediante el Decreto No. 900 de 1991, el Alcalde de Medellín expidió el "Régimen Tarifario del Impuesto de Industria y Comercio", en uso de sus atribuciones legales, reglamentarias y en especial, "las conferidas por el artículo 4o. del Acuerdo No. 44 de 1991".

LA DEMANDA

El actor consideró vulnerados los artículos 2o. y 363 de la Constitución Nacional, porque el decreto demandado no acogió el pricipio constitucional obligatorio de la "progresividad", fijando unas tarifas simplemente proporcionales o fijas.

Señaló, con fundamento en doctrina nacional, que el decreto acusado no tuvo en cuenta que el constituyente de 1991 estableció que el sistema tributario debe ser progresivo (a mayor capacidad de pago, mayor tarifa impositiva) y, aplicó indistintamente un mismo porcentaje a los ingresos de todo contribuyente, sin tener en cuenta el tamaño y prosperidad de las empresas.

Advirtió que aunque el principio de la progresividad es de consagración constitucional nueva, no riñe con lo establecido en el artículo 196 del Decreto 1333 de 1986, que previó unos límites mínimos y máximos para la fijación de las tarifas del impuesto de industria y comercio.

El accionante también solicitó la suspensión provisional del decreto demandado y el Tribunal Administrativo de Antioquia no accedió a decretarla, argumentando que la violación del precepto superior no se presenta en forma clara y que las normas como la que se afirma vulnerada deben ser materia de desarrollo por parte del legislador y de precisiones jurisprudenciales.

LA OPOSICION

El apoderado del Municipio de Medellín se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que los principios de equidad, eficiencia y progresividad consagrados en la Constitución, deben tener un desarrollo legislativo y que, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución no puede predicarse en términos absolutos.

También adujo que debe ser la ley la que en forma expresa y restringida establezca las salvedades y precisiones al principio de la progresividad.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la sentencia apelada, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de realizar algunas precisiones en torno al concepto de impuesto y a los sistemas de fijación del porcentaje del impuesto aplicable a la base gravable, esto es, los sistemas proporcional y progresivo (global o por clases y por partes o grados en cambio), señaló que para poder determinar que clase de sistema progresivo sirvió como fuente de inspiración para que el constituyente de 1991 incorporara el mencionado principio de "progresividad" en la Constitución, surge la necesidad de un desarrollo legal del artículo 363 de la C.N.

Transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-015 de 21 de enero de 1993, relativa a la prevalencia del derecho sustancial en conexión con los principios del sistema tributario de equidad, eficiencia y progresividad.

Finalmente indicó el *a-quo* que el artículo 150-12 de la Constitución determina los límites aplicables al sistema tributario colombiano.

LA APELACION

El actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó argumentando, que los principios constitucionales no necesitan desarrollo legal, debido a que los mismos constituyen los fundamentos, las verdades generales y la síntesis de lo justo y razonable que impera más allá de las normas positivas, siendo por ello incuestionables y de aplicación inmediata.

Manifestó que lo fundamental en el caso de autos es que el impuesto de industria y comercio sea "progresivo", independientemente de la aplicación de uno u otro sistema de progresividad, lo cual compete a la autonomía municipal, de conformidad con lo establecido en el artículo 287-3 de la Constitución.

Con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirmó que los principios generales del derecho y los que la doctrina ha denominado "principios sistemático-positivos", son de obligatorio cumplimiento.

Finalmente adujo que el decreto demandado (que establece unas tarifas proporcionales) vulnera el artículo 363 de la Constitución, al establecer unas tarifas para el impuesto de industria y comercio sin tener en cuenta la magnitud de la base gravable, ignorando así el "principio de la progresividad", en virtud del cual se persigue la aplicación de una tarifa superior a la base gravable de los contribuyentes con mayor capacidad de pago.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de esta oportunidad no hubo pronunciamiento de las partes ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Disponen los artículos 2o. y 363 de la Constitución Política:

"Artículo 2o.- Son fines esenciales del -Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

"Artículo 363.- El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Entiéndese por sistema tributario el conjunto de normas de carácter positivo impositivo que regula los tributos que permiten al Estado no sólo arbitrar recursos para satisfacer las necesidades que justifican su existencia, sino para utilizar estos tributos como instrumento de política fiscal para lograr un desarrollo económico y social dentro de la vigencia de un orden justo.

De ahí que el artículo 363 de la Constitución Política predique del sistema tributario los principios de equidad, eficiencia y progresividad, atendiendo primordialmente a la capacidad económica del contribuyente, pero sin perder de vista que no sólo es el recaudo mayor o menor lo que interesa al Estado dentro del manejo de una política tributaria.

Lo razonable y equitativo es que la cuantía del tributo se mida por la facultad o capacidad contributiva de las diferentes personas que conforman la sociedad. Siendo obligación de todos y cada uno contribuir en la medida de sus capacidades con las cargas del Estado, de tal manera que quien más tenga, más aporte, pero de manera tal que la carga económica o sacrificio fiscal sea igual para todos los contribuyentes, logrando que se cumpla el principio de eficiencia del sistema tributario como instrumento, que además de lograr una redistribución del ingreso permita el desarrollo económico y social del país a fin de elevar el nivel de vida de la población.

El mismo principio de progresividad del tributo obliga a que se atiendan las condiciones especiales de los sujetos que deben pagar tales impuestos.

Dichas condiciones sólo pueden predicarse cuando se conoce de manera cierta el sujeto pasivo, evento en el cual es posible, atendido su nivel económico establecer una tarifa progresiva simple o progresiva gradual tal como ocurre en el impuesto sobre la renta, en el impuesto predial (tarifa diferencial de acuerdo a la estratificación social) y en el impuesto aduanero, casos en los cuales la tarifa progresiva atiende a estos factores claramente conocidos, pero no sucede lo mismo en los llamados impuestos indirectos en que el impuesto se paga generalmente por el consumidor como ocurre con los impuestos sobre las ventas de consumo y timbre, evento en los cuales no es posible establecer, al menos de manera directa, la capacidad económica del sujeto pasivo por ello no puede pretenderse una tarifa progresiva; por el contrario, partiendo del presupuesto de la satisfacción básica que proporcionan los bienes y su utilidad marginal decreciente, es aconsejable la tarifa proporcional y en tal evento quien más consume más paga.

En el caso del impuesto de industria y comercio no puede predicarse una progresividad creciente de la tarifa, en razón de que como antes se anotó, este tipo de imposición busca gravar más a quien más enriquecimiento obtiene, y en este tributo, utilizado esencialmente como medio de arbitrar recursos al fisco municipal, no se atiende al concepto de riqueza sino al concepto de ingresos brutos, provenientes de una actividad (industrial, comercial o de servicios) aunque su ejercicio no genere enriquecimiento o produzca pérdida.

De otra parte el impuesto de industria y comercio es de aquellos que esencialmente se traslada al consumidor y si bien se identifica al responsable del pago, quien lo asume indirectamente es el consumidor del bien vendido o del servicio prestado, quien realmente resulta ser el verdadero contribuyente.

Es entonces a la ley a la que corresponde, atendiendo al principio de progresividad del sistema tributario y atendiendo a los fines de política fiscal perseguidos con la imposición de cada tributo; al carácter de indirecto (impersonal) o directo (real o personal) del tributo, determinar la tarifa utilizable porcentual, proporcional o progresiva, (simple o graduada), única o diferencial, buscando que todo el sistema en conjunto (no un tributo o tarifa en particular) sea progresivo en la medida que permita una redistribución del ingreso.

En conclusión cuando la Constitución predica la progresividad, se refiere a todo el sistema tributario en conjunto y no de una tarifa de un impuesto específico como cree el actor, principio que además debe analizarse dentro del sistema impositivo y no aisladamente para exigir que una tarifa específicamente considerada tenga como característica la progresividad.

Adicionalmente observa la Sala que las tarifas establecidas en el decreto acusado están dentro de los límites fijados por la Ley 14 de 1983 artículo 33 y el Decreto 1333 de 1986, artículo 196, que determinan porcentaje del 2 al 7% para la actividad industrial y del 2 al 10% para actividades comerciales y de servicio.

Por lo que no es dable dar prosperidad al cargo de nulidad del Decreto 900 de 1991 expedido por el Alcalde de Medellín.

Por lo tanto la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada con fundamento en las anteriores razones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia. y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INTERPRETACION PREJUDICIAL/ACUERDO DE CARTAGENA

La solicitud de interpretación prejudicial no es obligatoria para el juez nacional, sino que éste deberá solicitarla si la considera procedente. Como lo prevé el mismo tratado en sus artículos 28 y 30, la interpretación por vía prejudicial de las normas que conformen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tiene por objeto "asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los países miembros. En su interpretación, el Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, sin que le sea permitido interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso. De manera tal, que no se requiere de nueva solicitud existiendo ya una interpretación prejudicial reiterativa por parte del Tribunal Andino de Justicia sobre la no aplicación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, en interpretación que ha sido acatada por los tribunales nacionales, (como en el *sub-lite*), cumpliendo con el propósito establecido en el propio Acuerdo que no es otra que el "de asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los Países Miembros.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5538. Actor: Aluminio Nacional S.A. Auto.

El apoderado judicial de la actora, en escrito radicado en la Secretaría de la Sección Cuarta el 1o. de agosto del año en curso, pide a la Sala que solicite al Tribunal de Justicia

del Acuerdo de Cartagena la interpretación prejudicial de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena que atañen y se deben aplicar en este caso, interpretación que considera de obligatoria solicitud en cada caso concreto puesto que la dada en procesos anteriores sólo era obligatoria para ellos, tal como lo precisó el mismo Tribunal Andino de Justicia en las sentencias concernientes a los juicios 1-IP-87 (G.O. No. 28 del 15 de febrero de 1988, y 7 IP-89 60 No. 53 de diciembre 18 de 1989).

CONSIDERA LA SALA

La Sala estima improcedente la petición que en esta oportunidad formula el apoderado de la sociedad actora, porque:

1.- La solicitud de interpretación prejudicial no es obligatoria para el juez nacional, sino que éste deberá solicitarla si la considera procedente.

En efecto dispone el artículo 29 del Tratado suscrito el 28 de mayo de 1979 que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que dice:

> "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse algunas de las normas que conforman en ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.
>
> "Si la sentencia no fuere susceptible de recurso en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal, de oficio, en todo caso, o a petición de partes si la considera procedente."

2.- Como lo prevé el mismo tratado en sus artículos 28 y 30, la interpretación por vía prejudicial de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, tiene por objeto "asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los países miembros.

En su interpretación, el Tribunal debe limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, sin que le sea permitido interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso.

3.- De manera tal, que no se requiere de nueva solicitud existiendo ya una interpretación prejudicial reiterativa por parte del Tribunal Andino de Justicia sobre la no aplicación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, en interpretación que ha sido

acatada por los tribunales nacionales, (como en el *sub-lite),* cumpliendo con el propósito establecido en el propio Acuerdo que no es otra que el "de asegurar su aplicación uniforme" en el territorio de los Países Miembros.

4.- Si de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Nacional los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y ésta ley (tratados internacionales y normas positivas del derecho interno) se aplicó observando el alcance que a la norma del derecho comunitario, artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, le ha señalado el Tribunal Andino de Justicia en observancia de lo dispuesto en el tratado que lo creó, no es procedente solicitar interpretación sobre el mismo punto discutido o sea, sobre el alcance de la cláusula de no agravación.

5.- En las sentencias de interpretación que cita el actor el Tribunal Andino expresa:

> "Conviene observar que el pronunciamiento del Tribunal cuando atiende una solicitud de interpretación prejudicial, tiene la finalidad de asegurar la aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros de las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena, por lo que la jurisprudencia del Tribunal, como cuerpo de doctrina armónica y estable que debe servir al proceso de integración andina, **es de aplicación general en los Países Miembros.....**(subraya la Sala)

Si bien también afirma que los dictámenes del Tribunal son actos judiciales que por su propia naturaleza se refieren al asunto *sub-júdice* en cada caso, en el que aquí se ventila se trata de materia idéntica, cual es la de "no aplicación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena" a productos que no gozan de los beneficios de programa del liberación, por no hacer parte de dicho programa por encontrarse reservados o excepcionales en el mismo Acuerdo.

6.- Por último, la interpretación que hace el Tribunal Andino de Justicia no sobre la aplicación del artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, materia de la discusión, sino de la necesidad de consultar cada vez que se requiera aplicar una norma del Acuerdo, como el mismo Tribunal lo explica, no constituye disposición que deba aplicarse de manera general, porque como bien afirma el demandante, también para el Tribunal Andino de Justicia rige el principio según el cual los jueces no pueden proveer por vía general o reglamentaria.

Adicionalmente el Estado Colombiano, como Miembro del Acuerdo de Cartagena está atento a cualquier cambio de interpretación prejudicial que en virtud de la evolución del derecho comunitario efectúe el Tribunal Andino de Justicia.

Existiendo reiterada interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia sobre el alcance de la cláusula "Stand Still" o "de no agravación" contenida en el artículo 54 del Acuerdo de Cartagena, como jurisprudencia nacional, en la misma materia acerca del mismo punto discutido, por el mismo producto: aluminio en bruto, entre las

mismas partes (expediente 4414, Sentencia de Septiembre 1o. de 1993) y relacionada con el mismo gravamen de importaciones, en vigencia de idénticas normas comunitarias y nacionales, no es del caso acceder a la petición formulada en la apelación.

En consecuencia, la Sala unitaria: RESUELVE:

No se accede a decretar la solicitud interpuesta por el apoderado de la parte actora.

NOTIFIQUESE

Jaime Abella Zárate,

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS-Reducción/**CORRECCION DE LA DECLARACION/PLIEGO DE CARGOS/REQUERIMIENTO ESPECIAL**

Está de acuerdo la Sección en que la sanción impuesta al contribuyente por gastos no explicados, contenida en el artículo 663 del E.T., no era susceptible de reducción y por tanto ningún efecto favorable al contribuyente podía derivarle la corrección de la declaración para incorporar como mayor ingreso la suma de $2.900.000, cuestionada por la Administración. Sin embargo, estima la Sala que la sentencia proferida por el Tribunal debe confirmarse en el sentido de reducir la sanción. En primer lugar se observa que la corrección de la declaración privada efectuada por el actor, fue ocasionada por la actuación gubernativa, dado que en ésta se indujo al contribuyente a presentar declaración de corrección, en la forma como se advierte en el Requerimiento. Si bien en el pliego de cargos no se solicitó al contribuyente que corrigiera su declaración privada, sino que esencialmente reprodujo los cuestionamientos formulados en el requerimiento ordinario, en relación con los consumos efectuados con Tarjeta de Crédito, que excedieron la suma de los ingresos declarados y los pasivos adquiridos en el año, no puede dejar de anotarse la preponderancia que en la conducta del actor tuvo el mencionado requerimiento ordinario, puesto que en verdad éste fue determinante para que conforme a la oportunidad que se le ofrecía, el contribuyente efectuara la debatida corrección de la declaración, tal como se desprende del memorial que dirigió a la Administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor: Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5547 Actor: Manuel E. Navarrete Rodríguez. Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante judicial de la Nación, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de marzo de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que impusieron sanción por gastos no explicados por el actor durante el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de renta por el año gravable de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales-Personas Naturales de Bogotá, produjo Requerimiento Ordinario 03 del 9 de julio de 1991, en el cual le solicitó explicar y justificar gastos en cuantía de $2.981.000 por concepto de consumos realizados con Tarjeta de Crédito del Banco Santander. Posteriormente, formuló el pliego de Cargos No. 221 del 1o. de agosto de 1991, por cuanto el contribuyente de la declaración de renta reportó ingresos en cuantía de $123.000, suma que frente a los consumos realizados con Tarjeta de Crédito, presenta una diferencia de $2.858.000.

El 5 de septiembre de 1991, el contribuyente solicitó prórroga para contestar el Pliego de Cargos, la cual fue negada por extemporánea.

Mediante resolución 110263 del 19 de septiembre de 1991, la División de Liquidación impuso sanción en cuantía de $2.858.000, por gastos no explicados conforme al artículo 663 del E.T., la cual fue confirmada mediante resolución 6034221 del 29 de septiembre de 1992, que desató el recurso de reconsideración interpuesto.

DEMANDA

A juicio de la actora, la actuación gubernativa violó el artículo 663 del E.T., por cuanto es necesario, previo a la imposición de la sanción, efectuar la comparación entre tres factores: los ingresos del contribuyente, las compras y gastos del mismo y los pasivos adquiridos en el año. Explicó que los funcionarios se limitaron a comparar los respectivos ingresos, sin detenerse a analizar los pasivos teniendo en cuenta que el total de los gastos y compras reportados se realizaron a través de la Tarjeta Credibanco del Banco Santander, ésto es, que las compras se efectuaron a crédito, por lo que debió tenerse en cuenta el respectivo pasivo.

Adujo también violación del artículo 590 del E.T., por cuanto el contribuyente puede corregir la declaración tributaria con ocasión de la respuesta al Pliego de Cargos

y dentro del término para interponer el recurso de reconsideración. Que la actora corrigió el denuncio fiscal de 1988, incrementando sus ingresos en la suma de $2.900.000 con lo cual justificaba plenamente los hechos planteados en el pliego de cargos. Agregó que en fallo que agotó la vía gubernativa se manifestó que el contribuyente no tenía oportunidad para corregir la declaración. Arguyó que tal proceder constituye falsa motivación, abuso de autoridad y desviación de poder.

LA SENTENCIA APELADA

Desestimó el cargo de violación al artículo 663 del E.T., puesto que no se deduce que el actor haya tenido como pasivo la suma de $2.981.000, dado que en el renglón correspondiente a deudas y patrimonio exento registró la cantidad de $1.500.000. De donde concluyó el *a-quo* que el demandante no probó en qué medida los gastos con Tarjeta de Crédito constituyeron un pasivo durante el año gravable de 1988.

Observó el *a-quo* que el artículo 663 del E.T., que establece la sanción por gastos no explicados no permite que ésta sea reducida y que el artículo 713 Ib., solamente se refiere a la reducción de la sanción por inexactitud. Sin embargo advirtió que en el Requerimiento Ordinario 03 de julio de 1991 se le planteó al contribuyente la corrección de la declaración, y la correspondiente liquidación de la sanción por corrección, de donde concluyó que la Administración provocó la corrección de la declaración y habiendo cumplido el contribuyente con lo pedido, por la Administración, estimó del caso dar prosperidad al cargo. Consecuencialmente, declaró la nulidad de los actos acusados.

LA APELACION

Se mostro en desacuerdo con lo decidido por el *a-quo*, por cuanto el artículo 590 no consagra la posibilidad de corregir la declaración en presencia del tipo de requerimiento que la normatividad califica de ordinario, y en cambio sí es expreso cuando permite corregir en presencia de un requerimiento especial o de una liquidación de revisión.

Agregó que como la norma no brinda la posibilidad de corregir en presencia de un requerimiento ordinario, que a su juicio "en últimas sólo se usa para pedir información", no se entiende cómo puede transgredirse con la acción de rechazar corrección por improcedente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Está de acuerdo la Sección en que la sanción impuesta al contribuyente por gastos no explicados, contenida en el artículo 663 del E.T., no era susceptible de reducción y por tanto ningún efecto favorable al contribuyente podía derivarle la corrección de la declaración para incorporar como mayor ingreso la suma de $2.900.000, cuestionada por la Administración.

preponderancia que en la conducta del actor tuvo el mencionado requerimiento ordinario, puesto que en verdad éste fue determinante para que conforme a la oportunidad que se le ofrecía , el contribuyente efectuara la debatida corrección de la declaración, tal como se desprende del memorial que dirigió a la Administración, en los siguientes términos:

> "Con referencia al pliego de cargos No 00221 originado en el cruce de información con terceros, respecto de consumos realizados con TARJETAS DE CREDITO; radicado en el expediente FG-88-91-01947, me permito informarles que con base a esta notificación he corregido mi declaración de renta correspondiente al año gravable de 1988, presentada el 20 de septiembre de 1989 en el Banco de Colombia y radicada con el número 0314501003615; específicamente en lo concerniente a los ingresos percibidos durante esa vigencia fiscal, con su consecuente aumento de impuestos sobre la renta y la liquidación de la sanción correspondiente, establecida en los artículos 647 y 709 del Estatuto Tributario.
>
> Anexo: Fotocopia corregida año gravable 1988 con fecha del presentación septiembre 18 de 1991 en el BANCO SANTANDER con el No. 1720101007845-9"

Así las cosas, a juicio de la Sala el contribuyente se limitó a dar cumplimiento a lo dispuesto en el requerimiento ordinario, que como acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, no sólo produjo consecuencias al particular a quien fue dirigido, sino que también tuvo efecto vinculante para la Administración que lo produjo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley ,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

Sin embargo, estima la Sala que la sentencia proferida por el Tribunal debe confirmarse por las siguientes razones:

En primer lugar se observa que la corrección de la declaración privada efectuada por el actor, fue ocasionada por la actuación gubernativa, dado que en ésta se indujo al contribuyente a presentar declaración de corrección, en la forma como se advierte en el Requerimiento Ordinario 03 del 9 de julio de 1991, obrante a folios 24 y 25 del cuaderno de antecedentes:

> "El cruce de información con terceros, (de carácter parcial) procesado por nuestros sistemas computarizados respecto de consumos realizados con Tarjeta de Crédito lo indican a usted como persona que ha realizado compras en 1988 así;
>
> | ENTIDAD INFORMANTE | NIT | VALOR INFORMADO |
> |---|---|---|
> | 1. BANCO SANTANDER | 890.200.080 | $2.981.000 |
> | TOTAL CONSUMOS REPORTADOS | | $2.981.000 |
>
> De otra parte, en su declaración de Renta y Complementarios por el período gravable de 1988, con radicación No. **0314501003615** y fecha de recibo **20-09-89** usted informará un monto de ingresos realizados por **$123.000;** así como un monto de deudas y patrimonio exento por **$1.500.000.**
>
> Así mismo, en su declaración de Renta y Complementarios por el período gravable de 1987 con radicación No. **06033332565535** y fecha de recibo **26-09-88** usted presentará un monto de deudas y patrimonio exento por **$1.500.000**
>
> Si del análisis de lo anteriormente descrito encuentra que hay inconsistencias en su declaración de Renta y Complementarios por el período gravable de 1988, le invitamos a presentar la declaración de corrección dentro del término antes indicado, caso en el cual sólo deberá liquidar una sanción de corrección equivalente al diez por ciento (10%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a favor y los intereses moratorios del 51.52% anual de conformidad con los artículos 634 y 644 del Estatuto Tributario y el artículo 5 del Decreto Reglamentario 596 de 1991.
>
> La respuesta deberá dirigirla a la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá, y presentarla en la oficina correspondiente, ventanilla No. 6 ubicada en la Carrera 13 No. 32-74 de Bogotá, (Edificio Urano)".

Si bien, como lo anotó el *a-quo*, en el pliego de cargos no se le solicitó al contribuyente que corrigiera su declaración privada, sino que esencialmente reprodujo los cuestionamientos formulados en el requerimiento ordinario, en relación con los consumos efectuados con Tarjeta de Crédito, que excedieron la suma de los ingresos declarados y los pasivos adquiridos en el año, no puede dejar de anotarse la

SANCION BANCARIA -Norma Aplicable/**OTORGAMIENTO DE CREDITO**-Restricciones

La norma aplicable para efectos de imponer una sanción por transgresión de la ley al otorgar préstamos exigiendo contraprestaciones distintas a las tasas de interés autorizadas, es la vigente al momento de realizarse la conducta sancionada. No puede prosperar el anterior cargo planteado por la actora, ya que en lo atinente a las sanciones administrativas, las normas aplicables son las vigentes en la fecha en que se incurre en la conducta sancionable, independientemente de que el acto administrativo se expida con posterioridad a la vigencia de las normas en que se fundamenta la respectiva sanción, tal como lo ha dicho la Sala. En el caso *sub-lite,* cuando la sociedad actora realizó la conducta sancionada que no desmiente, estaba vigente el Decreto 1084 de 1981, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional de 1886, mediante el cual prohibía a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda exigir algún tipo de contraprestación o cobrar a sus prestatarios costos distintos a las tasas de interés previstas en las disposiciones vigentes para las distintas modalidades de crédito. En consecuencia, cuando la Corporación incurrió en la conducta sancionada existía la normatividad que fue aplicada por la Superintendencia Bancaria, sin que pueda imputarse por ello transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., Doce (12) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora: Consuelo Sarria Olcos*
Referencia: Expediente No. 5566. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda "Las Villas". Apelación de la sentencia del 15 de marzo de 1994 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 1999 y 4140 de 1989 expedidas por la Supeintendencia Bancaria. Fallo.

Procede la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia de 15 de marzo de 1994, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS", contra los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria le impuso una multa de $3.000.000.

ANTECEDENTES

En virtud de denuncias presentadas ante la Superintendencia Bancaria por los usuarios de los créditos 3-806 de agosto 5 de 1986, 3-814 de octubre 21 de 1986 y 3-821 del 16 de septiembre de 1986, la Superintendencia Bancaria detectó que en el otorgamiento de tales créditos por parte de la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS" se había incurrido por parte de ésta última en la causal de sanción señalada por el artículo 7o. del Decreto 1084 de 1981, sustituido por el artículo 8o. del Decreto 721 de 1987.

Como la respuesta dada por la entidad al oficio por el cual se le solicitaron descargos no fue satisfactoria para la entidad vigilada, con fundamento en los artículos 13 del Decreto 678 de 1972, 7o. del Decreto 1084 de 1981, 8o. del Decreto 721 de 1987 le impuso una multa de $3.000.000, por medio de la resolución No. 1999 del 21 de junio de 1989.

Dentro de la oportunidad legal la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS" recurrió en reposición, alegando violación del derecho de defensa en razón de que la norma que invocó la Superintendencia Bancaria para imponer la sanción, había sido derogada, la aplicación indebida de los artículos 8o. del Decreto 721 de 1987 y 140 del Decreto 01 de 1984 y que existía inequidad de la sanción.

Al resolver el recurso de reposición propuesto, por la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS", la Superintendencia Bancaria resolvió en la resolución 4120 de diciembre 13 de 1989 mantener la sanción impuesta al no dar prosperidad a los cargos que contra la resolución formuló aquella.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la entidad sancionada, para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior actuación, alegando la violación el artículo 120 ordinal 14 de la Constitución de 1886; porque los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987, invocados por la Superintendencia Bancaria para imponer la sanción, eran nulos, toda vez que fueron expedidos como desarrollo del ordinal 14 del artículo 120 que no faculta al Presidente para imponer penas, ya que el único competente para este efecto es el legislador, o el Presidente pero en ejercicio de precisas facultades extraordinarias.

Alega que un decreto expedido con base en la norma constitucional antes citada no es ley, ni en sentido material ni en sentido formal y no tiene fuerza de ley porque la Constitución Nacional no se la reconoce, como si lo hace con los decretos que se originan en los artículos 96, ordinales 11 y 12 80, 118 ordinal 8o., 121 y 122 de la Constitución Nacional.

No puede el Presidente al expedir un decreto autónomo para regular la actividad de los intermediarios financieros, facultar a la Superintendencia Bancaria para imponer multas. Multa que tiene naturaleza punitiva y por lo tanto sujeta a las previsiones constitucionales y a los principios generales del Derecho Penal, así se trate de normas especiales, como claramente se deduce del artículo 375 de dicho ordenamiento.

Alega, excepción de legalidad contra los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987 y reclama en consecuencia la nulidad del acto administrativo que con fundamento en ellos impuso la sanción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que, no era procedente el único cargo presentado por el actor: violación del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política, porque el Presidente de la República en ejercicio de la atribución conferida en esta norma sí puede expedir normas que establezcan faltas y sanciones, pues así interviene en las actividades de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, como personas jurídicas que tienen por objeto manejar y aprovechar la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, dando un ámbito amplio a dicha facultad de inspección y vigilancia.

Tal facultad constitucional no tendrá sentido alguno si no se comprendiera la de tipificar conductas censurables y asegurar su no incursión por parte de las entidades vigiladas mediante la consagración de sanciones, estas de carácter administrativo.

De otra parte la Superintendencia Bancaria dio cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 12, literal f) del Decreto 1939 de 1986 y aplicó la sanción correspondiente a la CORPORACION por violación a lo dispuesto en el artículo 7o. del Decreto 1084 de 1981 y en el artículo 8o. del Decreto 721 de 1987.

La sanción contenida en los decretos mencionados, es de carácter administrativo dirigida a una entidad financiera como lo es la Corporación de Ahorro y Vivienda, quien incurrió en una conducta no delictiva, pues violó disposiciones de índole financiera y no penal, mereciendo entonces la intervención de la Superintendencia Bancaria.

La conducta de la CORPORACION que mereció la sanción administrativa se concretó al hecho de haber incluido dentro de las comunicaciones dirigidas a los solicitantes de los créditos la exigencia, de manera imperativa y no en términos

facultativos, de colocación de una valla por parte de los constructores, que generó un cobro a cargo de los beneficiarios de los créditos, situación no permita por el artículo 7o. del Decreto 1084 de 1981, que vino a ser un costo diferente a la tasa de interés.

Agrega que en vigencia del Decreto 1084 de 1981, artículo 7o.. sustituido por el 8o. del Decreto 721 de 1987, tenía obligación la Superintendencia Bancaria de imponer la sanción indicada en razón de su incumplimiento.

No era válido el argumento de la actora de que los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987 por ser violatorios del artículo 120 ordinal 14 de la Constitución Nacional de 1886, deben declararse nulos ya que dichos decretos gozan de la presunción de legalidad para su aplicación por parte de la Superintendencia Bancaria, pues no han sido declarados nulos. Además para pretender su nulidad correspondería a las partes afectadas con su contenido ejercer la acción en proceso diferente.

LA APELACION

La apoderada de la actora al apelar insiste en que el Tribunal desconoció en su fallo reiteradas jurisprudencias del Consejo de Estado en relación con los Reglamentos Autónomos Constitucionales expedidos por el Presidente de la República con base en el Decreto 120 numeral 14 de la Constitución Nacional, que son decretos administrativos sin fuerza de la ley, razón por la cual mal podía la Administración imponer una sanción a la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA "LAS VILLAS" con base en los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987.

Pide se revoque el fallo y se atiendan favorablemente las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la entidad demandada al alegar de conclusión controvierte los argumentos de la actora, porque, si la facualtad de intervenir en las actividades de las personas que tengan por objeto el manejo de los fondos provenientes del ahorro privado no estuviera acompañada de la posibilidad de consagrar contravenciones, fijar sanciones, imponerlas y hacerlas efectivas, las directrices contenidas en los decretos expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 14 del artículo 120, se constituirían en meras opiniones.

Expone que el tema fue objeto de análisis por la Corte Constitucional con ocasión de la demanda adelantada contra los artículos 1,3,7,0,1. del Decreto 1730 de 1991 (anterior Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), cuyo argumento básico al igual que en el caso *sub-lite*, fue la tacha de incostitucionalidad de la norma acusada porque el artículo 120 numeral 14 no autorizaba al Presidente de la República para imponer sanciones.

Oportunidad en la que la Corte Constitucional expresó complementando el razonamiento de la Superintendencia Bancaria que:

"La circunstancia de que el artículo 120-14 de la Carta de 1886 no haya desaparecido materialmente del *examine* tiene un claro asidero constitucional, toda vez que sanciones - como las que en ella se establecen constituyen mecanismos idóneos y eficaces para intervenir en defensa del ahorro privado."

Razonamiento que también expresa el Tribunal en la sentencia apelada sin desconocer, como erradamente lo expresa la recurrente, que se trataba de dos decretos administrativos, lo que ocurre es que se trata de dos decretos constitucionales, expedidos por la suprema autoridad administrativa, por autorización expresa y directa de la propia Carta magna con el fin de permitir su intervención oportuna en la actividad de las entidades encargadas del manejo del ahorro privado para garantía de éste y para evitar que los intermediarios financieros atenten contra la confianza pública o la perjudiquen.

Alega que los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987, se encuentran amparados por la presunción de legalidad y que hasta tanto no se haya producido sobre ellos la declaratoria de nulidad, son de obligatorio e imperativo cumplimiento por parte de sus directos destinatarios, e imperiosa su aplicación por parte de la Superintendencia Bancaria.

Enfatiza que la Corporación actora ni siquiera ha pretendido desvirtuar alguno de los fundamentos tácticos de la sanción, sabedora de que infringió sin causa justificativa, las normas que pretende descalificar 13 y 7 años después de su promulgación.

Pide se confirme el fallo apelado.

El Ministerio Público ni la actora formularon alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El planteamiento fundamental de la demanda, de conformidad con los antecedentes enunciados se refiere a la presunta inconstitucionalidad de los Decretos 1084 de 1981 y 721 de 1987, invocados por la Superintendencia Bancaria al imponer la sanción, pues a su juicio no podía el Presidente de la República con fundamento en la autorización dada por el artículo 120 ordinal 14 de la Constitución Nacional de 1886, imponer penas.

Sobre el tema relacionado con la facultad del Presidente de la República para imponer sanciones, específicamente cuando las Corporaciones de Ahorro y Vivienda al otorgar préstamos exigen, con transgresión de la ley, contraprestaciones distintas a las tasas de interés autorizadas, tuvo la oportunidad la jurisdicción de pronunciarse, precisamente al conocer de la acción de nulidad que contra los artículos 7o. y 8o. del Decreto 1084 del 30 de abril de 1981, uno de los invocados en el acto acusado, intentó el ciudadano Mario Alirio Méndez.

La Sala, en la sentencia del 11 de septiembre de 1987, expediente 007 con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, precisó, en términos que ahora reitera:

"Estima la Sala que el caso planteado se concreta a un problema de COMPETENCIA constitucional del Presidente de la República para expedir el decreto 1084 del 30 de abril de 1981 y en especial sus artículos 7o. y 8o. dado que su contenido, como quedó expuesto, consiste en establecer unas prohibiciones a las corporaciones de ahorro y vivienda y las consecuentes sanciones pecuniarias para quien las infringe.

"Precisión sobre el acto acusado.

"Tenidas en cuenta las encontradas exposiciones que en el curso del debate se han planteado, en especial sobre la interpretación de los alcances de la facultad de intervención en el ahorro privado asignada al Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, la Sala debe precisar, en primer lugar, que no puede desconocerse el momento histórico en que fue expedido el acto acusado y, por ello es necesario subrayar que el Decreto 1084 de 1981 no lo dictó con fundamento en las facultades del citado numeral 14 sino, como encabezamiento claramente lo expone, en las otorgadas por el literal i) del artículo 63 del Acto legislativo 1 de 1979, a la razón vigente, que eran del siguiente tenor:

"Artículo 63. Para artículos transitorios los siguientes:

"i) Durante dos años mientras el Congreso dicta normas generales a que se refiere el numeral 22 del artículo 76 sobre intervención en el Banco emisor y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, el gobierno podrá ejercer, sin sujeción a ellas la atribución conferida por el numeral 22 del artículo 120".

"La facultad de intervención en las actividades del ahorro privado en el Acto Legislativo número 1 de 1979.

"Se propuso el Constituyente de 1979 modificar el numeral 14 del artículo 120 en el sentido de convertir la facultad allí concedida el Presidente como facultad constitucional "propia", en facultad sometida a las normas generales trazadas por el Congreso en leyes "marco".

"En esta materia fue cuidadoso y para plasmar en el texto constitucional el nuevo sistema siguió los siguientes pasos:

"Primero. El artículo 76, que consagra las funciones del Congreso, lo modificó para adicionar en el numeral 22 las relativas a la intervención en el banco emisor y en las personas que manejan el ahorro privado, para lo cual, en la parte final del artículo 14 (Acto Legislativo número 1 de 1979), dispuso:

"El numeral 22 quedará así:

"Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el gobierno para los siguientes efectos... intervenir en el banco de emisión y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado".

"Segundo. Mediante el artículo 32 derogó expresamente el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, transcribiendo su texto.

"Tercero. Con el objeto de armonizar la facultad del Congreso con la del Presidente, mediante el artículo 33 modificó el numeral 22 del artículo 120, por el siguiente:

"Organizar el crédito, intervenir en el banco de emisión y en las actividades de las personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, con sujeción a las reglas previstas en las leyes que se refiere el numeral 22 del artículo 76".

"Cuarto. Mediante el artículo 63, considerado como transitorio, otorgó facultad al Gobierno para ejercer la atribución conferida sin sujeción a normas generales tal como consta en el literal i) transcrito anteriormente.

"Dentro del espíritu de la reforma del año 79, esta disposición es absolutamente clara:

"En lo sucesivo el Presidente tendría que someterse a reglas generales indicadas en la ley para intervenir en el banco emisor y en la actividad de las personas que manejan ahorro privado.

"De paso, se consideró que estas facultades de intervención retornaban al Congreso puesto que la redacción del numeral 14 al calificarlas de "propias" del Presidente, había dado lugar a la equivocada interpretación de que era terreno vedado al legislador.

"Dentro de ese ambiente se pensó que el Presidente, durante los dos años previstos para que el Congreso dictara las correspondientes "leyes marco", podría ejercer esas mismas facultades "sin sujeción a ellas".

"No existiendo en ese momento leyes que prescribieran normas generales, los límites a los cuales quedó cometido el Presidente durante esos dos primeros años, eran únicamente los de la Constitución, en igual forma que lo hubiera estado el Congreso, al dictar las leyes marco encomendadas, en consecuencia, para ejercer la intervención autorizada, podía el Presidente dictar directamente los decretos que fueren necesarios.

"A pesar de su similitud, lo anterior demuestra que no son iguales las facultades concedidas por el numeral 14 del artículo 120 y las de la letra i) del artículo 63 del Acto legislativo de 1979, porque si bien su finalidad es la de proteger al

ahorrador y su texto es prácticamente igual, el artículo 63-i es norma excepcional que reguló el cambio que ideó el Constituyente de 1979, consistente en que la facultad de intervención del Presidente en el banco emisor y en el ahorro privado, no sería en adelante "facultad propia" sino derivada y enmarcada dentro de las normas generales que al efecto debería dictar en el futuro el legislador, pero mientras esto sucedía, el Presidente quedaba con capacidad, durante dos años, para intervenir sin sujeción a ellas, esto es, ejerciendo las facultades él mismo, con plena potestad.

"La expedición del Decreto acusado y la inexequibilidad del Acto Legislativo número 1 de 1979.

"En este orden de ideas, es necesario convenir en que en el momento de expedirlo, el Presidente se ciñó a una clara, expresa y nítida competencia dada por el Constituyente de 1979 y no se vislumbra, ni ha sido expuesta por el actor ninguna extralimitación o falla en este aspecto.

"La circunstancia de que posteriormente, en el mes de noviembre del mismo año, la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado inexequible toda la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo número 1 de 1979, es necesario examinarla en cuanto algunos de sus efectos que interesan para el debate planteado, a saber:

"a) En primer lugar, la inexequibilidad de la reforma constitucional no implica que los decretos como el acusado, expedido con fundamento en una de sus autorizaciones, deba desaparecer de la vida jurídica en forma automática.

"Esto porque los dos ordenamientos jurídicos tienen independencia y tanto la demanda ante la Corte como la sentencia de esta, obviamente se concretaron al Acto Legislativo cuyo control de constitucional le correspondía conforme al artículo 214 de la Constitución Nacional, y sus efectos no pueden extenderse a otros actos así se hayan basado en aquél;

"b) Consistiendo la crítica fundamentalmente en la falta de competencia para establecer contravenciones y sanciones, que se considera le corresponden a otro órgano como el Congreso, el enfrentamiento debe hacerse con las normas vigentes en el momento de la expedición y no con las competencias establecidas después;

"c) Para estos efectos, el recobro de vigencia del numeral 14 del artículo 120 como consecuencia del fallo de la Corte, de noviembre de 1981, no tiene porqué incidir en el debate circunscrito a un problema de competencias.

"Se aclara finalmente, que no se trata de un caso de inconstitucionalidad sobreviviente en virtud del recobro de vigencia del numeral 14 del artículo 120, porque la acusación de la demanda, fundamentalmente es por razón de la

"competencia" para dictar el acto acusado, no tanto por su contenido al insistir en que el ejercicio de las atribuciones ya nombradas el actor se refiere indistintamente a las del Acto Legislativo número 1 de 1979, como a las del numeral 14) "no lo era, ni le es posible al Gobierno definir delitos y contravenciones, ni señalar sanciones"."La Sala no ve en el decreto acusado material penal. Se trata de un típico ejemplo de intervención en la actividad de las empresas que manejan el ahorro privado para lo cual estaba facultado el Presidente cuando se expidió dicho Decreto (y lo sigue estando en virtud del numeral 14 del art. 120).

"Las medidas adoptadas en el Decreto 1084 de 1981 en el sentido de evitar que a propósito de los créditos concedidos se cobren remuneraciones extraordinarias bajo diversas denominaciones y motivos, simplemente en el fondo están confirmando que en el otorgamiento de créditos, las corporaciones solamente deben cobrar las contraprestaciones naturales que corresponden al respectivo contrato como son los intereses a las tasas autorizadas y algunos gastos indispensables adicionales allí mencionados, pero ningún otro.

" La Sala no ve en tales prohibiciones la tipificación de ningún delito, ni en las multas previstas para los infractores ninguna pena que corresponda al ámbito del derecho penal, sino el ejercicio de la facultad de intervención revestido de una elemental medida de coerción, sin el cual sería inoperante.

"En esta forma la Sala reitera su criterio, ya expresado en otros fallos (expediente 290 de marzo 9 de 1987, expediente 065 de abril 3 de 1987 y Expediente 1028 de junio 26 de 1987), en el sentido de no considerar aplicables en forma irrestricta e indiscriminada normas y principios del Derecho Penal a materias propias del derecho administrativo como las que desarrollan el intervencionismo económico, la facultad impositiva, la vigilancia de la prestación de servicios públicos y otras que se mueven dentro de objetivos y principios distintos..."

Por otra parte, se observa que las conductas en que incurrió la sociedad actora fueron realizadas bajo la vigencia del Decreto 1084 de 1981 y la mención que se hace en el acto sancionatorio al artículo 8o. del Decreto 721 de 1987, sólo tuvo por objeto indicar que a la fecha de imponer la sanción, (21 de junio de 1989), el artículo 7o. del Decreto 1084 de 1981 había sido sustituido.

Al respecto la Sala en reiteradas providencias ha precisado que la norma aplicable para efectos de imponer una sanción por este tipo de infracciones es la vigente al momento de realizarse la conducta sancionada. En este sentido se pronunció en los siguientes términos que resultan aplicables al caso de autos:

"No puede prosperar el anterior cargo planteado por la actora, ya que en lo atinente a las sanciones administrativas, **las normas aplicables son las vigentes en la fecha en que se incurre en la conducta sancionable,** independientemente de que el acto administrativo se expida con posterioridad a

> la vigencia de las normas en que se fundamenta la respectiva sanción, tal como lo ha dicho la Sala, en otras providencias." (Sentencia del 17 de junio de 1994, expediente 5374)

Además, el acto administrativo no desconoció el debido proceso previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1986, entonces vigente que disponía:

> "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.
>
> "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

En el caso *sub-lite,* cuando la sociedad actora realizó la conducta sancionada que no desmiente, estaba vigente el Decreto 1084 de 1981, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 120 numeral 14 de la Constitución Nacional de 1886, mediante el cual prohibía a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda exigir algún tipo de contraprestación o cobrar a sus prestatarios costos distintos a las tasas de interés previstas en las disposiciones vigentes para las distintas modalidades de crédito.

La norma anterior sólo fue sustituida a partir del 1o. de mayo de 1987, es decir con posterioridad a las fechas de las cartas de septiembre de 1986, agosto 18 de 1986 y 14 de enero de 1987, enviadas a Pija Ltda, Elsa Meneses, e Inversiones OKALA.

En consecuencia, cuando la Corporación incurrió en la conducta sancionada existía la normatividad que fue aplicada por la Superintendencia Bancaria, sin que pueda imputarse por ello transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional, ni pretender que en razón de que la mencionada reglamentación no estaba vigente cuando se impuso la sanción, el hecho irregular no pueda ser sancionado, o que se convierta en inexistente, porque tal consecuencia sólo es aplicables en el derecho penal debido a la primacia del principio de la favorabilidad frente a la irretroactividad de la ley, siempre que la nueva ley haya despenalizado la conducta punible o que la sanción prevista en ella, sea más favorable. Pero no quiere decir, que por el hecho de que la conducta infractora quede regulada por una nueva disposición, que también prevé los hechos irregulares cometidos, con oportunidad de la nueva ley no puedan ser sancionados.

Por todo lo anterior los cargos que el apelante formula contra la sentencia de primer grado, no pueden prosperar y por lo tanto ésta merece ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

FALLA

1) **CONFIRMASE** la sentencia proferida el 15 de Marzo de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 394.

2) **RECONOCESE** personería a las doctoras Claudia Echeverry de Ricaurte y Ruth Manrique Manrique a términos del poder que obra a folio 132 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además la providencia de 11 de septiembre de 1987, Exp.007 Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**CONCEPTO DE LA DIAN/DEMANDA**-Inadmisión

En relación con el concepto que se pretende demandar, estima esta Sala Unitaria que esta clase de actuaciones de la Administración no es susceptible de debate ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque no es un acto administrativo que contenga una decisión sobre el tema propuesto. En otras palabras, porque tal concepto constituye tan sólo una mera opinión emitida por vía particular de cuyo contexto no se infiere que la Administración quiera aplicarlo de una manera general. Por lo tanto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 143 del C.C.A., modificado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, habrá de inadmitirse la demanda por falta del requisito antes anotado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 5753. Actor: Abraham Ortiz Sierra. Nulidad y suspensión provisional del concepto No. 002830 de 21 de enero/94 de la Sub-dirección Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales. Auto.

El señor Abraham Ortiz Sierra por medio de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84, modificado por el art. 14 del Decreto 2304 de 1989, solicita la declaratoria de nulidad y suspensión provisional del Concepto

02830 de enero 21 de 1994 emitido por el revisor de la Doctrina de la Sub-Dirección de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual fue emitido en virtud de consulta elevada por el interesado con respecto a la posibilidad de exoneración de la retención en la fuente para el personal de la Cooperativa de Vigilancia de Santander.

En relación con el concepto que se pretende demandar, estima esta Sala Unitaria que esta clase de actuaciones de la administración no es susceptible de debate ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por que no es un acto administrativo que contenga una decisión sobre el tema propuesto. En otras palabras porque tal concepto constituye tan sólo una mera opinión emitida por vía particular de cuyo contexto no se infiere que la Administración quiera aplicarlo de una manera general.

Por lo tanto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 143 del C.C.A., modificado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, habrá de inadmitirse la demanda por falta del requisito antes anotado.

NOTIFIQUESE, PREVIA DESANOTACION EN LOS LIBROS, DEVUELVANSE LOS DOCUMENTOS AL INTERESADO Y CUMPLASE.

Guillermo Chahín Lizcano

Carlos Alberto Flórez R. Secretario.

ENAJENACION DE ACTIVOS-Determinación del Precio/**VALOR COMERCIAL/RENTA BRUTA DE ENAJENACION DE ACTIVOS**

El precio de enajenación de los activos es el valor comercial realizado en dinero o en especie y el valor comercial es el señalado por las partes: siempre y cuando no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie y calidad en la fecha de la enajenación, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos. Entiende la disposición, que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del valor promedio vigente cuando se aparta en más de un 25 de los precios establecidos en el comercio, de suerte que la variación que se presente dentro de ese límite es considerado, para efectos de la norma, como una fluctuación normal del mercado. En el evento de que exista diferencia notoria, o sea, superior al 25, la ley autoriza la fijación administrativa del precio, con fines fiscales, para lo cual el funcionario de fiscalización queda facultado para señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

PRECIO DE ENAJENACION DE ACTIVOS-Determinación/**ADMINISTRACION TRIBUTARIA**-Deberes/**CONFESION**-Inexistencia/**VALOR COMERCIAL**-Parámetros

Para establecer los precios del mercado, no le era permitido a la Administración apartarse de los parámetros indicados en la norma, como eran las estadísticas producidas por las entidades que allí se mencionan y que la Administración reemplazó por los precios de venta

al detal informados por la misma sociedad a la oficina de Control de Precios de la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga, que si bien podían corresponder a los precios máximos o aún regulares de venta al público, no correspondían a los que la disposición comentada ordenó tener en cuanta. No se comparte lo expresado por el representante de la Nación, en el sentido de que la lista de precios soporte de la actuación tiene el carácter de confesión, pues no se trata de un escrito dirigido a las oficinas de impuestos en el que se informe la existencia de un hecho que perjudique al contribuyente o que verse sobre hechos atinentes a la obligación tributaria, por lo que no puede afirmarse que los escritos de que se trata y que obran en el expediente puedan ser valorados como "confesión" en la forma prevista en los artículos 747 y 749 del E.T. máxime cuando la ley ha establecido un procedimiento especial para llegar a adoptar un precio presunto en reemplazo del informado por el contribuyente. Así mismo, la comprobación de que el precio asignado por las partes se aparta en no menos de un 25 del valor promedio de los bienes en el comercio, es una exigencia normativa especial que permite la aplicación de la presunción estalecida en el artículo 90 en favor del fisco, conforme a la cual éste puede oficiosamente establecer ingresos en función del valor comercial promedio esbablecido para bienes de la misma especie y superiores a los acordados por las partes. Por tratarse de una conclusión de la ley, de que el valor de la transacción es igual al valor comercial, es indispensable que la diferencia establecida no sea inferior al porcentaje previsto, sin que ello signifique, como lo expresa el apoderado de la Nación, que en tal caso omisiones de ingresos en porcentaje inferior al 25 serían permitidas por el legislador, simplemente que en tales condiciones se torna inaplicable la disposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor: Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5506. Actor: Sociedad Distribuidora de Aceites y Grasas S.A. "DACEGRA S.A." Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de marzo de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad DISTRIBUIDORA DE ACEITES Y GRASAS S.A. "DACEGRA S.A." contra los actos administrativos mediante los cuales la administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga le determinó el

impuesto sobre la renta por el año gravable de 1989 e impuso sanciones por devolución improcedente y por libros a cargo de la actora

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración de renta por el año gravable de 1989 el día 2 de mayo de 1990, en la cual liquidó un saldo a favor de $6.455.000, el cual previa solicitud de la sociedad, la Administración accedió a devolver mediante resolución 001188 del 20 de diciembre de 1990.

Previa inspección ocular decretada sobre los libros de contabilidad de la empresa y Requerimiento Especial 0012 del 5 de marzo de 1991, la Administración practicó la Liquidación Oficial 122 del 12 de diciembre de 1991, mediante la cual se adicionaron ingresos con fundamento en el artículo 90 del Estatuto Tributario, en cuantía de $6.002.018, se efectuó incremento por reversión de comisiones de $3.909.000, fletes por $3.766.785; se rechazaron costos y deducciones por $8.498.525 y se impuso sanción por inexactitud. A través de la resolución 011 del 13 de enero de 1993, fue desatado el recurso de reconsideración interpuesto, modificando la liquidación oficial como consecuencia de la aceptación parcial de las deducciones.

De otra parte, previo traslado de cargos, mediante resolución 318 del 16 de noviembre de 1991, se impuso sanción por libros de contabilidad en cuantía de $952.000, la cual fue confirmada por la resolución 013 del 13 de enero de 1993, que resolvió el recurso de reconsideración.

Igualmente, previo traslado de cargos, a través de la resolución 319 del 12 de diciembre de 1991, la Administración impuso sanción por devolución improcedente ordenando el reintegro de la suma de $6.455.000, más intereses moratorios incrementados en un 50%, sanción que fue confirmada mediante la resolución 012 del 13 de enero de 1993.

LA DEMANDA

Ante la jurisdicción, el apoderado de la sociedad solicitó como peticiones principales: 1o. Que se declare la firmeza de la declaración privada como consecuencia de la ocurrencia del silencio administrativo positivo por no haberse resuelto dentro del término legal el recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación de Revisión 122 del 12 de diciembre de 1991. 2o. Que se declare que no hay lugar a imponer sanción por libros de contabilidad, por haber operado el silencio administrativo positivo y 3o. Que por la misma razón se declare que no hay lugar a reintegro y a sanción por devolución improcedente.

Subsidiariamente, que:

> "El Honorable Tribunal, mediante el procedimiento respectivo proceda a declarar la nulidad y por lo tanto a restablecer el derecho de mi representada respecto

a la operación administrativa de liquidación de revisión del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1989 practicada por la Administración de Impuestos de Santander y conformada por los siguientes actos administrativos:

a. Requerimiento especial 0012 de marzo 5 de 1991

b. Liquidación de revisión No. 122 de diciembre 12 de 1991

c. Resolución 011 de enero 13 de 1993, mediante la cual se resolvió el Recurso de Reconsideración

Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos indicados en el presente punto, se declare que por el año gravable de 1989, la única obligación a cargo de la sociedad que represento por concepto de impuesto de renta es la determinada en su liquidación privada y que no hay lugar a sanción alguna por inexactitud y en consecuencia se determine la firmeza de la declaración privada.

1.2.2. Declarar la nulidad de la operación administrativa de sanción por libros de contabilidad impuesta por la Administración de Impuestos de Santander y conformada por los siguientes actos administrativos:

a. Resolución 318 U.A.E. de noviembre 26 de 1991

b. Resolución 013 de enero 13 de 1993, por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración.

Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos relacionados se declare que por el año gravable de 1989 no hay lugar a determinación de la sanción.

1.2.3. Declarar la nulidad de la operación administrativa de sanción por devolución improcedente correspondiente al año gravable de 1989 y conformada por los siguientes actos administrativos:

a. Resolución 319 de diciembre 12 de 1992 por la cual se ordena el reintegro de la suma devuelta y se impone la sanción.

b. Resolución 012 de enero 13 de 1993 por la cual se resuelve el recurso de reconsideración.

Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos relacionados se declare que por el año gravable de 1989 no hay lugar al reintegro de las sumas devueltas ni al pago de la sanción.

En el evento que la liquidación privada no sea confirmada, se profiera una nueva liquidación con base en las pruebas y criterios jurídicos que el Tribunal estime procedentes".

En la demanda, el apoderado de la sociedad estructuró los siguientes cargos en contra de la actuación administrativa:

1. Silencio Administrativo Positivo:

Que a su juicio se configuró por cuanto los recursos interpuestos contra los actos de liquidación oficial, imposición de sanción por libros y sanción por devolución improcedente, el 12 de febrero de 1992, no fueron decididos dentro del plazo de un año estatuido en el artículo 732 del E.T., silencio que entendió ocurrido por cuanto las decisiones respectivas fueron notificadas a persona que no tenía la calidad de representante legal de la sociedad.

2. Adición de Ingresos:

a) Violación por falta de aplicación de los artículos 742 y 746 del E.T., e indebida aplicación de los artículos 90 y 759 Ib., por cuanto con fundamento en el artículo 90 del E.T., la Administración adicionó los ingresos en la suma de $6.002.018 con el criterio que la sociedad estaba vendiendo por debajo del costo. Para ello se basó exclusivamente en una lista que la empresa remitió a la Secretaría de Gobierno de Bucaramanga en la que informaba los precios de venta de los productos que distribuía, para llegar a la temeraria conclusión que ésta no había registrado en la contabilidad una parte de las ventas efectuadas.

Estimó que la Administración pasó por alto que la diferencia entre el valor comercial y el valor de las ventas de los productos no llega ni sobrepasa el 25%, pues como ésta lo reconoció, la diferencia es el 23.53%. Agregó, que sobre la omisión de ingresos la Administración carece de pruebas y solamente se sustentó en una simple presunción no determinada en la ley, dado que para ello se requería la comprobación del hecho a través de la práctica de las pruebas que condujeran a la plena demostración de la omisión del registro de ingresos, posición que se refuerza en el artículo 759 del E.T., que indica el procedimiento previo para la aplicación de la presunción.

Entendió desconocida la presunción de veracidad consagrada en el artículo 746, al pretender desvirtuar los registros contables con una simple nota de comunicación de lista de previos enviada a la Secretaría de Gobierno, ignorando la realidad de las operaciones comerciales que recurren como medio de permanencia en el mercado a las promociones, rebajas y descuentos.

b) Adición de ingresos por concepto de fletes $3.776.767, con fundamento en que la sociedad recibió por concepto de reembolso de fletes la suma de $24.958.000 y solicitó descuento por concepto de pago de fletes por $28.734.767. Explicó que la sociedad vendió bajo la modalidad de consignación mercancías de propiedad de terceros y mercancías propias. Que bajo la primera modalidad acordó con los consignantes de las mercancías el reembolso de los gastos por fletes que realizara por la entrega de las mercancías, lo que no se cumplió en su totalidad, por cuanto dadas las

condiciones del mercado la empresa asumió los costos de fletes, en la forma como aparece registrado en los libros de contabilidad.

c) Desconocimiento de la deducción por pago de transporte de personal y pago de los seguros y mantenimiento de los vehículos de los empleados, que en cuantía de $3.491.923, fueron rechazados por la Administración por falta de causalidad con la obtención de la renta, con desconocimiento e inaplicación de los artículos 104 y 107 del E.T. Adujo que el objeto social de la empresa es la venta de productos de consumo popular, por lo cual emplea un grupo de vendedores que deben trasladarse hasta el sitio donde se encuentran localizados los compradores, a fin de tomar los pedidos. Que la sociedad optó, a cambio de proveer de vehículos a sus empleados, por contratar vendedores con automotor con el compromiso de que la empresa asumía los costos de mantenimiento y primas de seguros, gastos que en esas condiciones constituyeron una expensa necesaria.

d) Sanción por inexactitud de $6.237.723. Explicó violado el artículo 647 del E.T., por cuanto la Administración no tuvo en cuenta que los mayores valores determinados no se fundamentan en pruebas que demostraran que la sociedad percibió ingresos no registrados en la contabilidad.

3. SANCIONES:

Las sanciones impuestas por libros de contabilidad y devolución improcedente, conllevan violación por indebida aplicación de los artículos 655 y 670 del E.T., por cuanto su fundamento descansa en la liquidación de revisión, sin que se hayan allegado las pruebas que desvirtuaran la liquidación privada o la contabilidad.

CONTESTACION

Por su parte, la apoderada especial de la Nación solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, pues no se dio el pretendido silencio administrativo, como quiera que la actora actuó de mala fe ya que conocedora de que existían fallos sobre los recursos de reconsideración interpuestos por el señor HORACIO VELEZ CORREA, quien para esa época era Gerente o Representante Legal, se presentó para notificarse acompañado de un certificado que por no tener tiempo de vigencia sirvió de artimaña para engañar al funcionario notificador. Que la actora dió lugar al hecho que originó la irregularidad planteada y nadie puede obtener beneficios valiéndose de sus propios errores.

En relación con el cargo de indebida aplicación del artículo 90 del E.T., consideró que en éste no se está permitiendo la omisión de ingresos, como sostiene el actor al establecer que la Administración sólo puede rechazar el precio de venta fijado por las partes cuando difiera en más de un 25% de los precios comerciales, porque se comprobó que la sociedad vendió sus artículos por debajo del costo comercial, es decir que se registró una diferencia entre los precios comerciales de los productos vendidos y la lista oficial de precios, lo que reflejó la omisión de ingresos sancionables .

Sobre la adición de ingresos por concepto de fletes, estimó que la actora contabilizó ingresos por fletes en cuantía inferior a la que solicitó como deducción y que la diferencia corresponde a ingresos dejados de declarar, situación que se corroboró con la anotación que al respaldo de las facturas se registró donde consta que es el comprador quien asume todos los gastos.

Solicitó mantener el rechazo de las deducciones por pago de transporte de personal y seguros y mantenimiento de vehículos, por cuanto dichas erogaciones fueron producto de acuerdo entre las partes, que no puede considerarse como indispensable para obtener el ingreso, sino "una forma de solucionar asuntos laborales, pero nada más".

Agregó que la sanción por libros de contabilidad fue producto de la comprobación de que los datos registrados en la contabilidad no reflejan la realidad financiera de la empresa.

Igualmente, explicó que la sanción por devolución improcedente era consecuencia lógica de la desaparición del saldo a favor, por haberse practicado liquidación de revisión.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, rechazó en primer lugar la ocurrencia del silencio administrativo con efectos positivos, por cuanto no sólo basta la operancia del silencio sino su formalización conforme lo establece el artículo 42 del C.C.A., la cual no obra en autos. Estimó que la notificación irregular de las resoluciones la originó la misma sociedad, pues tenía la obligación de informar a la Administración de Impuestos el cambio de su representante legal. Consideró que la sociedad de todas formas se enteró de la decisión y pudo ejercer oportunamente el control de legalidad de los actos.

Sobre los aspectos de fondo, consideró que no se cumplieron los presupuestos para la adición de ingresos conforme al artículo 90 del E.T., pues la Administración debió atender los datos estadísticos del DANE, Banco de la República, Superintendencia de Industria y Comercio sobre el precio comercial de bienes de la misma especie de los enajenados y probar que lo superaba en el 25% de los precios del mercado y no apoyarse en un informe efectuado por la sociedad con destino a la Secretaría de Gobierno del municipio, que en todo caso si se considera, no superaba tal porcentaje.

Sobre la adición de ingresos por concepto de fletes también dió prosperidad al cargo basado en la consideración de que por la simple operación aritmética de restar del valor de los fletes pagados por la sociedad, la suma reembolsada y la diferencia adicionarla como ingresos omitidos, es un proceder simplista y carente de consistencia, que terminó en un desconocimiento del artículo 742 del E.T., puesto que se requería demostrar plenamente que la actora recibió la suma y omitió declararla.

En relación con el rechazo de las deducciones por pagos de transporte de personal no consideró válidas las razones de la Administración dado que de acuerdo con el artículo 107 del E.T., el concepto de necesidad y proporcionalidad debe mirarse con criterio comercial teniendo en cuenta los acostumbrados en cada actividad.

Finalmente, estimó que como consecuencia de la nulidad de la liquidación de revisión y del acto que la confirma, desaparece la causa de los actos de imposición de sanción por libros de contabilidad y de los que ordenaron el reintegro de la suma devuelta, que no era otra que la liquidación de revisión.

APELACION

La apoderada judicial de la Nación se mostró en desacuerdo con la sentencia en los siguientes puntos:

1. **Adición de fletes:** A juicio de la recurrente, el Tribunal no tuvo en cuenta que en la inspección de los libros de contabilidad se hallaron los soportes contables (facturas) de los consignantes de la actora en los cuales se da cuenta que los acarreos o fletes son por cuenta de los compradores.

2. Rechazo de deducciones por pagos de transporte: La inconformidad se concreta en que el Tribunal no observó que las erogaciones no fueron debidamente comprobadas y que por el contrario obra oficio de febrero 14 de 1991, en el cual la contribuyente manifiesta no haber alquilado vehículos para el personal como tampoco obra acuerdo entre la empresa y los empleados.

3. Adición de ingresos por ventas: Consideró que el sentido y el alcance del artículo 90 del E.T., no permite la omisión de ingresos al establecer que la Administración sólo puede rechazar el precio de venta cuando se aparte en más de un 25% del comercial, porque aún cuando la diferencia sea inferior, no desvirtúa el hecho cierto y comprobado de que los artículos fueron vendidos con precios inferiores al costo con la única finalidad de omitir ingresos, razón por la cual debieron ser adicionados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte Demandada

Reiteró que la administración tuvo como soporte para adicionar los ingresos, la litis de precios que allegó la sociedad a la Secretaría de Gobierno de Bucaramanga, documento que indudablemente no puede menos que catalogarse como una confesión de la misma sociedad, mérito probatorio que a su juicio se obtiene en la medida que las agencias de impuestos establecieron la venta de productos por debajo del costo, con base igualmente en el estado de pérdidas y ganancias de 1989, de donde se concluye claramente que la sociedad omitió ventas.

Criticó la posición del Tribunal en cuanto no se allegó la certificación de las entidades a que alude el artículo 90 y consideró que no era requisito indispensable para

soportar la omisión de las ventas las referidas certificaciones, cuando la Administración tenía otras pruebas conducentes del mismo contribuyente y que conllevan a la misma finalidad que persiguen esos estudios, puesto que los datos estadísticos no implican una tarifa legal, sino que sirven como elementos de juicio exógenos de los que puede servirse la Administración.

Agregó, que el porcentaje del 25% de diferencia en el valor de las ventas no implica que el legislador permitió la omisión de ingresos, pues tal hecho es sancionable sin importar el índice porcentual, que aceptar que la omisión al ser inferior del 25% debe ser admitida, riñe con la intencionalidad de lo normado.

Los otros aspectos motivo de apelación, fueron reiterados con argumentos similares a los expuestos en el recurso.

La Actora

Se opuso a la prosperidad de la apelación, pues a su juicio la entidad demandada no allegó pruebas que permitieran demostrar que la sociedad recibió las sumas adicionadas para de esa manera desvirtuar los registros contables. Sobre el reconocimiento de las sumas pagadas por transporte, reiteró que la interpretación del Tribunal es acertada y aplicó debidamente el artículo 107 del E.T., teniendo en cuenta que la actividad desarrollada por la actora es la distribución de productos de consumo popular como jabones, aceites, grasas, comestibles, velas, etc., porque debe realizar gestiones de ventas para la colocación de sus productos y que como no posee vehículos propios, acordó con los vendedores que ellos utilizaran sus automóviles en tales actividades y la empresa asumía los respectivos costos de mantenimiento y seguros.

Explicó que como la sede de la sociedad es en Girón y la mayor parte de sus empleados viven en Bucaramanga, la empresa se vio en la necesidad de suministrarles el correspondiente transporte, lo que hace constituir la erogación en una expensa necesaria, dado que para la producción de la renta se requiere la adecuada atención del recurso humano. Reiteró que dichos gastos se encuentran debidamente soportados en la contabilidad en la forma como lo verificó la Administración en el Acta de Visita.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada ante la jurisdicción, solicitó la confirmación de la sentencia apelada.

Estimó que el margen permitido por el artículo 90 del E.T., tiene su razón de ser en la incidencia fiscal que permite determinar un equilibrio relativo en la imposición tributaria a partir del beneficio o utilidad en la venta de bienes frente a otros similares.

Que no podía la Administración tomar parámetros diferentes a los permitidos por la norma; adicionar de una manera simplista, unos ingresos que si bien es cierto no

correspondían a los precios señalados a la lista elaborada por la empresa, no es menos cierto que la norma es clara cuando señala la forma única de la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos, cuando el valor asignado difiera del comercial.

Consideró que la Administración actuó con precipitud al efectuar la adición por concepto de fletes, puesto que era necesario establecer con absoluta claridad la omisión de los ingresos que se pretendía adicionar, máxime cuando obra certificado de contador público sobre este aspecto.

Igualmente estimó que debe aceptarse la deducción pedida por transporte, pues está establecida la relación de causalidad de los pagos con la renta declarada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ADICION DE INGRESOS

Según se desprende de los antecedentes, la Administración efectuó adición de ingresos por ventas omitidas en cuantía de $6.002.018, que corresponden a la diferencia entre el valor de las ventas netas contabilizadas y declaradas por la sociedad $25.506.882 y el valor comercial de los productos de $31.508.900, establecido de conformidad con la lista de precios enviada por la sociedad a la oficina de Política de Precios de la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga.

El artículo 90 del Estatuto Tributario, dispone:

> "Determinación de la renta bruta en la enajenación de activos. La renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título, está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados.
>
> El precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especie.
>
> Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación. Si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo ni al avalúo catastral vigente en la fecha de la enajenación
>
> Cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, conforme a lo dispuesto en este artículo, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede rechazarlo para los efectos impositivos y señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos; atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso.

> Se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando se aparta en más de un veinticinco por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de la enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos".

La norma transcrita determina como regla general que el precio de enajenación de los activos es el **valor comercial realizado** en dinero o en especie y considera como **valor comercial el señalado por las partes;** siempre y cuando **no difiera notoriamente del precio comercial promedio** para bienes de la misma especie y calidad en la fecha de la enajenación, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

Entiende la disposición, que el valor asignado por las partes**difiere notoriamente** del valor promedio vigente, cuando **se aparta en más** de un 25% de los precios establecidos en el comercio, de suerte que la variación que se presente dentro de ese límite es considerada, para efectos de la norma, como una fluctuación normal del mercado. En el evento de que exista diferencia notoria, o sea, superior al 25%, la ley autoriza la fijación administrativa del precio, con fines fiscales, para lo cual el funcionario de fiscalización queda facultado para señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos, para lo cual debe atender los datos estadísticos producidos por las siguientes o afines entidades: Dirección de Impuestos Nacionales, Departamento Nacional de Estadística, Superintendencia de Industria y Comercio y Banco de la República.

En el caso que se atiende observa la Sala que la Administración estableció como diferencia **notoria** entre los precios del mercado y los precios de los artículos enajenados el 23.53%, porcentaje que se encuentra por debajo del señalado en la ley, que es del 25% o más y que debe corresponder al valor "promedio vigente" de los precios establecidos en el comercio para bienes de la misma especie y calidad, promedio que no podía establecerse tomando como único punto de referencia los valores informados por la sociedad para efectos de control de precios. Ese presupuesto era indispensable para poder rechazar el precio asignado por las partes y ejercer la facultad de señalar administrativamente el precio de enajenación, siguiendo el procedimiento autorizado por la ley.

Para establecer los precios del mercado, no le era permitido a la Administración apartarse de los parámetros indicados en la norma, como eran las estadísticas producidas por las entidades que allí se mencionan y que la administración reemplazó por los precios de venta al detal informados por la misma sociedad a la Oficina de Control de Precios de la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga, que si bien podían corresponder a los precios máximos o aún regulares de venta al público, no correspondían a los que la disposición comentada ordenó tener en cuenta.

No comparte la Sala lo expresado por el representante de la Nación, en el sentido de que la lista de precios soporte de la actuación tiene el carácter de confesión, pues no se trata de un escrito dirigido a las oficinas de impuestos en el que se informe la existencia de un hecho que perjudique al contribuyente o que verse sobre hechos atinentes a la obligación tributaria, por lo que no puede afirmarse que los escritos de que se trata y que obran en el expediente a folios 42 y siguientes del cuaderno de antecedentes, puedan ser valorados como "confesión" en la forma prevista en los artículos 747 y 749 del E.T., máxime cuando la ley ha establecido un procedimiento especial para llegar a adoptar un precio presunto en reemplazo del informado por el contribuyente.

Así mismo, la comprobación de que del precio asignado por las partes se aparta en no menos de un 25% del valor promedio de los bienes en el comercio, es una exigencia normativa especial que permite la aplicación de la presunción establecida en el artículo 90 en favor del fisco, conforme a la cual éste puede oficiosamente establecer ingresos en función del valor comercial promedio establecido para bienes de la misma especie y superiores a los acordados por las partes. Por tratarse de una conclusión de la ley, de que el valor de la transacción es igual al valor comercial, es indispensable que la diferencia establecida no sea inferior al porcentaje previsto, sin que ello signifique, como lo expresa el apoderado de la Nación, que en tal caso omisiones de ingresos en porcentaje inferior al 25% serían permitidas por el legislador, simplemente que en tales condiciones se torna inaplicable la disposición.

Por las anteriores consideraciones no prospera el cargo propuesto por la demandada en la apelación.

2. ADICION DE INGRESOS POR CONCEPTO DE FLETES

Originó esta adición el hecho de que la actora pagó fletes por el transporte de las mercancías vendidas en cuantía de $28.724.767, como estos costos eran asumidos por los clientes de la sociedad, debieron ser reembolsados en su totalidad y dado que la actora sólo contabilizó y declaró la suma de $24.958.000, estimó la Administración que la diferencia de $3.766.767, constituyó ingreso omitido, pues a su juicio debió declarar todo el valor pagado por fletes.

No atendió la Administración la explicación de la actora de que, por el solo hecho que al respaldo de las facturas obre la anotación que los fletes son asumidos por los compradores, ello no siempre se cumple, porque dependiendo de las circunstancias del mercado varían las condiciones de la venta y en este caso la sociedad asumió los costos de los fletes por la entrega de las mercancías hasta el domicilio de los compradores, en la forma como está registrado en su contabilidad.

Observa la Sala que tiene razón el *a-quo* al manifestar que la Administración efectuó una adición de ingresos basada en una simple operación aritmética de restar al valor de los fletes pagados el valor recibido como reembolso y la diferencia

adicionarla como ingresos omitidos, pues en verdad, el hecho de que al respaldo de las facturas obre en forma preimpresa la anotación de que los fletes son asumidos por los compradores, no autorizaba por sí sola a la Administración a adicionar los ingresos, sin prueba alguna adicional que evidenciara la realidad de los mismos.

Las conclusiones del Acta de Visita indican que la única razón que tuvo la Administración, para adicionar ingresos por fletes, fue la referida anotación preimpresa al respaldo de las facturas, motivo que evidentemente no es legal ni válido, máxime cuando los inspectores verificaron sobre la contabilidad de la sociedad los valores recibidos y pagados por fletes, (pág. 6 Acta de Inspección Contable) sin encontrar objeción defirente a la anotada, lo cual concuerda con la posición de la sociedad en el sentido de que la suma debatida no fue recibida por la sociedad y por eso no se declaró como ingreso. Luego si la Administración consideraba que existía omisión de ingresos, ha debido demostrar que la suma de $3.766.767 correspondía a ingresos recibidos por reembolso de fletes y que además no habían sido contabilizados ni declarados, más aún como lo abservó la señora Fiscal, cuando obra en el expediente certificado de contador sobre este aspecto, (fl. 354), aportado con ocasión del recurso de reconsideración.

3. PAGOS POR TRANSPORTE

Sobre esta glosa, observa la Sala que fue rechazada la deducción solicitada por concepto de pagos efectuados por transporte de los empleados que laboran en la empresa y por pago de los seguros y mantenimiento de los vehículos de los vendedores de la sociedad, porque a juicio de la Administración, estas erogaciones no tienen relación de causadidad.

No puede desconocer la Sala que los pagos de transporte de los empleados (que como manifiesta la sociedad residen en su mayoría en Bucaramanga y que la sede se encuentra en el municipio de Girón), y que asume la empresa, tienen relación de causalidad con la renta y son deducibles en la medida en que los mismos sean necesarios y proporcionados. En esas condiciones es evidente que los gastos efectuados para transportar a los trabajadores desde su domicilio a la sede de la sociedad, que como quedó dicho queda en municipio cercano, pero diferente, procuran el bienestar de los trabajadores y le aseguran la oportuna concurrencia al sitio de trabajo, por lo que no puede afirmarse que son indiferentes y que no inciden como un gasto de la empresa.

Igualmente, es evidente que siendo la actividad de la sociedad la distribución y venta de productos de consumo popular, implica que deba ofrecerlos a los tenderos y a otros que son sus distribuidores directos y clientes y que para ello utiliza a sus propios vendedores a los cuales debe facilitar los medios de transporte. Si como ha quedado establecido, la sociedad no posee vehículos para el efecto, no existe reparo alguno en que emplee los medios de transporte de los vendedores y a cambio se haga cargo de los respectivos gastos de mantenimiento y pólizas de seguros, dado que de una forma u otra, en todo caso es la empresa la que debe suministrar el respectivo medio de transporte, lo que a todas luces constituye un gasto deducible en los términos del artículo

107 del E.T., y en particular, como lo anotó el *a-quo*, porque estos elementos deben determinarse con criterio comercial que desde luego lo determina con mayor precisión el comerciante involucrado que el funcionario de impuestos.

Como el acto de visita estableció la realidad de los pagos, la cual no ha sido cuestionada, la Sala adhiere a la decisión del *a-quo* de aceptar las respectivas deducciones.

Son suficientes las anteriores consideraciones para impartir confirmación a la sentencia apelada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IVA EN ACTIVOS FIJOS-Tratamiento/**BIENES DE CAPITAL/DESCUENTO TRIBUTARIO/MUEBLES Y ENSERES**

El texto definitivo del artículo 20 de la Ley 6a. de 1992 que adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 258-1 consagró el descuento tributario, únicamente para las personas jurídicas y asimiladas, por la adquisición de activos fijos, a los que denominó de capital. Esto es, en general, bienes que se utilizan en desarrollo de una actividad productora de renta, salvo las excepciones y limitaciones establecidas en la propia ley (no opera para vehículos automotores y camperos). Si bien hizo mención expresa a los equipos de computación y al equipo de transporte de las empresas transportandoras tal precisión no implica en manera alguna que haya sido intención del legislador excluir otros bienes muebles que se utilizan directamente en la producción de bienes físicos como parece entenderlo la apoderada de la Nación. En consecuencia, resulta ilegítimo al reglamento impedir que la finalidad de la ley sea restringida al limitar el beneficio fiscal para algunos de los muchos conceptos que pueden utilizarse para explicar que son medios de producción o bienes de capital, es decir, aquellos que trabajan productivamente en la economía del país. En consecuencia, cuando el Decreto 1372 de 1992 en su artículo 21 incisos 1o. y 2o. excluye del beneficio fiscal los muebles y enseres que hacen parte activo fijo, como a la compra de repuestos para mantener el estado de producción de la maquinaria y bienes del activo fijo de una empresa, restringe lo dispuesto en la norma superior; y por lo tanto, debería ser retirados del ordenamiento jurídico. ANULA el artículo 21 inciso 2o. del Decreto Reglamentario 1372 de 1992, que

dice: "...Por tanto, no dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado por la compra de repuestos. ANULASE la expresión "tales como muebles y enseres" contenida en el artículo 21 inciso 3o. del Decreto Reglamentario 1372 de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta-. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4568. Actor: Mike Baracaldo Ramírez Acción de nulidad contra los incisos 2o. y 3o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 1372 de Agosto 20 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano MIKE BARACALDO RAMIREZ, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción la declaratoria de nulidad del inciso 2o. del artículo 21 del Decreto Reglamentario 1372 de agosto 20 de 1992 y de la expresión "tales como muebles y enseres" contenida en el inciso 3o. del mismo artículo, decreto expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar parcialmente la Ley 6a. de 1992.

1.- **El acto acusado**

El contenido de la norma acusada según precisa la demanda es el siguiente:

"Artículo 21 Descuento del IVA en impuesto de renta.

"...Por tanto, no dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado por la compra de repuestos.

"Tampoco dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado en la adquisición o nacionalización de aquellos activos fijos que no tengan la naturaleza de bienes de capital, por no ser productores directos de renta, **tales como los muebles o enseres;** salvo que estos bienes hayan sido adquiridos o nacionalizados por sociedades cuya actividad exclusiva sea darlos en alquiler o arrendamiento."

LA DEMANDA

Luego de transcribir el texto del artículo acusado, afirma que al comparar la disposición acusada con el artículo 20 de la Ley 6a. de 1992, que adicionó el artículo 258 del Estatuto Tributario, es obvio, que aquella contiene una excepción que no se encuentra consignada en la ley que reglamenta, incurriendo así en flagrante violación de ésta.

Observa, cómo la referencia a bienes de capital que hace la ley es general, estableciendo expresamente las excepciones a esa regla y mal puede entonces el ejecutivo excepcionar del beneficio fiscal la compra de repuestos, muebles y enseres.

Estima que la disposición que excluye a los repuestos encuentra su razón de ser en la consideración del ejecutivo de entender que los repuestos corresponden a la definición de bienes de capital. Lo contrario implicaría que la norma no tiene sentido habida cuenta que estaría excluyendo de un beneficio a bienes cuya adquisición no lo otorgan. En otras palabras, la norma carecería de objeto.

En relación con los muebles y enseres, la norma demandada los excluye de manera radical al considerar que no son bienes de capital aún cuando al efecto no toma definición legal alguna.

Observa como la regla general plantea el problema de comprender que se entiende por "bienes de capital". En realidad, se trata de un concepto económico que no se encuentra definido por norma alguna.

Dice que corresponden los bienes de capital a la noción de activos fijos vinculados a la actividad de producción. En verdad, deben reunir el requisito de ser activos fijos, como quiera que los móviles por su naturaleza se adquieren para su posterior enajenación lo que les impide una vinculación permanente. Adicionalmente, es necesario que este activo se encuentre vinculado a la actividad productora de renta.

Aseveración que ilustra con un ejemplo, para concluir que existen repuestos muebles y enseres que corresponden a la categoría de bienes de capital, que en términos de ley deben gozar del beneficio del descuento.

Se refiere de manera particular a los repuestos que como bienes que son en sentido general, corresponden a activos fijos que se adquieren con esta misma condición, porque no se busca su enajenación posterior, y si forman parte de un bien de capital no pueden ser excluidos por el reglamento para efectos del descuento.

Actuación Procesal

Solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la Sala mediante providencia del 19 de Marzo de 1993, no accedió a tal petición en razón de no haber encontrado *prima facie* contradicción con la norma superior.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a la petición de nulidad de las normas reglamentarias acusadas, alegando que éstas son legales porque, cuando el legislador de 1992 otorgó el derecho a descontar del impuesto de la renta el impuesto a las ventas pagado en la adquisición o nacionalización de bienes de capital, de equipo de computación y para los transportadores, adicionalmente, del equipo de transporte, enumeró taxativamente los activos fijos beneficiados con el descuento tributario, cobijando exclusivamente a estos bienes y no a ningún otro.

Cuando el Decreto Reglamentario acusado señala los bienes que a título de ejemplo no tienen derecho al beneficio tributario no está añadiendo nada extraño a la

voluntad del legislador, simplemente, está dando claridad a la norma superior, pero bien podría no haberlo hecho y esto no implicaría la imposibilidad de aplicación de la ley; tampoco el mencionar enumerativamente una serie de bienes que no se incluyen como descuento, adiciona o restringe concepto alguno.

En resumen, cuando la ley consagra el beneficio del descuento tributario para bienes de capital, equipo de computación y adicionalmente para las transportadoras, el equipo de transporte, no incluyó los repuestos de esos bienes, pues de haberlos incluido, tal manifestación hubiera sido expresa.

Por su parte el inciso 3o. del artículo 21 del Decreto acusado no está exceptuando beneficios creados por la ley, sólo precisa que, los bienes de capital adquiridos o nacionalizados tienen derecho al beneficio, por ser productores de renta. Los que no correspondan a bienes de capital, independientemente, de que sean activos fijos, no gozan del impuesto.

Distingue para efectos del descuento, los bienes de capital de los activos fijos, los que sólo son susceptibles de descuento si son bienes de capital, porque los activos fijos que no tengan la naturaleza de bienes de capital no disfrutan del mencionado descuento, tal como ocurre con los muebles y enseres, excepto los que son adquiridos para darlos en arriendo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión el actor, expone que el artículo 9 del Decreto 1250 de 1992, al señalar los bienes cuya adquisición otorga derecho al beneficio fiscal, simplemente precisó que se entendía como bienes de capital los activos fijos productores de renta, concepto señalado por la Ley 6a. de 1992, y por tal razón no ha sido objeto de demanda.

Que de otra parte, el artículo 21 del Decreto 1732 de 1992 ratificó que el descuento sólo procede en el caso de nacionalizaciones o adquisiciones de los bienes señalados en el Decreto 1250, es decir del equipo de computación y los activos fijos productores de renta, cumpliendo hasta aquí la norma como desarrollo de la reglamentación legal, y por lo tanto no objeto de demanda.

Centra la *litis* en la expresa exclusión que del beneficio fiscal hizo el Decreto Reglamentario acusado de los repuestos y de los muebles y enseres.

A su juicio, partiendo de la definición que de "bien de capital" consagra el Decreto 1250 de 1992, asimilándolos a activos fijos productores de renta, atendiendo al concepto de activos fijos, como aquellos que teniendo una naturaleza duradera no están destinados a la venta dentro del giro ordinario de las actividades de la empresa y que se usan en el desarrollo de tal giro y, agregando el requisito adicional de que éstos sean productores de renta, entendiendo como tales (al no existir definición legal), aquellos que se vinculan y usan en la actividad que genera la renta del contribuyente, resulta entonces, que un repuesto puede ser activo fijo productor de renta o puede no serlo.

Por lo que la violación de la ley resulta de la exclusión del derecho al descuento para

toda clase de repuestos. Pues éstos son bienes de capital en la medida en que estén integrados a un activo generador de renta.

Cuestión similar ocurre con el concepto de los muebles y enseres, los que no deben dar derecho al descuento en la medida en que no revistan el carácter de bienes de capital. Pero nada impide que lo sean, pues pueden ser tenidos en calidad de activos fijos y en esta categoría encontrarse vinculados directamente al desarrollo de la actividad productora de renta.

Para reafirmar sus consideraciones invoca la definición que del término bienes de capital tiene el Diccionario para Contadores y la Explicación dada en la exposición de motivos del proyecto que antecedió a la Ley 6a. de 1992, cuando expresó:

> "Como un incentivo a la inversión en bienes de capital dentro del proceso de internacionalización de la economía se permite a los responsables del impuesto sobre las ventas solicitar como impuesto descontable el Impuesto al Valor Agregado, cancelado en las adquisiciones de esta clase de bienes efectuadas a partir del 1o de enero de 1993..."

Expone que una interpretación teleológica de la norma creadora del beneficio fiscal, como estímulo a la inversión en cierto tipo de bienes que han de convertirse en medio para colocar a la industria nacional en condiciones de competir dentro de un proceso de internacionalización de la economía, implica que los bienes de capital adquiridos estén en condiciones de ser usados adecuadamente, esto es, en condiciones de utilización, por lo que reviste especial importancia la adquisición de las partes de éstos que por el uso se averían.

Concluye que el Decreto 1732 viola la ley al excluir del beneficio del descuento tributario los repuestos y a los muebles y enseres, en la medida que estos pueden constituir activos fijos productores de renta.

La apoderada de la demanda, al alegar de conclusión, se opone a los planteamientos formulados por el actor y transcribe apartes de la exposición de motivos de la Ley 6a. de 1992, entre los cuales está lo referente al artículo 32 del proyecto de ley, que corresponde hoy al artículo 20 de la Ley 6a. de 1992, así:

> "EXPLICACION: Como un incentivo a la inversión en bienes de capital dentro del proceso de internacionalización de la economía se permite a los responsables del impuesto sobre las ventas solicitar como impuesto descontable el Impuesto al Valor Agregado cancelado en las adquisiciones de esta clase de bienes efectuadas a partir del 1o de enero de 1993. Con el fin de no desestimular la adquisición de activos fijos durante 1992, se autoriza solicitar el IVA pagado en su adquisición como impuesto descontable, por sextas partes en las declaraciones de los bimestres de 1993. También se precisa que cuando existan operaciones gravadas o exentas y excluídas, el impuesto descontable por este concepto

que puede solicitarse, debe ser producto del prorrateo que contemplan las normas tributarias en función de las primeras operaciones mencionadas."

Concluye entonces, que el beneficio fiscal es sólo para la adquisición o renovación de equipos y no para su mantenimiento, como tampoco lo es para los activos fijos no productores de renta, como son los muebles y enseres a que se refiere el aparte demandado de la disposición reglamentaria.

Por otra parte, las normas que consagran beneficios tributarios no deben ser interpretadas extensivamente, ya que de acuerdo con la hermenéutica jurídica, el beneficio consagrado en el artículo 20 de la Ley 6a. de 1992 sólo es aplicable a la adquisición o nacionalización de bienes de capital, de equipo de computación y para las empresas transportadoras, adicionalmente, de equipo de transporte.

Si bien la norma excepcional expresamente a los automotores y camperos, tácitamente lo está haciendo también con los demás bienes no incluídos dentro de la enumeración taxativa señalada.

Por ello, el Decreto acusado señala a manera de ejemplo los repuestos y los muebles y enseres, que si bien pueden ser activos fijos, sino se les dedica a la actividad productora de renta, no se les puede dar el tratamiento de bienes de capital.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, conceptúa que las súplicas de la demanda deben ser acogidas, porque:

Estudiado el punto, y en especial los antecedentes de la Ley 6a. de 1992, se observa que la intención del legislador al consagrar en el artículo 20 de la nombrada ley, el descuento por impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de activos fijos, no era otra que estimular la inversión en bienes de capital, en equipos de computación y equipo de transporte por parte de personas jurídicas y asimiladas, todo encaminado a lograr una mayor producción, y mejor competitividad de las diferentes empresas, dentro del marco de la apertura económica en que está empeñado el Gobierno.

Ahora bien, el inciso 2o. y la expresión mencionada por el demandante del inciso 3o. del artículo 21 del Decreto 1372 de 20 de agosto de 1992, establecen que el impuesto sobre las ventas no será materia de descuento cuando se trate de la venta de repuestos o de muebles o de enseres.

El artículo 20 de la Ley 6a. de 1992 que se pretende reglamentar, establece que las personas jurídicas tendrán derecho a descontar del impuesto sobre la renta a su cargo, el impuesto a las ventas pagado en la adquisición o nacionalización de bienes de capital, de equipo de computación y para las empresas transportadoras, adicionalmente de equipo de transporte.

En dicha enumeración no se hace exclusión de ninguna naturaleza, salvo para los bienes que no sean de capital o que hayan sido adquiridos por personas naturales.

A su juicio son bienes de capital, todos aquellos que vinculados a una actividad productora de renta, se incorporan al activo de la empresa para la producción correspondiente. En ninguna parte aparece que los repuestos adquiridos para el mantenimiento de maquinarias o del equipo productor de renta no puedan considerarse como bienes de capital. Y la misma consideración puede hacerse con relación a los muebles o enseres mencionados en el inciso 3o. del artículo, parcialmente acusado.

Adicionalmente el artículo 27 del Código Civil señala que cuando el sentido de la Ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. El texto de la Ley (artículo 20 Ley 6a. de 1992) no deja lugar a dudas de que están beneficiadas con el descuento del impuesto a las ventas las personas jurídicas y asimiladas que adquieran o nacionalicen bienes de capital, y como la facultad reglamentaria está limitada en sus alcances a los parámetros fijados por la ley y las normas que se dicten tienen como única finalidad hacer efectivas las normas legales que reglamentan, para excluir el ejecutivo los repuestos, muebles o enseres del beneficio del descuento, sería necesaria la existencia de una norma que descartara como bienes de capital los bienes mencionados anteriormente.

Concluye que como dicha norma no existe, es evidente que se incurrió en exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria al hacer excepciones de ese beneficio sobre bienes no mencionados en la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para mayor entendimiento transcribe la Sala los apartes del Decreto Reglamentario acusados y la norma superior reglamentada, Ley 6a. de 1992.

"Artículo 20. Descuento del impuesto a las ventas por la adquisición de activos fijos."

Adiciónase el Estatuto Tributario con los siguientes artículos:

"Artículo 258-1 Descuento por impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición de activos fijos.

Las personas jurídicas y sus asimiladas tendrán derecho a descontar del impuesto sobre la renta a su cargo, el impuesto a las ventas pagado en la adquisición o nacionalización de bienes de capi-

"Artículo 21 inciso 2o. Decreto 1372 de 1992.

"DESCUENTO DEL IVA EN IMPUESTO DE RENTA. El descuento tributario de que trata el artículo 258-1 del Estatuto Tributario, sólo procederá por las adquisiciones o nacionalizaciones de los bienes señalados en el artículo 9o. del Decreto 1250 de 1992.

"Por tanto, no dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado por la compra de repuestos.

tal, de equipo de computación, y para las empresas transportadoras adicionalmente de equipo de transporte, en la declaración de renta y complementarios correspondiente al año en que se haya realizado su adquisición o nacionalización. Si tales bienes se enajenan antes de haber transcurrido el respectivo tiempo de vida útil, señalado por el reglamento, desde la fecha de adquisición o nacionalización, el contribuyente deberá adicionar al impuesto neto de renta correspondiente al año gravable de enajenación, la parte del valor del impuesto sobre las ventas que hubiere descontado, proporcional a los años o fracción de año que resten del respectivo tiempo de vida útil probable; en este caso, la fracción de año se tomará como año completo. En ningún caso, los vehículos automotores ni los camperos darán lugar al descuento.

"En el caso de la adquisición de activos fijos gravados con impuesto sobre las ventas por medio del sistema de arrendamiento financiero (leasing), se requiere que se haya pactado una opción de adquisición irrevocable en el respectivo contrato, a fin de que el arrendatario tenga el descuento considerado en el presente artículo.

"PARAGRAFO: el impuesto sobre las ventas pagado por activos fijos adquiridos o nacionalizados por nuevas empresas durante su período improductivo, podrá tratarse como descuento tributario en la declaración del impuesto sobre la renta correspondiente al primer año de período productivo. En caso de no poderse realizar el descuento en su totalidad en dicho año, el valor restante podrá descontarse en los dos años siguientes hasta agotarse.

Tampoco dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado en la adquisición nacionalización de aquellos activos fijos que no tengan la naturaleza de bienes de capital, por no ser productores directos de renta, tales como los muebles o enseres; salvo que estos bienes hayan sido adquiridos o nacionalizados por sociedades cuya actividad exclusiva sea darlos en alquiler o arrendamiento". (Subrayas fuera del texto).

"Lo dispuesto en el inciso anterior será igualmente aplicable a las empresas en proceso de reconversión industrial, siempre y cuando el referido proceso obtenga la autorización del Departamento Nacional de Planeación. El gobierno nacional señalará las condiciones y requisitos necesarios para la aplicación de lo consagrado en este artículo."

El texto literal del artículo 258-1 del Estatuto Tributario permite inferir que fue voluntad del Legislador del año de 1992, incentivar la adquisición de bienes de capital por parte de una persona jurídica o asimilada, permitiendo que el valor del impuesto a las ventas pagado en la compra o en la importación de tales bienes se trate como descuento del impuesto de renta a cargo. Expresó así mismo la ley, que también tendrían derecho al beneficio el equipo de computación para las empresas computadoras, y para las empresas transportadoras, el equipo de transporte.

Observa la Sala que en los apartes de la exposición de motivos que invoca la apoderada de la demandada para precisar que el beneficio fiscal responde a un incentivo a la inversión si bien consagra el descuento tributario, su consagración legal se hizo de manera distinta, pues inicialmente el proyecto contempló sólo a los responsables del IVA, y lo trató como impuesto descontable en el mismo tributo; no obstante, el proyecto sufrió modificaciones y así puede apreciarse en la ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 20, del doctor Rodrigo Garavito Hernández, que explica la razón de ser del beneficio tributario así:

Impuesto a la Renta

"En las discusiones de las comisiones económicas del Congreso, se escuchó atentamente las opiniones de los diferentes estamentos de la sociedad, acerca de los efectos reales que sobre la inversión tiene los aumentos de la carga por este tributo. Así mismo, se realizó un examen de los verdaderos resultados de la Ley 75 de 1986, mediante la cual, además de reducir la tasa impositiva, se eliminó la doble tributación: Respecto al primer punto. se pudo comprobar, que evidentemente existe una relación inversa entre las decisiones de inversión y la tributación directa. En particular, podría esperarse que un aumento de la tributación directa equivalente a 1 punto del PIB, desalentaría la inversión en esta misma proporción. Con el fin de eliminar este efecto, las comisiones económicas de la Cámara y Senado, aprobaron un descuento en el impuesto de renta, equivalente al IVA pagado en la adquisición de bienes de Capital. Se busca compensar mediante dicho descuento los efectos nocivos que sobre la inversión tienen los aumentos de la tributación directa..-"

"...**Incentivos de la Inversión**

"El proyecto de reforma tributaria incluye aspectos que, en definitiva, constituyen incentivos directos para la inversión privada, a través de la reducción de los costos de producción con los efectos directos sobre el consumidor. De una parte, se permitirá el descuento por el IVA pagado en la adquisición de bienes de capital en la declaración de renta del respectivo año gravable y, de otra, se excluye del IVA la maquinaria y algunas materias primas del sector agropecuario. Estas dos medidas marchan en la misma vía de la desgravación arancelaria, ya efectuada por el gobierno, que busca hacer más eficiente la industria nacional en términos de abaratamiento de los costos de producción, con el consiguiente beneficio para el consumidor final.

"En la actualidad, el IVA que se paga en la adquisición de esta clase de activos no es descontable. Por esta razón, para el productor y/o importador constituye un sobrecosto del bien de capital, que se recupera por la vía de los precios. De esta forma dicho impuesto, se traslada directamente al consumidor final. La propuesta, evita que este último sea afectado por el gravámen, puesto que legalmente se impide que el IVA pagado haga parte del costo del bien, puesto que se permite su descuento. En el caso de la maquinaria agrícola, el efecto es directo, dado que se excluye del gravámen este tipo de bienes.

"Esta medida representa para el fisco nacional un importante costo fiscal, que seguramente será compensado por los mayores niveles de inversión privada y por ende de crecimiento económico, mediados por incentivos como el que otorga el presente proyecto..."

En la explicación del Gobierno sobre el artículo 6o. del proyecto inicial se explicó:

"Como un incentivo a la inversión en bienes de capital dentro del proceso de internacionalización de la economía y en concordancia con la norma que permitirá a los responsables del impuesto sobre las ventas solicitar **como impuesto descontable el Impuesto al Valor Agregado, cancelado en la adquisición de esta clase de bienes,** se contempla para los no responsables del impuesto a las ventas la posibilidad de depreciar el 100% del impuesto cancelado por dichos bienes, en el mismo año de su adquisición. Para el caso de los bienes adquiridos durante el año de 1992 y con el fin de no desestimular la adquisición de los bienes de capital por la expectativa de esta disposición, se autoriza igualmente la depreciación durante el año de 1993, del saldo del impuesto a las ventas cancelado por dichos bienes, pendiente de depreciar a 31 de diciembre de 1992."

El pliego de modificación cambió el texto literal del proyecto, como consecuencia de la modificación planteada en el sentido de considerar el descuento por el IVA pagado por adquisición o nacionalización de bienes destinados a convertirse en "activos fijos",

pero dándole al gravamen el tratamiento de crédito tributario en el impuesto sobre la renta.

El artículo 258-1 se planteó así:

"DESCUENTO TRIBUTARIO POR IMPUESTO A LAS VENTAS PAGADO EN LA ADQUISICION DE ACTIVOS FIJOS.

(MODIFICA EL ARTICULO 6o. DEL PROYECTO)

"Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 258-1 **Descuento por impuesto sobre las ventas en la adquisición de activos fijos.**

"Las personas jurídicas y sus asimiladas tendrán derecho a descontar del impuesto sobre la renta a su cargo, el impuesto a las ventas pagado en la adquisición o importación **de los activos fijos depreciables,** en el mismo año de su adquisición o importación. Cuando se trate de vehículos automóviles o camperos, si se enajenan antes de haber transcurrido cinco años desde la fecha de adquisición o importación, el contribuyente deberá incrementar el impuesto neto de renta correspondiente al año gravable de enajenación, en el valor del impuesto sobre las ventas descontado, proporcional al tiempo que reste de los referidos cinco años.

Finalmente el texto definitivo del artículo 20 de la Ley 6a. de 1992 que adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 258-1, anteriormente transcrito, siguiendo la misma línea propuesta y las modificaciones surtidas en el Congreso con el tratamiento del beneficio fiscal, consagró el descuento tributario, únicamente para las personas jurídicas y asimiladas, por la adquisición de activos fijos, a los que denominó bienes de capital.

Esto es, en general, bienes que se utilizan en desarrollo de una actividad productora de renta, salvo las excepciones y limitaciones establecidas en la propia ley (no opera para vehículos automotores y camperos). Si bien hizo mención expresa a los equipos de computación y al equipo de transporte de las empresas transportadoras, tal precisión no implica en manera alguna que haya sido intención del legislador excluir otros bienes muebles que se utilizan directamente en la producción de bienes físicos como parece entenderlo la apoderada de la Nación.

Por el contrario, como tuvo oportunidad de analizarlo la Sala en el fallo del 21 de agosto de 1975, con ponencia del doctor Miguel Lleras Pizarro, (anales 1975 2o. semestre Tomo 89 No. 447-448 p. 123) el conjunto bienes de capital como expresión de bienes de producción es tan amplio y variado que involucra la totalidad de los activos fijos que se comprometen en el desarrollo de la actividad productora de renta o producción de bienes y servicios.

Comprende entonces el beneficio fiscal todos estos bienes, salvo las limitaciones (no para personas naturales) y excepciones (no vehículos, no automotores), expresamente consagradas en la ley.

En consecuencia, resulta ilegítimo al reglamento impedir que la finalidad de la ley sea restringida al limitar el beneficio fiscal para algunos de los muchos conceptos que pueden utilizarse para explicar que son medios de producción o bienes de capital, es decir, aquellos que trabajan productivamente en la economía del país.

Adicionalmente, define el Diccionario de la Real Academia los bienes de capital como elementos o factores de la producción constituidos por inmuebles, maquinaria o instalaciones de cualquier género que, en colaboración con otros factores, se destinan con carácter permanente a la obtención de un producto.

Si como lo anota la apoderada de la demandada, el descuento tributario constituye un incentivo a la inversión en bienes de capital, dentro de un proceso de internacionalización de la economía; entendiendo el concepto bienes de capital como un todo, no existe motivo alguno para impedir que los repuestos y bienes (como parte del todo) adquiridos para mantener en estado de producción, esos mismos bienes estén excluidos del beneficio fiscal.

Tampoco puede el reglamento, desconociendo el objetivo que tuvo en mente el legislador de buscar el desarrollo de la economía con miras a su internacionalización, desconocer el beneficio fiscal, cuando la empresa habilite con incorporación de repuestos sus propios bienes de producción, menos aún, cuando la norma superior se refiere de manera general a la adquisición y nacionalización de bienes de capital.

Si como consecuencia de lo previsto en el reglamento se otorga el beneficio fiscal para la importación de bienes usados y se excluye para los repuestos con miras a la habilitación del estado de producción de los ya existentes, tal hecho constituye una discriminación ajena a la ley.

No resulta válido el argumento de la apoderada de la Nación, que expone que la exclusión expresa que hace el artículo 258-1 del Estatuto Tributario de los vehículos y automotores, para efectos del descuento, permita inferir que tácitamente está desconociendo el beneficio para los repuestos, muebles y enseres u otros bienes no incluidos dentro de la enumeración taxativa contenida en la ley, porque tales bienes en la medida que pueda corresponder al concepto de bienes de capital o bienes de producción, gozan del beneficio tributario.

Tan está ligado el concepto de bienes de producción al de bienes de capital, que el parágrafo del artículo 258-1 contempla el caso de los bienes del activo improductivo, cuando preceptúa que el impuesto pagado por activos fijos adquiridos o nacionalizados por nuevas empresas durante un período improductivo puede descontarse del impuesto sobre la renta correspondiente al primer año del período productivo o en defecto, en los dos años restantes hasta agotarse.

En consecuencia, cuando el Decreto 1372 de 1992 en su artículo 21 incisos 1o. y 2o. excluye del beneficio fiscal a los muebles y enseres que hacen parte del activo fijo, como a la compra de repuestos para mantener el estado de producción de la maquinaria y bienes del activo fijo de una empresa, restringe lo dispuesto en la norma superior; y por lo tanto, deberán ser retirados del ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1.- ANULASE el artículo 21 inciso 2o. del Decreto Reglametario 1372 de 1992, que dice:

> "...Por tanto, no dará derecho a descuento el impuesto sobre las ventas generado por la compra de repuestos.

2.- **ANULASE** la expresión **"tales como muebles y enseres"** contenida en el artículo 21 inciso 3o. del Decreto Reglamentario 1372 de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la Fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO-Requisitos/**VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Expedido un acto administrativo de carácter particular y concreto, en el cual se reconozca un derecho al administrado, no puede la Administración entrar a revocar *motu propio* o directamente su propio acto, para modificarlo o dejarlo sin efecto, porque para que pueda ejercer tal atribución no basta que se den las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A., oposición manifiesta al ordenamiento jurídico superior, su inconformidad con el interés público o social, o que cause un agravio a una persona, sino que exige la ley el consentimiento expreso y escrito del particular. De otra parte, para efectos del agotamiento de la vía gubernativa no siempre es necesario una nueva discusión en tal sede porque, puede ocurrir que contra el acto no exista recurso, o que existiendo éste, no sea obligatorio. Entonces si la Administración no tenía facultad para revocar su propio acto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso no tenía que cumplir el requisito de un agotamiento de vía gubernativa, por sustracción de materia.

BANCO DE LA REPUBLICA-Naturaleza/**FUNCION PUBLICA/CERT**-Reconocimiento/**CADUCIDAD DE LA ACCION**-Improcedencia

No prospera tampoco la excepción de caducidad propuesta porque el Banco de la República al otorgar el beneficio del CERT no ejerce una

facultad dentro de la órbita del derecho privado, sino una actividad del derecho público referida al otorgamiento de un incentivo tributario dentro de la política fiscal del Estado, orientada al cumplimiento de los objetos señalados en la ley al crear y conceder el CERT. Acto de otorgamiento del CERT, que implica la manifestación de voluntad de la Administración, en el sentido de otorgar o no el beneficio a una persona, por haber cumplido o no los requisitos establecidos en la ley para su reconocimiento, función esta tributaria que es de orden público, y que está regida por normas de derecho público como son la Ley 48 de 1983, el Decreto 1518 de 1984, 1355 de 1984 y 1356 del mismo año. Entonces dada la calidad de ente de derecho público, del banco de la República, tenía derecho al término de los dos años previsto en el artículo 136 numeral 2o. del C.C.A.

CERT-BENEFICIARIOS/PROVEEDOR NACIONAL/BIEN DE ORIGEN NACIONAL/LICITACION INTERNACIONAL

Tienen derecho al CERT, los proveedores nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia por entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, que suministran bienes o servicios. Bienes de origen nacional son aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos, no puede concluirse que los proveedores de servicios y mano de obra nacional favorecidos con adjudicación de los contratos de obra pública tengan derecho al reconocimiento del CERT.

DEVOLUCION-Actualización a Valor Presente**/INTERESES/CORRECCION MONETARIA**

Si bien puede afirmarse en términos generales que cuando la ley se refiere a "bienes" el término podría comprender tanto las cosas corporales muebles o productos como los inmateriales, como enseña el artículo 653 del C.C., y dentro de este concepto caben perfectamente los servicios, la tecnología, la asistencia técnica, etc., que como suministro de conocimientos especializados, son verdaderos bienes avaluables en dinero y susceptibles de ser suministrados y exportados, como claramente lo enseña el artículo 11 de la Ley 48 de 1983, y con anterioridad lo precisaba el Decreto 444 de 1987, el Gobierno, atendidos los vocablos bienes y servicios contenidos en la ley 48 de 1983, sólo reglamentó lo

concerniente a los bienes materiales o corporales. En consecuencia, el contratista favorecido con la adjudicación de un contrato de obra pública, resultante de una licitación internacional abierta por entidad pública, financiada en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o instituciones financieras internacionales de carácter público mientras el Gobierno no reglamente el beneficio tributario para los mismos, no tiene derecho al CERT. A cambio de la norma especial que regula el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos a que se refiere el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, resultan aplicables los artículos 177 y 178 del mismo código sobre cumplimiento del fallo, en cuanto la sentencia imponga una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por el demandado, mientras no se regule la materia por norma especial, aclarando previamente que del reconocimiento a valor presente de la devolución que se ordena es inherente a la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., cuya finalidad está expresamente consagrada por la ley, cuando autoriza a la persona lesionada en un derecho amparado con una norma jurídica, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho "Derecho que sólo se restablece en virtud de la nulidad judicial declarada restituyéndolo al mismo estado en que hallarían las partes si lo hubiera existido el acto nulo, y que no se logra si la cantidad de dinero pagado y la que se ordena devolver no son equivalentes en términos adquisitivos, por lo que para aproximar la situación al estado en que se encontraban la Administración y el particular cuando se dictó el acto administrativo o se efectuó el pago por CERT, debe ser en principio del mismo valor económico. Por esta razón se justifica como lo ordenó el Tribunal que la devolución se ordene con ajuste en su valor por la corrección monetaria pedida por el demandante, atendiendo al artículo 178 del C.C.A., según el cual cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta-. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor: Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4857. Actor: Banco de la República/Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Grandicón. Apelación de la sentencia del 28 de enero de 1993. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales-CERT FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 28 de enero de 1993, mediante la cual el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demandada en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el BANCO DE LA REPUBLICA contra los actos administrativos mediante los cuales reconoció y expidió a la sociedad GRANCOLOMBIANA DE INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A. GRANDICON certificados de Reembolso Tributario, "CERT" por valor de $96.248.000 más la suma de $89.24 que le fueron entregados el 29 de mayo del año de 1987, a través del Banco Cafetero.

ANTECEDENTES

El fondo Vial Nacional abrió la Licitación Pública Internacional No. 025-85 INT para efectos de contratar la ejecución de las obras civiles, necesarias para la construcción y pavimentación del sector El Antojo-Lupas-Caraza de la carretera Bogotá-Villavicencio.

La licitación fue adjudicada a la sociedad Grancolombiana de ingeniería y Construcciones S.A. GRANDICON, con quien se suscribió el respectivo contrato el 26 de junio de 1986, por un valor de $481.240.450.80.

El 15 de mayo de 1987 la contratista a través del Banco Cafetero presentó, con fundamento en el Decreto 1518 de junio 19 de 1984, la solicitud No. 729 para que se le expidieran CERT por valor de $96.248.090.16, equivalentes al 20% del Valor Agregado Nacional que había acreditado en su oferta, según certificación que en tal sentido le expidiera la contratante.

En atención a la solicitud formulada, el Banco de la República, entregó a la peticionaria, por conducto del intermediario financiero antes señalado, CERT por $96.248.000, más la suma en efectivo de $89.24, operación que se llevó a cabo el día 29 de mayo de 1987, sin tener en cuenta las circunstancias de que la solicitud se formuló cuando ya el plazo de seis (6) meses, señalado para el efecto por el artículo 11 literal d) del Decreto 636 de 1984, se había cumplido.

LA DEMANDA

Luego de exponer los antecedentes de la expedición de la Ley 48 de 1983, estima la actora que con la expedición del acto acusado se infringieron los artículos: 20 de la Constitución Nacional, 1o. y 11 de la Ley 48 de 1983; 1o., 2o., 3o., 4o., 7o. y 8o. del Decreto 1518 de 1984; Decreto 636 de 1984; especialmente el artículo 11 literal d); 1o. del Decreto 1355 de 1984; 1o. del Decreto 2847 de 1985 y el Decreto 222 de 1983, al considerar que la demandada, por no ser una proveedora de bienes nacionales, a término de las exigencias contenidas en los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 8o. y 9o. del Decreto 1518 de 1984, atendiendo a la definición que de bienes nacionales traía el Decreto 1355 de 1984 en su artículo 1o., no tenía derecho al incentivo tributario otorgado, toda vez que del término "proveedor" establecido en el artículo 1o. del Decreto 1518 de 1984, era sinónimo de productor o fabricante, tal como podía

concluirse de los antecedentes del artículo 11 de la Ley 48 de 1983, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 268, 270 y 272 del Decreto 222 de 1983.

Considera que la definición que de "sociedades proveedoras nacionales" contenía el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 1518 de 1984 tenía como finalidad simplemente la de excluir del beneficio del CERT a las sociedades o empresas extranjeras, que en un momento dado pudieran producir bienes nacionales. Si bien la Ley 48 de 1983 autorizó al Fondo de Promoción de Exportadores para financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales, defirió al reglamento la definición de bienes y servicios nacionales.

El Gobierno Nacional al expedir los Decretos 636 de 1984 y 1518 del mismo año, sobre CERT sólo se refirió a proveedores de bienes nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, pues en el parágrafo del artículo 2o. de éste último exigió para efectos del reconocimiento del CERT que las sociedades fueran colombianas, según el Código de Comercio y que suministrarán bienes nacionales.

Estima que la diferencia contenida en el artículo 11 de la Ley 48 de 1983 entre licitaciones internacionales abiertas en el exterior y abiertas en Colombia tiene por objeto señalar, para las primeras, la sola posibilidad de financiación y, para las segundas, además el derecho al CERT. Pues la finalidad del mecanismo del CERT es motivar y procurar la participación de nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, con el fin de ahorrar divisas, y de nada valdría si a la sociedad extranjera se le diera el incentivo, que acrecentaría sus utilidades que más tarde giraría al exterior como regalías. Considera que la norma y el régimen del CERT está definido dentro de claros criterios como incentivo generador de divisas.

Concluye que dados los requisitos exigidos por el Decreto 1518 de 1984 en concordancia con la Ley 48 de 1983 y el Decreto 636 de 1984, los contratos de ejecución de obra pública no tienen derecho al Certificado de Reembolso Tributario CERT, porque aún el Gobierno no ha señalado dicho beneficio para los proveedores de servicios nacionales, ya que el Decreto 1518 de 1984 sólo lo consagró para "proveedores de bienes muebles nacionales", en consecuencia los contratos de obras públicas (artículo 81 del Decreto 222 de 1983) quedan excluídos del beneficio, y por lo tanto la adjudicación hecha a la sociedad, con fundamento en dicha norma, no tenía derecho al CERT.

Sentada la premisa de que el contrato de obra pública no tiene derecho al CERT, califica de inocua la certificación expedida por el Fondo Vial Nacional sobre el valor agregado nacional acreditado en el contrato 255.

Por último aduce que la presentación de la solicitud del CERT fue extemporánea y que por lo tanto el acto acusado violó el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984 y los artículos 3o. y 8o. del Decreto 1518 del mismo año.

LA SENTENCIA APELADA

1) Cuestiones Procedimentales

El Tribunal no dio prosperidad a las excepciones propuestas por el demandado sobre ilegitimidad de personería sustantiva de la actora, cobro de lo no debido, indebida representación del demandante, ineptitud de la demanda y caducidad de la acción, porque como lo había definido la jurisprudencia:

El Banco de la República es una entidad de derecho público económico de naturaleza única, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 14 de 1973 al revisar la constitucionalidad de la Ley 7a. del mismo año y como lo reiteró el Consejo de Estado al analizar la constitucionalidad del Decreto Autónomo 340 de 1980. Jurisprudencia que sirvió de fuente para la expedición del Decreto Autónomo 386 de 1982, cuyo artículo 1o. define la naturaleza jurídica del Banco de la República como entidad de derecho público económico y naturaleza única, organizado como sociedad por acciones, con autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio propio.

Las decisiones del Banco de la República referidas a las actuaciones propias del derecho público, tal como se infiere del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo, son actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción.

Aunque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no aparece establecida expresamente para entidades públicas en contra de los particulares, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo como culminación de un desarrollo jurisprudencial, al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho otorgó su titularidad a toda persona sin hacer distinciones de ninguna clase y en consecuencia la podían ejercer todas las personas naturales y jurídicas, entre éstas las de derecho público.

El Banco de la República sí era titular de la acción contenciosa del artículo 85 con relación a los CERT, porque es atribución propia del Banco de la República expedir dichos títulos con las condiciones previstas en la ley y en los decretos que la desarrollan, en consecuencia el acto de reconocimiento es un acto administrativo que expresa la voluntad administrativa de reconocer los CERT. En consecuencia, si posteriormente éste se cree lesionado con el acto expedido, es titular de la acción al tenor del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Si el demandante es una entidad de derecho público, el término de caducidad es de dos años contados a partir de la notificación del acto: 29 de mayo de 1987 entregado al Banco Cafetero quien los acepta a nombre de los exportadores, en su condición de intermediario.

2) Aspecto de Fondo

Con fundamento en anteriores análisis sobre la materia, accedió a las súplicas de la demanda, y anuló los actos administrativos que otorgaron el CERT, al considerar que

según el contexto literal de las normas citadas como violadas por la actora, la demandada no tenía derecho al reconocimiento del beneficio tributario del CERT, porque el contrato celebrado fue de ejecución de obra pública y no de suministro de acuerdo con la calificación establecida por el Decreto 222 de 1983.

Accedió al reconocimiento de corrección monetaria pedida por la Administración, pero no al reconocimiento de intereses, atendiendo a la buena fe con que obró el demandado y al hecho de que hubo falla en la actuación de los funcionarios del Banco de la República al concederle el CERT sobre condiciones no autorizadas por la ley.

LA APELACION

La apoderada de la demanda

Al sustentar el recurso de apelación, alega la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, reitera la excepción de caducidad, porque lógicamente aunque la fecha de entrega del CERT fue el 29 de mayo de 1987 la decisión administrativa "**tiene**" que tener una fecha anterior a efecto de que se hubiera ejecutado.

Seguidamente expone que en su caso se dieron todos los parámetros de orden legal para obtener el beneficio fiscal establecido por el Decreto 1518 de 1984, y que no es cierta la conclusión a que llega el Tribunal, compartiendo los argumentos del Emisor, en el sentido de que los contratos de obra pública asignados mediante licitación internacional no tiene derecho al CERT. En defensa de los intereses de su procurada, reitera los argumentos expuestos en la primera instancia.

Además ha de tenerse en cuenta que la interpretación efectuada por el Banco de la República al reconocer los CERTS, fue efectuada en forma libre y espontánea, sin que se haya demostrado maquinaciones fraudulentas, dádivas o promesas o cualquier otra presión indebida de parte de GRANDICON S.A.

Alega que es injusto e inequitativo que se condene a la demandada a soportar todos los efectos negativos de la actuación del Banco de la República y del paso del tiempo, provocado directamente por el propio Banco al no incoar la acción sino más de dos años después de haberlos expedido, y que se le ordena devolver al Banco una serie de erogaciones que no efectuó, porque habiendo efectuado los descuentos tributarios en tiempo atrás, conforme a un acto administrativo que gozaba y goza aún de presunción de legalidad, el eventual beneficio lo fue hasta por la suma allí utilizada sin haberse beneficiado del ajuste monetario por inflación.

Pide adicionalmente se analice la circunstancia de haber pasado GRANDICON S.A., por un proceso concordatario sin que el Banco de la República se hubiera hecho presente con su "crédito" en el proceso concordatario. Para el efecto invoca los planteamientos que sobre el tema hace un juicioso abogado sobre el concordato, y la situación de las pretensiones de los acreedores frente a tal situación.

Pide se revoque la sentencia y se denieguen las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora

Al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos por la demandada al proponer la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y de caducidad de la acción, porque es imposible que el Banco de la República pueda agotar la vía gubernativa frente así mismo. Además, se pregunta: "Si el Banco de la República expidió el acto administrativo y lo ejecutó inmediatamente, cómo hubiera hecho para interponer ante si mismo el recurso de reposición y en subsidio de la apelación?.

No estaba caducada la acción el 26 de mayo de 1989, fecha de presentación de la demanda, porque como bien se deduce del acto administrativo que obra a folio 32 del expediente el 29 de mayo de 1987, el Banco Cafetero en su condición de intermediario se notificó y recibió los CERT, por lo que, el término establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, no estaba vencido.

La condena proferida por el Tribunal, es justa en cuanto ordenó devolver la suma entregada actualizada a valor presente, porque GRANDICON, recibió sin tener derecho los CERT, que podían convertirse en dinero, bien fuera por la bolsa o pagando impuesto con ellos, enriqueciéndose sin justa causa.

Si bien el banco reconoció a otros contratistas de obras públicas Certificados de Reembolso Tributario CERT, tales actos también fueron demandados, tal como lo informó el funcionario que atendió la inspección ocular que se llevó a cabo en la oficina del Departamento de Fiducia y Valores del Banco de la República.

No puede confundirse, como lo hace la apelante un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con un proceso concordatorio. Como tampoco pueden confundirse el acto administrativo con una acreencia para efectos de enervar el debate contencioso sobre el acto administrativo demandado, que goza de la presunción de legalidad hasta que las autoridades dispongan lo contrario.

La demandada

Al alegar de conclusión insiste sobre las excepciones propuestas: falta de agotamiento previo de la vía gubernativa y la caducidad de la acción, reiterando los argumentos expuestos en el memorial sustendatorio del recurso, porque el Banco de la República no pertenece a la órbita de las entidades públicas propiamente tales, como lo expresó el mismo Consejo de Estado en la sentencia del 23 de mayo de 1989, expediente NM-054 en relación con la vigilancia que sobre él podía ejercer la Procuraduría General de la Nación.

Además, la función que ejerce el banco con relación a los CERT, no es función pública, sino una función derivada de un contrato de administración celebrado entre el Gobierno Nacional y un ente regido por las normas propias del derecho privado, como

lo es la función de recaudación de impuestos que cumplen los bancos privados: contratada.

La excepción al plazo de caducidad para las entidades del derecho público, dada la naturaleza privada del Banco de la República, no lo cobijaba y en tal circunstancia debió presentar la demanda en el término de cuatro meses previsto en la ley para los particulares.

Con relación a la cuestión de fondo, insiste en su criterio sobre el derecho al CERT por la ejecución de contratos de obra pública, conforme con argumentos similares a los expuestos en la contestación de la demanda como al apelar.

Finalmente, estima que no era procedente, habiéndose consumado todos los efectos del acto de reconocimiento bajo el amparo de la presunción de legalidad, pretender una naturaleza resarcitoria integral de la acción de nulidad y del restablecimiento del derecho, que implique retrotraer todas las cosas al estado anterior a la expedición del acto administrativo mismo, desconociendo la buena fe del administrado.

Por demás el Banco de la República no presentó oportunamente su acreencia en el concordato de la demandada, por lo que ya no puede ejercer al respecto pretensión alguna.

Alega que si la decisión judicial hiciera posible tan inequitativa situación crearía un inexplicable antecedente para abrir camino al mecanismo de burla del sistema concordatorio en Colombia. Pide se revoque la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Séptima Delegada ante la Jurisdicción, luego de hacer el recuento de los hechos y peticiones de la demanda, como de los argumentos de defensa de la demandada, solicita se confirme la sentencia porque:

a) Son improcedentes las excepciones propuestas sobre caducidad de la acción y falta de agotamiento, porque basta señalar que el agotamiento de la vía gubernativa tiene como finalidad primordial, impedir la controversia ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que previamente la administración, pueda reestudiar el punto en discusión y pueda en un momento dado bien comfirmarlo o revocarlo, atendiendo a los argumentos expresados y las pruebas aportadas.

En el presente caso la Administración misma es la interesada en dejar sin validez el acto administrativo que considera ilegal, luego mal puede pretenderse que agote por si y ante si la vía gubernativa.

De otra parte el Banco demandante no sólo tenía el derecho a iniciar la acción correspondiente contra sus propios actos, expedidos irregularmente, sino la obligación

de hacerlo, a fin de lograr se restableciera el derecho vulnerado, previa nulidad del acto administrativo expedido, sin el lleno de los requisitos de ley.

En lo que atañe a la caducidad alegada por haberse instaurado la acción por fuera de los 2 años con que contaba la entidad gubernamental para hacerlo, observa que no obró dentro del expediente prueba alguna que desvirtúe la afirmación de la parte demandada en el sentido de que el acto administrativo cuestionado no fue expedido el 29 de mayo de 1987.

b) El Decreto 1518 de 1984 y concordantes, no se refirió a proveedores de servicios, sino que hizo única y exclusiva mención de los proveedores de bienes nacionales, lo que le permite informar con absoluta seguridad que el Gobierno Nacional sólo usó en forma restringida la facultad a él otorgada por la Ley 48 de 1983, por lo que siendo el contrato celebrado con el demandado el de obra pública no tiene derecho al CERT.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- **Procedimentales**

En relación a las excepciones propuestas por la demandada, esta Corporación comparte el concepto de la colaboradora fiscal y las razones expresadas por el *a-quo*, ya que, como en tales oportunidades se afirma, el agotamiento de la vía gubernativa tiene como finalidad permitir a la Administración que analice su propio acto a solicitud del tercero afectado con el mismo, a fin de que ésta pueda reestudiar el punto en discusión, para modificarlo, revocarlo o confirmarlo.

Pero expidió un acto administrativo de carácter particular y concreto, en el cual se reconozca un derecho al administrado, no puede la Administración entrar a revocar *motu propio* o directamente su propio acto, para modificarlo o dejarlo sin efecto, porque para que pueda ejercer tal atribución no basta que se den las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo: oposición manifiesta al ordenamiento jurídico superior, su inconformidad con el interés público o social, o que se cause un agravio a una persona, sino que exige la ley el consentimiento expreso y escrito del particular.

De otra parte, para efectos del agotamiento de la vía gubernativa no siempre es necesario una nueva discusión en tal sede porque, puede ocurrir que contra el acto no exista recurso, o que existiendo éste, no sea obligatorio.

Entonces si la Administración no tenía facultad para revocar su propio acto, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso no tenía que cumplir el requisito de un agotamiento de vía gubernativa, por sustracción de materia.

No prospera tampoco la excepción de caducidad propuesta porque el Banco de la República al otorgar el beneficio del CERT no ejerce una facultad dentro de la órbita

del derecho privado, como cree la apelante, sino una actividad del derecho público referida al otorgamiento de un incentivo tributario dentro de la política fiscal del Estado, orientada al cumplimiento de los objetivos señalados en la ley al crear y conceder el CERT.

Acto de otorgamiento del CERT, que implica la manifestación de voluntad de la Administración, en el sentido de otorgar o no el beneficio a una persona, por haber cumplido o no los requisitos establecidos en la ley para su reconocimiento, función esta tributaria que es de orden público, y que está regida por normas de derecho público como son la Ley 48 de 1983, el Decreto 1518 de 1984, 1355 de 1984 y 1356 del mismo año.

De otra parte, la naturaleza jurídica del Banco de la República como entidad de derecho público económico, de naturaleza única, está definida por el mismo legislador y si bien es cierto que las funciones típicas bancarias que realiza están sujetas a las reglas del derecho privado, como se precisó en la sentencia que cita la apelante, las funciones que desempeña dentro del ámbito del derecho público, siguen siendo públicas, así para su cumplimiento y ejecución hayan hecho necesaria la celebración de un contrato administrativo.

Si alguna duda quedaba sobre la naturaleza jurídica del Banco de la República, basta afirmar que la propia Constitución Política, hoy vigente, enseña en su artículo 371:

> "El Banco de la República ejercerá funciones de banca central. Estará organizado como **persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen legal propio.**
>
> "Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito, y **servir como agente fiscal del gobierno.** Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.
>
> "El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten." (Subraya la Sala).

Entonces, dada la calidad de ente de derecho público, del Banco de la República, tenía derecho al término de los dos años, previsto en el artículo 136 numeral 2o. del Código Contencioso Administrativo. Término que se cuenta a partir de la notificación, publicación o comunicación del acto administrativo, diligencia sin la cual carece de efectos legales.

Si la decisión administrativa de otorgamiento del beneficio tributario se dio a conocer al interesado el 29 de mayo de 1987, sólo a partir de este momento empezó a correr el término de caducidad y en consecuencia la demanda presentada el 26 de mayo de 1989, fue oportuna.

El Concordato y el Proceso Contencioso

Establecido que el acto de reconocimiento del CERT es un acto administrativo, su validez o nulidad ha de enjuiciarse frente a las normas vigentes, concomitantes a su expedición, sin que resulte procedente el análisis de hechos extraños acaecidos posteriormente que en nada enervan o inciden en la legalidad del acto cuestionado.

El problema referido a la oportunidad de la presentación de acreencias en un concordato potestativo u obligatorio o una quiebra, es asunto que compete a la justicia ordinaria y que escapa del control por parte de la jurisdicción contenciosa.

En consecuencia la Sala se abstiene de cualquier estudio sobre el tema por ser improcedente.

2.- **Aspecto de Fondo**

Constituye asunto fundamental en este proceso determinar si realmente al momento de expedir el Banco de la República el acto administrativo de reconocimiento del CERT, a la demandada, llenó o no ésta los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley para hacerse acreedora al beneficio mencionado, ya que la actora alegada que no, en virtud de dos hechos primordiales.

a) La improcedencia del reconocimiento, por no estar contemplado el beneficio tributario para los contratos de ejecución de obra pública.

b) La extemporaneidad en la solicitud.

Mediante la Ley 48 de 1983 el Congreso de la República estableció el marco, las pautas y los mecanismos a que debía sujetarse el Gobierno Colombiano con el fin de orientar el comercio exterior y entre ellos tuvo como horizonte, según lo señala su artículo 1o. numeral 1o.: "Promover las exportaciones de bienes y servicios, su diversificación, y estimular la industria y los sectores productivos nacionales."

Para este efecto, el artículo 2o. creó el Certificado de Reembolso Tributario CERT en reemplazo del Certificado de Abono Tributario "CAT", que con el mismo propósito había previsto el legislador extraordinario de 1967, al expedir, en desarrollo de las facultades otorgadas por la Ley 6a. de 1967, el Decreto Extraordinario 0444 contentivo del Régimen de Cambios internacionales y de Comercio Exterior. Y en el artículo 3o., señaló que el CERT sería un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones cuyos niveles fijaría el Gobierno de acuerdo con los productos y las condiciones del mercado a que se exportaran.

En el artículo 11 de la Ley 48 de 1983 extendió expresamente el beneficio tributario a los bienes y servicios colombianos en licitaciones internacionales, al disponer:

"De la fijación de bienes y servicios colombianos en licitaciones internacionales.

"Con el propósito de hacer competitivas las exportaciones de bienes y servicios del país, el Fondo de Promoción de Exportaciones "Proexpo", bajo las condiciones que el gobierno nacional establezca, podrá financiar la participación de proveedores nacionales de bienes y servicios en licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

"En este caso, el gobierno **también podrá apoyar a los proveedores** con el Certificado de Reembolso Tributario (CERT).

"En aplicación de este artículo, el gobierno nacional definirá que se entiende por bienes y servicios nacionales y, tratándose de sociedades, cuáles se consideran proveedores nacionales".

En desarrollo de lo ordenado en la Ley, el Gobierno Colombiano expidió el Decreto 636 de 1984, estatuto a través del cual precisó las características de los CERT y las condiciones para su expedición y entrega. Posteriormente expidió el Decreto 1518 de 1984, reglamentario de la Ley 48 de 1983, con el propósito de regular lo concerniente al beneficio del CERT a los proveedores nacionales favorecidos en la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia así:

"Articulo 1o..- Los proveedores de bienes nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos resultantes de licitaciones internacionales, abiertas por las entidades oficiales, para adquirir bienes financiados en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, tendrán derecho al Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, en las condiciones y términos establecidos en el presente decreto.

"Artículo 2o.- Para los efectos de este decreto se consideran bienes nacionales aquellos establecidos en el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984.

"Parágrafo.- Las sociedades, que conforme al Código de Comercio, sean colombianas y que suministren bienes nacionales en los términos establecidos por el presente artículo se considerarán, igualmente, proveedores nacionales.

"Artículo 3o.- La certificación, expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se refieren los artículos 1o. y 3o. darán derecho a la expedición del Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, por parte del Banco de la República.

"Artículo 4o.- El Banco de la República liquidará el monto del Certificado de Reembolso Tributario -CERT-, sobre el valor agregado nacional certificado conforme a lo establecido en el artículo 3o. del presente decreto.

"Artículo 8o.- **Las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario -CERT-**, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sean contrarias.

"Artículo 9o.- Las normas de este decreto se aplicarán en las licitaciones internacionales a que se refiere el artículo 1o., y que se abran con posterioridad a la fecha de su expedición."

Posteriormente expidió el Decreto 2847 de 1985, cuyo artículo 1o. dice:

"El artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984, quedará así:

"Para los efectos de la aplicación del Titulo X del Decreto 222 de 1983, son bienes de origen nacional aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual o inferior al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos."

Del contexto literal de las normas transcritas, especialmente del artículo 11 de la Ley 48 de 1983 se infiere en principio, que tienen derecho al CERT, los proveedores nacionales favorecidos con la adjudicación de contratos en licitaciones internacionales abiertas en Colombia por entidades oficiales, para adquirir bienes financieros en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o con instituciones financieras internacionales de carácter público, que suministran bienes o servicios.

No obstante como el artículo 11, último inciso de la Ley 48 de 1983, concedió facultad al Gobierno para definir que se entiende por bienes y servicios nacionales y éste al desarrollarlo y expedir el Decreto 1518 de 1984, artículo 2o., sólo señaló que se entendía por bienes nacionales, remitiéndose para el efecto a lo ya establecido por el artículo 1o. del Decreto 1355 de 1984 (modificado por el artículo 1o. del Decreto 2047 de 1985), que a su vez define para los efectos de la aplicación del Título X del Decreto 222 de 1983, como bienes de origen nacional, aquellos producidos en el país para los cuales el valor FOB libre a bordo de los insumos, materias primas y bienes intermedios importados para la elaboración de los bienes objeto de contratación sea igual al 50% del valor exfábrica de los bienes terminados ofrecidos, no puede concluirse que los proveedores de servicios y mano de obra nacional favorecidos con adjudicación de los contratos de obra pública tengan derecho al reconocimiento del CERT.

Si bien puede afirmarse en términos generales que cuando la ley se refiere a "bienes" el término podría comprender tanto las cosas corporales muebles o productos como los inmateriales, como enseña el artículo 653 del Código Civil, y dentro de este concepto caben perfectamente los servicios, la tecnología, la asistencia técnica, etc, que como suministros de conocimientos especializados, son verdaderos bienes avaluables en dinero y susceptibles de ser suministrados y exportados, como claramente lo enseña el artículo 11 de la Ley 48 de 1983, y con anterioridad lo precisaba el Decreto 444 de 1967, el Gobierno, atenidos los vocablos bienes y servicios contenidos en la Ley 48 de 1983, sólo reglamentó lo concerniente a los bienes materiales o corporales.

En consecuencia, el contratista favorecido con la adjudicación de un contrato de obra pública, resultante de una licitación internacional abierta por entidad pública,

financiada en virtud de convenios suscritos con organismos gubernamentales de crédito de otros países o instituciones financieras internacionales de carácter público mientras el Gobierno no reglamente el beneficio tributario para los mismos, no tiene derecho al CERT.

Adicionalmente el potencial beneficiario del incentivo tributario en licitaciones internacionales, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley, entre ellos, el de oportunidad de los seis meses previsto en el Decreto 636 de 1984, en la presentación de la solicitud, porque como repetidamente lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984, transcrito; prevé la aplicación de las disposiciones generales sobre el CERT a las materias no reguladas en el decreto reglamentario, por lo que, los CERT para proveedores nacionales, en licitaciones internacionales, se rige también por lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 636 de 1984, sin descuidar claro está, las circunstancias especiales de los CERTS que pueden solicitar uno y otros, y de los requisitos que deben cumplir en cada caso, tal como se precisó en la sentencia del 30 de julio de 1993, expediente 4685, reiterada en el fallo de enero 28 de 1994, expediente 4971, donde con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, dijo la Sala:

> "Al respecto y así como lo señaló el Tribunal en el fallo de primera instancia, esta Corporación a través de la providencia de 24 de julio de 1992, expediente 3937, consideró que los proveedores nacionales en licitaciones internacionales les era aplicable el término de los seis (6) meses previsto en el Decreto 636 de 1984, en los siguientes términos que ahora reitera.
>
> "Mediante la Ley 48 de 1983, ley marco de comercio exterior, se creó el Certificado de Reembolso Tributario en sustitución de los certificados de Abono Tributario C.A.T., "en las condiciones previstas en esta ley y, en los decretos que la desarrollen". (Art. 2o.).
>
> "De acuerdo con lo anterior, el Gobierno expidió el Decreto 636 de 1984 por medio del cual "se reglamenta el Certificado de Reembolso Tributario CERT y se dictan otras disposiciones relacionadas con las exportaciones" y en su artículo 11 estableció los requisitos que deben cumplir quienes soliciten la expedición y entrega de CERT y dentro de dichos requisitos está el relativo a que la solicitud de entrega de los Certificados, se presente dentro de un plazo máximo de 6 meses contados a partir de la fecha del respectivo reintegro de divisas.
>
> "Lo anterior dentro de la reglamentación general de los CERT.
>
> "Como la misma Ley 48 de 1983, en su artículo 11 previó la existencia de CERT para proveedores colombianos participantes en licitaciones internacionales, el Gobierno expidió el Decreto 1518 de 1984 mediante el cual "...se reglamenta el Certificado de Reembolso Tributario CERT para los Proveedores Nacionales en Licitaciones Internacionales abiertas en Colombia."

"De este último Decreto es del caso citar sus artículos 3o. y 8o. los cuales disponen que:

"Articulo 3o. La certificación expedida por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y determinado con arreglo al artículo anterior, junto con copia autenticada del contrato perfeccionado, presentados por las personas a que se refieren los artículos 1o. y 2o. darán derecho a la expedición del Certificado de reembolso Tributario, CERT, por parte del Banco de la República."

"Artículo 8o. **Las disposiciones generales sobre el Certificado de Reembolso Tributario, CERT, se aplicarán en las materias no reguladas en este decreto, en cuanto no les sea contrarias.**" (Subraya la Sala).

"De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que:

"Se crearon Certificados de Reembolso Tributario para los exportadores y para los proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia y respecto de los últimos, existe una reglamentación especial que según el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984 se completa en las materias no reguladas, por las disposiciones generales sobre los Certificados de Reembolso Tributario, en cuanto no le sean contrarias y en virtud de dicha remisión el tema de los requisitos, no regulados en la norma especial, para los CERT de proveedores nacionales se rige por las normas generales, es decir, por el artículo 11 del Decreto 636 de 1984.

"Desde luego que en dicha aplicación es necesario tener en cuenta, la especialidad de los CERT que pueden solicitar los proveedores nacionales, en frente a los que pueden solicitar los exportadores y ésta la razón por la cual la norma remisoria prevé su aplicación, "en cuanto no le sean contrarias."

"Así no puede exigirse a los proveedores nacionales, el cumplimiento de aquellos requisitos que sólo pueden cumplir los exportadores como el reintegro de divisas, la entrega de copia del formulario único de exportación o ausencia de investigación administrativa o penal relacionada con la autenticidad o legalidad de la exportación, pero si es aplicable, en cuanto no es contraria, la exigencia de que la solicitud de entrega de los CERT se presente dentro de un plazo máximo de 6 meses.

"Y es que se trata además de un requisito que corresponde a la necesidad de que tal reconocimiento a cargo del Estado, no quede indefinido en el tiempo y sometido al capricho del proveedor nacional, con las consecuencias de hacer más gravosa la obligación estatal.

"Así como el exportador tiene un límite en el tiempo para presentar su solicitud de CERT, también lo tiene, en virtud de la remisión que se hace a las normas

generales, el proveedor nacional que participa en licitaciones internacionales abiertas en Colombia.

"Y desde cuándo debe contarse el plazo de 6 meses a que se refiere el artículo 11 del Decreto 636 de 1984? Tal como lo anota el demandante, no puede ser a partir del reintegro de divisas, ya que este hecho no se da en el caso de los proveedores nacionales, beneficiarios de los CERT.

"Sobre este punto específico la actora afirma que debe ser desde la liquidación del contrato mientras que en la sentencia recurrida se afirma, de acuerdo con la Administración que debe contarse desde la fecha de perfeccionamiento del contrato.

"La Sala comparte este último criterio, toda vez que de acuerdo con la misma reglamentación de los CERT para proveedores nacionales, así puede establecerse, en efecto, el Decreto 1518 de 1984 dispuesto que el valor del CERT se liquidaría sobre el valor de **la oferta** de bienes y servicios y no sobre el precio final. Por otra parte, la misma norma establece la obligación para el proveedor de otorgar una garantía ante el Banco de la República por el mismo valor del CERT, precisamente para garantizar el cumplimiento del contrato y la cual se cancela cuando se compruebe la entrega de los bienes. (Artículos 3o., 4o. y 6o. del Decreto 1518 de 1984).

"Lo anterior indica claramente que el hecho que debe tenerse en cuenta para contabilizar los seis meses en cuestión es el perfeccionamiento del contrato, ya que el trámite y los requisitos consagrados en la norma, a los cuales se ha hecho referencia, tiene en cuenta la oferta, la copia del contrato y sus términos para determinar el valor del CERT y su reconocimiento, y en cuanto a la ejecución del contrato exigen solamente su garantía, sin referirse para ningún efecto a la liquidación del mismo..."

"Por otra parte, el argumento propuesto por la parte actora desde la demanda y luego en la apelación, en el sentido de que los proveedores nacionales en licitaciones internacionales abiertas en Colombia "tienen derecho al CERT", siempre que comprueben los hechos a través de la certificación expédita por la entidad licitante sobre el valor agregado nacional acreditado en la oferta y la copia del contrato perfeccionado, se podría aceptar, si las normas no establecieran ciertos requisitos necesarios para la expedición y entrega de los CERT.

"Por el solo hecho de que el artículo 3o. del Decreto 1518 de 1985 utilice los términos de que ciertos documentos "...darán derecho a la expedición..." de los CERT no queda sin efectos la remisión ya precisada a las normas generales y entre ellas a la de los requisitos.

"Pero es que aún en el caso de los exportadores, el artículo 2o. del Decreto 636 de 1984 dispone que "las exportaciones legal y efectivamente realizadas, el

reintegro de las divisas correspondientes y la respectiva solicitud formalmente presentada por el exportador originarán **la obligación a cargo del Banco de la República, de expedir y entregar al exportador** los Certificados de Reembolso Tributario" (Se subraya) y luego consagra los requisitos ya mencionados, en su artículo 11.

"Podría aceptarse que, según el citado artículo 2o. del Decreto 636 de 1984, el Banco de la República tiene **la obligación** de expedir y entregar los CERT y el exportador **el derecho** a ellos, sin el cumplimiento de los requisitos previstos expresamente consagrados en el artículo 11?

"A juicio de la Sala, no es posible tal interpretación, el reconocimiento que hace la norma de los CERT, está condicionada al cumplimiento de los requisitos que en ella misma se consagran, ya sea directamente en el caso de los exportadores, o a través de la remisión a las disposiciones generales, en el caso de los proveedores nacionales y por eso como bien lo anota el *a-quo*, su reconocimiento no es automático, sino que exige valoración por parte de la Administración.

"De acuerdo con todo lo anterior, concluye la Sala, que el plazo máximo de 6 meses previsto en el literal d) del artículo 11 del Decreto 636 de 1984, para presentar la solicitud de CERT es aplicable a los proveedores nacionales que participen en licitaciones internacionales abiertas en Colombia, contados desde el perfeccionamiento del respectivo contrato.

"Lo anterior en virtud de la remisión expresa que el artículo 8o. del Decreto 1518 de 1984 hace a las disposiciones generales, en **materias no reguladas** (como los requisitos) y en cuanto no le sean contrarias."

De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que el demandado presentó la solicitud para el reconocimiento del CERT después de los 6 meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, encuentra la Sala acertada la decisión del *a-quo* en cuanto declara la nulidad del acto acusado y el consiguiente restablecimiento del derecho.

3.- **Ajuste al valor presente y pago de intereses**

Dentro de las pretensiones segunda y subsidiarios el actor plantea como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que otorgan el CERT, que a título de restablecimiento del derecho se declare que el demandado está obligado a devolver al Banco de la República el valor pagado equivalente a $96.248.000, más la suma de $89.24, más los intereses corrientes desde el 29 de mayo de 1987, hasta el día en que se efectúe la devolución, y la corrección monetaria correspondiente a dichas sumas en razón de la depreciación monetaria calculada con base en el índice de precios al consumidor para el mismo período.

Aunque el actor al formular la petición de reconocimiento de interés corriente y de la Corrección monetaria no invoca norma alguna, como lo ha precisado en repetidas

oportunidades la Sala es de suponer que el reconocimiento de intereses tuvo por fundamento el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, norma de aplicación preferente sobre los artículos 177 y 178 *ibídem* porque se refiere a los procesos relacionados con "impuestos tasas, contribuciones o multas que se exijan, o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público" y el caso aquí debatido se refiere a incentivos tributarios.

No obstante, no es posible acceder al reconocimiento de los intereses pedidos en razón de que con posterioridad a la interposición de la demanda se expidió el fallo del 25 de julio de 1991, expediente 2273 de la Corte Suprema de Justicia, que declaró inexequible la parte de este artículo que ordenaba devolver las sumas depositadas con intereses comerciales corrientes.

Además, la petición simultánea de intereses desde la fecha del pago, junto con la actualización por corrección monetaria constituye una aspiración a un doble restablecimiento del derecho.

Estima la Sala que a cambio de la norma especial antes citada que regula el aspecto indemnizatorio de los procesos de impuestos a que se refiere el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo, resultan aplicables los artículos 177 y 178 del mismo código sobre cumplimiento del fallo, en cuanto la sentencia imponga una condena consistente en reintegrar los dineros previamente recibidos por el demandado, mientras no se regule la materia por norma especial, aclarando previamente que el reconocimiento a valor presente de la devolución que se ordena es inherente a la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cuya finalidad está expresamente consagrada por la ley, cuando autoriza a la persona lesionada en un derecho amparado con una norma jurídica, para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho". Derecho que sólo se restablece en virtud de la nulidad judicial declarada restituyéndolo al mismo estado en que hallarían las partes si no hubiera existido el acto nulo, y que no se logra si la cantidad de dinero pagado y la que se ordena devolver no son equivalentes en términos adquisitivos, por lo que para aproximar la situación al estado en que se encontraban la Administración y el particular cuando se dictó el acto administrativo o se efectuó el pago por CERT, debe ser en principio del mismo valor económico.

Por esta razón se justifica como lo ordenó el Tribunal que la devolución se ordene con ajuste en su valor por la corrección monetaria pedida por el demandante, atendiendo al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor.

Se reitera así la jurisprudencia expuesta en sentencia de 18 de marzo de 1993, que señala:

> "En esta forma la Sala ve sustituido el sistema **especial** para impuestos y multas (devolución con intereses comerciales, del artículo 140 C.C.A., que la Corte declaró inexequible) dando aplicación así a la norma **general** consagrada en los artículos 177 y 178 del C.C.A., en la medida que la sentencia contenga una disposición de carácter condenatorio y no simplemente constitutivo" (Expediente 4490, Actor Fábrica Slaconia Limitada, Ponente doctor Jaime Abella Zárate).

En consecuencia la sentencia del Tribunal que así lo ordena merece confirmación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 28 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 498.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ACTO DEFINITIVO/SOBRANTE-Traslados/**SOBRANTE-**Compensación

El apelante parte de una premisa equivocada, al considerar las autorizaciones de traslados plasmadas en las solicitudes correspondientes, como actos administrativos definidos, cuando sólo son actos de autorización, cuyo alcance no va más allá de lo que ella significa, la orden para que los saldos créditos se apliquen a una tercera persona diferente de los titulares originarios de los mismos, lo cual presumen naturalmente la existencia de los supuestos saldos en cabeza de la cedente, cuya verificación, como se observa, es de competencia del Jefe de la División del Recaudo, quien profiere el acto administrativo definitivo. Como quiera que la validez de los traslados está condicionada necesariamente a la existencia de los créditos cedidos en cabeza de las sociedades cedentes, aquéllos *per se* no constituyen un acto administrativo de carácter particular y concreto creador de una situación jurídica particular, para desviar el fondo del asunto relacionado con la "veracidad de los sobrantes objeto de los traslados" y base de la compensación ulterior que pretende hacer valor la actora. Ahora bien, es cierto que el artículo 18 del Decreto 2579 de 1983 permitía a los contribuyentes compensar "los pagos en exceso por concepto de impuesto de renta", pero, pasa por alto el libelista que la norma también exigía que tales pagos en exceso debían encontrarse demostrados en la declaración de renta del año gravable, por tanto, es improcedente pretender el reconocimiento de una compensación de sobrantes siendo éstos inexistentes, puesto que es claro que la ley exige que los mismos estén demostrados, y al establecer la oficina competente la inexistencia de los mismos, cae por su base la pretendida compensación.

PAGO-Requisitos/**COMPENSACION**-Requisitos

El pago del impuesto sólo se entiende realizado, en la fecha "en que los valores imputables hayan ingresado a las Oficinas de Impuestos Nacionales o a los bancos autorizados como simples depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, o que resulten como saldo a su favor por cualquier concepto "atribuyéndose a las imputaciones hechas en los correspondientes comprobantes de recibo, un carácter "provisional" lo que significa que es "revisable", reformable o revocable, si se establece que por cualquier circunstancia, el pago o la compensación carece de eficacia legal, por no haber ingresado efectivamente al Tesoro Nacional, las sumas supuestamente pagadas o compensadas" como lo advierte la Administración en la resolución que resolvió el recurso de reposición.

CESION DE CREDITOS/CODIGO CIVIL-Inaplicabilidad/**CONVENIO PRIVADO**-Inoperancia/**ADMINISTRACION TRIBUTARIA**

En lo que concierne con las normas del Código Civil relativas a la cesión de créditos entre particulares, se estima que éstas no son aplicables a la Administración Pública, pues de una parte el citado Código Civil de la Nación no regula las relaciones jurídicas de la Administración del Estado con los particulares, y de otra parte, las facultades y potestades administrativas , se someten a las leyes especiales sobre la materia. Se precisó que las disposiciones del Código Civil aplicables en cierta forma a la Administración son aquellas que se refieren al estado civil de las personas, sus bienes obligaciones, contratos y acciones civiles, pero no las administrativas, ni el régimen de los créditos del Estado en favor de los particulares. Si bien de los pactos o convenios privados están destinados, naturalmente, a producir efectos "interpartes" por el principio de la normatividad de las cláusulas contractuales de que trata el artículo 1602 del Código Civil, no es previsible que tales convenciones le sean oponibles a la Administración Tributaria, en su condición de tercero ajeno a éstas, ni menos que deba responder por las consecuencias funestas de las mismas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor: Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4902. Actor: Sociedad Aseguradora Gran Colombiana de Vida S.A. Impuestos -Renta- Traslado Excedentes. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la SOCIEDAD ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA DE VIDA S.A., contra la sentencia del 2 de abril de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la mencionada sociedad para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos de Bogotá le negó el traslado de excedentes de impuestos de terceros para pagar impuestos de la cesionaria por los años gravables de 1984 y 1985.

ANTECEDENTES:

Mediante solicitudes radicadas ante la Administración de Impuestos de Bogotá, con fechas 27-06-85 y 16-08-85, las sociedades Industria Rosgub Ltda., y B. Lugart y Calle Ltda., trasladaron (cesión) a la Sociedad Aseguradora Gran Colombiana de Vida S.A., la suma de $14.800.000, respectivamente, o sea un total de $29.600.000 de sobrantes en el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1980.

Posteriormente, la Sociedad Aseguradora Gran Colombiana de Vida S.A., previos los trámites y requisitos exigidos solicitó a la citada Administración aplicar los créditos fiscales que le cedieron las Sociedades anteriormente mencionadas para pagar por compensación sus impuestos de renta y complementarios correspondientes a los períodos gravables de 1984 y 1985.

Legalizado el trámite anterior, la sociedad con fecha 4 de diciembre de 1985, solicitó la expedición de veinte (20) certificados de paz y salvo, por concepto de impuestos de renta y complementarios.

Por oficio No. DR-1071, la División de Recaudo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, negó la expedición de los paz y salvos solicitados, por carencia absoluta de los saldos créditos objeto de las compensaciones efectuadas a Aseguradora Gran Colombiana S.A.

En memorial del 20 de diciembre de 1985, dirigido a la División de Recaudo de la mencionada Administración, la Sociedad actora con fundamento en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación oportunidad en la cual reiteró la solicitud para que se expidieran los paz y salvos inicialmente solicitados, alegando que la Administración no podía desconocer los actos administrativos (formularios oficiales, refrendados por el Jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y con aprobación del Delegado de la Contraloría General de la República) en los cuales reconoció la existencia de los créditos a favor

de las sociedades cedentes (Industrias Rosgut Ltda., y B. Lugar y Calle Ltda.), los cuales a su vez respaldan la compensación solicitada por ella para el pago de los impuestos de renta por los años gravables de 1984 y 1985.

Por resolución No. 001 del 3 de enero de 1986, la oficina en mención, negó la petición anterior, porque encontró demostrado y probado en la investigación adelantada por la Sección de Visitaduría que las sociedades supuestamente cedentes, no tenían saldos a favor de ninguna naturaleza susceptibles de darse en compensación; y que en el caso, era aplicable los artículos 106 y 107 del decreto 1651 de 1961, según los cuales toda imputación de pago tiene carácter "provisional".

El recurso de apelación quedó resuelto mediante la resolución No. 004 del 5 de marzo de 1988, en la cual con similares argumentos se confirma la resolución recurrida.

LA DEMANDA:

En vista de los hechos anteriormente descritos, la Sociedad Aseguradora Gran Colombiana de vida S.A., acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que se declare la nulidad del oficio No. DR-1071 del 12 de diciembre de 1985, y de las resoluciones Nos. 001 del 3 de enero de 1986 y 004 del 5 de marzo del mismo año, y para que se ordene a título de restablecimiento del derecho, "abonar en su cuenta corriente los saldos o sobrantes de impuestos adquiridos con ocasión de los traslados a su favor y autorizados por la Administración de Impuestos..."; la expedición de los paz y salvos de impuestos puesto que realizó el pago mediante las compensaciones autorizadas y el pago de los perjuicios ocasionados por la falla de la Administración en el cumplimiento de su deber.

En el capítulo de la demanda denominado "Fundamentos en derecho, normas violadas y concepto de violación" el libelista explica que el proceder acusado es violatorio de los artículos 16, 20 y 63 de la Constitución Nacional, por incumplimiento del deber legal de abonar las sumas de dinero a favor de su poderdante y no declarar extinguidas las obligaciones tributarias por compensación, no obstante haberse presentado los correspondientes formularios con los cuales se formalizaron las correspondientes cesiones autorizados y refrendados por el jefe de la Sección de Cuentas Corrientes. Por lo que estima que incurrió la Administración en falla de servicio y omisión en el ejercicio de las funciones.

Agrega, que aceptando la tesis de la Dirección de Impuestos según la cual la "cesión de créditos" para cancelar obligaciones fiscales, se trata más de una novación de deudor, se estaría desconociendo los artículos 1630 y 1694 del Código Civil, por cuanto tanto las sociedades cedentes, como la Administración de Impuestos y la cesionaria aceptaron la presunta innovación quedando virtualmente perfeccionada razón por la cual se extinguieron las obligaciones por mandato del artículo 1625 ib., y al eludir la Administración su responsabilidad transgredió también el artículo 1630 ib.

De igual modo considera que se ha violado el artículo 18 del decreto 2579 de 1983 que "permite a los contribuyentes cancelar los impuestos mediante el sistema de compensación cuando tenga exceso en su favor" ya que la Administración aceptó y autorizó los traslados que las sociedades B. Lugard y Calle Ltda., e Industrias Rosgub Ltda., hicieron en favor de la Sociedad Aseguradora Gran Colombiana de Vida S.A., también autorizó que ésta trasladará los excedentes de un año gravable a otro, por lo que al desconocer luego la compensación violó la disposición en cita.

Por último señaló como violados, los artículos 251, 252 y 264 del Código Civil, al afirmar la Administración en los actos acusados que los formularios suscritos y refrendados por ella misma "carecen de toda validez y los saldos que recibió la Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., eran inexistentes porque los correspondientes formularios expedidos por la Unidad de Recaudo No. 5, son documentos públicos y por ende se presumen auténticos; la declaración contenida en ellos en el sentido de que el jefe de Cuentas Corrientes autorizaba el abono en cuenta de la Aseguradora Gran Colombiana de Vida S.A., está probada, y porque la única forma de desvirtuar la autenticidad de éstos hechos es probando la falsedad material de los documentos que su representada tiene en su poder.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de fecha 2 de abril de 1993, negó las súplicas de la demanda, amparado en sentencia de esa Corporación del 4 de diciembre de 1992, en la que se decidió idéntico tema, con fundamento en sentencia de ésta Corporación del 27 de julio de 1985, en la cual con ponencia del Doctor Jaime Abella Zárate, dijo la Sala:

"...A) Violación de los artículos 1959 a 1966 del Código Civil.

"....." se concreta la controversia en decidir si con ello se restringió ilegalmente el derecho a la cesión de un crédito de que es titular el ciudadano y deudora la Administración, violando lo dispuesto en el C.C.

"Puesto que los artículos 1959 a 1966 del C.C., regulan la transmisión de créditos personales de carácter civil, sus condiciones y efectos no resultan aplicables a la cesión de derecho sujetos a otras normas como expresamente declara el artículo 1966 citado. Siendo la obligación tributaria de creación legal, corresponde igualmente al legislador regular todas las relaciones jurídicas que surgen entre el Estado, el contribuyente y los terceros, por efecto de la norma que impone el tributo.

"Los convenios entre particulares no son oponibles al Fisco. **La recaudación de tributos implica el ingreso de fondos al erario público, cuyo manejo no puede efectuarse sino de conformidad con la ley. No pueden invocarse los preceptos del Código Civil para obligar a la Administración a reco-**

nocer efectos a la cesión de créditos, porque ella no puede actuar como acreedora o deudora según dichas previsiones sino de acuerdo con las normas de derecho público que rigen su actividad, en la cual entrelazan aspectos administrativos, contables y obligacionales que escapan al campo de las regulaciones propias de las relaciones que surgen del acuerdo de voluntades en el derecho privado, por el principio de la autonomía. (Subraya del texto).

"...B) Violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.

"El derecho del contribuyente sobre las sumas pagadas en exceso de los que legalmente le corresponde no se desconoce en la Orden impugnada. Ella se limita a corregir el error en que incurrió la anterior y establecer los trámites conforme a los cuales deben compensarse las deudas de un contribuyente con los saldos a su favor, o devolverse dichos saldos conforme a las normas sobre la materia. Consecuentemente no viola los preceptos constitucionales invocados, que obligan a las autoridades a proteger a las personas en sus bienes y amparar los derechos reconocidos en las leyes.

"...C) Violación del artículo 120-3 de la Constitución Nacional.

"Dadas las limitaciones constitucionales a la actuación de los funcionarios públicos y teniendo en cuenta las normas legales aplicables, invocadas ahora por el delegado de la dirección de Impuestos Nacionales y analizada igualmente por la Representante del Ministerio Público, no cabe duda que la orden Administrativa 0002 de junio 27 de 1985, vino a corregir la extralimitación en que incurrió el Director de Impuestos al dispone (sic) el traslado de saldos de la cuenta de un contribuyente a la de un tercero, distinto del cónyuge, mediante una cesión no prevista en las normas sobre extinción de las obligaciones tributarias, recaudo e imputación de fondos en poder de la Administración.

"En efecto, la Orden Administrativa 0002 de 1985 contiene instrucciones de carácter general tendientes a la aplicación de las normas que regulan la aplicación de saldos a favor del contribuyente o su devolución de acuerdo con las facultades que al Director de Impuestos Nacionales le corresponden para efectos de definir los aspectos técnicos de su ejecución, según lo previsto en el artículo 3o. acápite E) del Decreto 074 de 1976... (se subraya) (Boletín No. 910 I.C.D.T. 4 de Mayo de 1987)".

"A su vez ha precisado igualmente dicha Corporación en reciente fallo que para la "autorización o permiso o consentimiento para aplicar los supuestos saldos suponía la existencia de los mismos. La causa determinante de la voluntad administrativa era esa. Si esa causa no existía, la autorización decaía forzosamente. *Sublata causam tollitur effectum"* (Exp. 1426-sentencia de Mayo 30 de 1988. Consejero Ponente Doctor Hernán Guillermo Aldana).

"Ahora bien, en el caso presente, con vista en los actos acusados, obrantes en el proceso y antecedentes, en especial la **resolución No. 00041 del 23 de mayo de 1988**, con la cual se resuelve el recurso de apelación y agota la vía gubernativa, por parte de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, (folios 45 y 46 c.p.), en concepto del Fiscal 6o., los aspectos en controversia se encuentran legalmente expuestos y deben mantenerse, alencontrar (sic) éste despacho del Ministerio Público-que dicha actuación se ajusta a las consideraciones jurisdicciones antes referidas, fundamentalmente en cuanto -a la necesidad de la existencia de saldos a favor-para la aplicación respectiva, situación por demás no desvirtuada dentro del proceso".

"A lo anterior se agrega, que en resumidas cuentas la negativa por parte de la administración en abonar las sumas de dinero a favor de la demandante y declarar extinguidas las correspondientes obligaciones tributarias por compensación, fue la advertida falta de saldos a favor de la entidad cedente, situación bien explicada por la oficina Gubernamental y no desvirtuada por la sociedad contribuyente, agregando que era a los interesados y especialmente a la sociedad hoy demandante, a quien le correspondía adquirir la total certeza sobre la real existencia de los saldos. Así las cosas no se advierte que los actos acusados hayan violado los artículos 16, 20 y 63 de la Constitución Nacional, ni mucho menos los artículos 235 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal...

"Por último no encuentra la Sala, que la actuación administrativa, haya violado el principio de las formalidades administrativas ya que el inicio de una actuación administrativa no necesariamente implica que debe concluir con una decisión favorable al peticinario, precisamente para ello se idearon los recursos es decir, para que en un momento determinado se impugnen los actos que son adversos a las pretensiones de los peticionarios". (expediente No. 6480, Demandante: Compañía Mundial de Seguros S.A.)".

Así mismo estimó el *a-quo*, que la prueba testimonial invocada y decretada en nada modificaba la situación de la sociedad demandante habida cuenta que los diversos testimonios nada aportaban al debate y antes por el contrario, reforzaban la decisión adversa a las pretensiones de la demanda.

También tuvo en cuenta el *a-quo*, la sentencia proferida por ésta Corporación del 25 de enero de 1993, expediente No. 4222, Actor: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, en la cual manifestó la Sección:

"Ninguno de estos documentos pueden considerarse idóneo para probar la realidad de los saldos a favor de las entidades cedentes y menos aún para desvirtuar los resultados de las investigaciones adelantadas por la Sección de Visitaduría de la misma Administración de Impuestos, en donde por el contrario, se estableció que aquéllos eran inexistentes, según se hace constar en las mismas

providencias impugnadas ante la jurisdicción por las razones allí expuestas y no refutadas.

"Tampoco se encuentra demostrado dentro del expediente que aquellos saldos créditos se hubieran efectivamente imputado en algún momento a la cuenta corriente de la sociedad cesionaria.

"En los términos de los artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961, estatuto de procedimiento aplicable para el caso que es materia de controversia, la fecha de pago de un impuesto es aquella en que los valores imputables ingresan afectivamente a las arcas oficiales o a los bancos autorizados para el efecto. Aún en el caso de que se reciban inicialmente como simples depósitos, buenas cuenta, retenciones en la fuente o que resulten como saldos a favor por cualquier concepto; y las imputaciones que se hubieran hecho a un determinado período gravable, tenían carácter provisional.

"Los "Estados de Cuenta" o en su defecto los Certificados de Paz y Salvo, expedidos en julio, agosto y diciembre de 1985, a que alude la demandante y cuya existencia no se encuentra probada dentro del expediente, no significa que las imputaciones se hubieran efectuado realmente, puesto que tales certificados, de acuerdo con el artículo 121 del citado estatuto, no liberan el pago de las deudas a cargo en la fecha de expedición y sólo por excepción y en la forma que prescribiera la División de Impuestos, tenían el carácter de Finiquito.

"Por lo anterior resultan improcedentes los cargos de violación de las disposiciones que el actor señala como infringidas, teniendo en cuenta además que en materia tributaria no tiene cabida la noción de derechos adquiridos previstas en el artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886, como reiteradamente también lo ha dicho la Sala, y que los Artículos 1694 y 1714 del Código Civil, cuya aplicación según el artículo 3o. el mismo Código Civil se refiere a las relaciones de los particulares en sus asuntos civiles sin que sea aplicable en su integridad a las relaciones de los particulares con el Estado. Tanto el establecimiento de los créditos a cargo de ésta así como su cesión y una eventual compensación son figuras que se rigen por normas de derecho público a las cuales están sujetos los funcionarios y no por las del Código Civil.

"La Oficina de Impuestos tampoco cuestionó la autenticidad de ningún documento público, se limitó a negar la solicitud de traslado de los presuntos créditos fiscales de terceros, por falta de haberse comprobado su existencia, lo que no implica, como afirma el Agente del Ministerio Público quebrantamiento de los artículos 251, 252 y 264 del Código de Procedimiento Civil, no siendo por ello aceptable ese cargo".

LA APELACION:

El apoderado de la sociedad demandante en la sustentación al recurso de apelación manifiesta que el fallo del Tribunal contiene graves errores de apreciación e insiste en la validez de los traslados para el pago de los impuestos.

En cuanto al primer aspecto sostiene el apelante que los documentos mediante los cuales se realizaron los traslados de saldos a favor de terceros a cabeza de Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., son actos administrativos, porque la realización de tales traslados culminaron con la expedición de documentos públicos en los cuales consta la autorización y orden de traslado sin condicionamiento alguno. Por tanto para él, son actos administrativos definitivos y no de trámite toda vez que establecieron una situación jurídica particular y concreta en cabeza de la actora, autorizando y ordenando los traslados sin condición alguna, ni sujetos a revisión posterior para que surtiesen efectos.

Ratifica que los actos administrativos que son objeto de demanda, son el oficio No. DR-1071 del 12 de diciembre de 1985 y las resoluciones Nos. 001 del 3 de enero de 1986 y 004 del 5 de marzo de 1986, proferidos todos por la Administración de Impuestos de Bogotá, los cuales "quitan valor a los actos Administrativos de traslado por cuanto que informa que de acuerdo con investigación de la Sección de Visitaduría (...) se estableció la inexistencia de los sobrantes, y por lo tanto los traslados en cuestión carecen de valor".

Sobre el segundo aspecto, concerniente a la "validez de los traslados para el pago de los impuestos", en síntesis precisa:

1o. Que se cumplieron los requisitos establecidos por las autoridades de impuestos mediante instrucciones internas para el trámite de los traslados.

2o. Que se debe presumir la buena fe tanto de la sociedad actora como de las autoridades de impuestos en el desarrollo de las actuaciones que se llevaron a cabo en el trámite de los traslados en cuestión.

3o. Los actos administrativos de traslado que culminaron con la expedición de documentos públicos constitutivos a su vez de actos administrativos, fueron expedidos por funcionarios en ejercicio de sus funciones y están cobijados por la presunción de legalidad, lo cual conlleva que sean eficaces, válidos, obligatorios e inoponibles.

4o. Que de acuerdo con sentencia del 9 de octubre de 1992, expediente 1650, Actor: Aseguradora Grancolombiana S.A. Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, los actos administrativos de traslados, de conformidad con la doctrina, "son actos de autorización en los cuales se expresa la voluntad administrativa de permitir hacer algo, bien en forma directa o sometido a una condición, que debe quedar expresa en el acto mismo si no lo está en norma especial".

5o. Que las autoridades de impuestos ni el Tribunal ha desvirtuado la competencia de los funcionarios que tramitaron, aprobaron y ordenaron los traslados como tampoco las firmas de tales funcionarios públicos que aparecen en tales traslados (la del jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja Unidad de Recaudo No. 5 y de Delegado de la Contraloría General de la República).

6o. Que no existe prohibición legal especial para que el pago de una obligación tributaria de un contribuyente se realice con la cesión del excedente de otro siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales establecidos en el Código Civil, para la compensación de créditos y compensaciones.

7o. Que las pruebas que supuestamente demuestran la inexistencia de los saldos a favor en cabeza de los terceros de quienes se trasladaron a la actora, no le fueron presentadas para tener la oportunidad de controvertirlas, lo cual viola el artículo 26 de la Constitución política de 1886 y 29 de la Constitución de 1991 que establecen el debido proceso y el derecho de defensa, al no haber permitido defenderse otorgándole la oportunidad de controvertir tales pruebas.

8o. Que los actos administrativos mediante los cuales se trasladaron sobrantes de terceros a cabeza de su representada, "generaron en favor de mi representada una situación jurídica particular y concreta, de reconocerle, en últimas, el pago de los impuestos que adeudaba a la Nación con sobrantes de terceros; situación jurídica que posteriormente fue desconocida por las mismas autoridades negando a tales actos los efectos jurídicos que producen". Es decir, que la negativa de las autoridades de impuestos de reconocer los efectos jurídicos de los actos administrativos de traslados, se llevó a cabo sin el consentimiento de su representada (Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A..) con lo cual se violó el artículo 73 del Decreto 01 de 1984.

Con fundamento en lo anterior y en lo expuesto en el libelo demandatorio, cuyos argumentos repite, solicita se le de validez a los traslados o cesiones de sobrantes de impuestos de las sociedades Industriales Rosgut Ltda., por $14.800.000 y B. Lugart y Calle Ltda., por valor de $14.800.000, y consecuencialmente se acepte la compensación de tales sobrantes para cancelar la suma adeudada a la nación por su representada por concepto de impuesto de renta y complementarios por los años gravables de 1984 y 1985, declarándose la nulidad de los actos administrativos que le negaron validez a los actos de autorización de traslados, consistentes en: El Oficio No. DR-1071 del 12 de diciembre de 1985, y las resoluciones Nos. 001 del 3 de enero de 1986 y 004 del 5 de marzo del mismo año, proferidos por la División de Recaudo y el Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá, respectivamente.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

En esta oportunidad procesal el representante judicial de la entidad demandada solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada en su lugar, desestimar las pretensiones del apelante, por cuanto las autorizaciones mediante las cuales se ordenan

traslados de saldos créditos a solicitud de los contribuyentes, no son fuente de derechos ciertos e indiscutibles sobre los correspondientes saldos a favor, como se pretende.

Considera que, debe distinguirse entre los actos de autodeterminación del impuesto a cargo o a favor, y las autorizaciones de traslados de éstos saldos crédito. Los primeros, obedecen a un proceso de determinación de bases gravables y aplicación de tarifas; los segundos, suponen la existencia del anterior proceso en virtud del cual se obtiene un sobrante a favor del contribuyente susceptible de ser cedido.

De lo anterior concluye, que la autorización para efectuar los traslados es posterior y accesoria a la determinación de los saldos a favor y de ninguna manera implican el reconocimiento definitivo de los mismos; razón por la cual, la autorización de traslado de sobrantes no tiene aptitud para consolidar derechos ciertos e indiscutibles a favor de los contribuyentes. Por tanto indica, que si se autoriza el traslado de unos sobrantes inexistentes, por lógica debe concluirse que el traslado carece de causa y no puede surtir efecto alguno, y, que ello fue lo que ocurrió en el presente caso en donde el contribuyente indujo a error a la Administración al solicitarle el traslado de unas sumas de dinero "inexistentes motivo por el cual, la autorización en tal sentido es ineficaz por ausencia de causa.

EL MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso en su concepto de rigor, estima que la sentencia del Tribunal merece confirmarse porque:

Si bien el procedimiento irregular de cesión de sobrantes se adelantó con el concurso de un funcionario público, los representantes legales de las sociedades Rosburg Ltda., B. Lugart y Calle Ltda., al firmar las solicitudes autorizando las cesiones de unos créditos inexistentes, también cohonestaron la realización de una actuación indudablemente encaminada a la defraudación del fisco.

La Actora desconoció que el artículo 18 del Decreto 2579 de 1983, que permitía las compensaciones se refiere al contribuyente que hubiere realizado pagos en exceso, y con la condición de que estén demostrados en la declaración de renta del año gravable correspondiente. Es improcedente entonces, pretender el reconocimiento de una compensación de sobrantes irregularmente concedida por un funcionario que no se ajustó a las normas legales cuya competencia para el efecto la Procuraduría pone en duda, así hubiera existido el acto administrativo, éste no obligaba a la Administración "por ser groseramente ilegal".

La sociedad actora al no discutir la veracidad de los sobrantes a ella cedidos, prácticamente está reconociendo su inexistencia, pues sólo se limita a hacer énfasis en el acto administrativo que reconoció la compensación sin cuestionar el fondo del asunto.

De conformidad con los artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961, como lo señala la entidad demandada, los recibos y certificaciones expedidas por las oficinas

sobre el pago del impuesto de renta y complementarios, son de carácter provisional, hasta que se verifique si los valores imputables ingresaron efectivamente a las oficinas de impuestos, luego la cesión de sobrantes sí estaba condicionada expresamente por estas normas, " a la verificación por parte de la Administración".

La parte actora no intervino en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Observa la Sala, que los puntos que son objeto de cuestionamiento en esta instancia del presente proceso han sido ya materia de profundo análisis en reiterados fallos de la Sección, en los cuales se ha precisado tanto la naturaleza como la validez y alcance jurídico de los actos a través de los cuales la Administración de Impuestos autoriza u ordena traslados o cesión de créditos de un contribuyente a otro, así como la compensación para el pago de impuestos con base en aquéllos.

En efecto, sobre la naturaleza y alcance jurídico de las autorizaciones plasmadas en las solicitudes de traslados de sobrantes de impuestos (créditos fiscales) de un contribuyente a otro ha puntualizado la Sala lo siguiente:

> "La fuerza o ejecutoria del acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración, apta, por sí misma, para generar efectos en derecho, exige, la competencia en razón de la función y materia, del órgano y del funcionario respectivo, y la licitud del objeto y del procedimiento aplicado, entendiendo por éste, la serie de actuaciones conexas que hagan viable una decisión definitiva, y por ésta, a su vez, en los términos del inciso último del artículo 50 del Decreto 01 de 1984, la que resuelva "directa o indirectamente el fondo del asunto", poniendo fin a la actuación administrativa".
>
> "...es claro que ni la "orden de traslado" (...) producido por la Unidad de Cuentas Corrientes y Caja, ni la "certificación" de estar "en verecidad en la Subdirección de Recaudo" el sobrante en discusión, expedida por quien se dice "Jefe Unidad de Recaudo No. 1 Urano" (...) constituían el "claro acto administrativo", con carácter definitivo, que pretende hacer valer la parte demandante, porque dichos actos, carecían de aptitud para generar el efecto perseguido, en orden a tener por aplicado legalmente el supuesto sobrante de la cedente y compensado el debido de la cesionaria, toda vez que, de conformidad con el artículo 95, letra j) del decreto 074 de 1976, la competencia de la Unidad de Cuentas Corrientes y Caja, se limitaba exclusivamente a "tramitar las devoluciones, aplicables (y) traspasos de saldos créditos de la cuenta corriente del contribuyente"; en tanto que, según los artículos 94, letra f) y 98 ib, incumbía a la División de Recaudo, por conducto de su Jefe y de la Unidad de Visitaduría de Recaudo, la aprobación, mediante resolución, previa verificación sobre la autenticidad y legalidad de los documentos fuentes o de soporte, del trámite realizado por la Unidad de Cuentas

Corrientes y Caja", (Sentencia del 2 de julio de 1993, expediente No. 4714, Actor: Compañía Mundial de Seguros S.A. Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

El apelante parte entonces, de una premisa equivocada, al considerar las autorizaciones de traslados plasmadas en las solicitudes correspondientes, como actos administrativos definitivos, cuando sólo son actos de autorización, cuyo alcance no va más allá de lo que ella significa, la orden para que los saldos créditos se apliquen a una tercera persona diferente de los titulares originarios de los mismos, lo cual presupone naturalmente la existencia de los supuestos saldos en cabeza de la cedente, cuya verificación, como se observa, es de competencia del Jefe de la División de Recaudo, quien profiere el acto administrativo definitivo, que en el presente caso se encuentra plasmado en el oficio No. DR-1.071 del 12 de diciembre de 1985, en el cual la División de Recaudo fundamentada en las diligencias administrativas efectuadas por la Sección de Visitaduría manifestó que: "---**las compensaciones efectuadas, carecen de valor por la inexistencia misma de sobrantes** en la Sección de Cuentas Corrientes y Caja o en la Sección de Cobranzas de ésta Administración y por ende las compensaciones efectuadas por la ASEGURADORA GRAN COLOMBIANA DE VIDA S.A."., utilizando los citados saldos créditos inexistentes" ya que "...de conformidad con las diligencias administrativas adelantadas por la Sección de Visitaduría de ésta Administración, se detectó que el contribuyente "B. LUGART Y CALLE LTDA". (...) no figura por los años gravables de 1978, 1979 y 1980, con sobrantes que respalden las compensaciones efectuadas a "ASEGURADORA GRAN COLOMBIANA S.A.", y que "INDUSTRIAS ROSGUB LTDA". (...) tampoco figura con sobrantes que respalden las compensaciones efectuadas a "ASEGURADORA GRAN COLOMBIANA DE VIDA S.A.".

Como quiera que la validez de los traslados está condicionada necesariamente a la existencia de los créditos cedidos en cabeza de las sociedades cedentes, aquéllos *per se* no constituyen un acto administrativo de carácter particular y concreto creador de una situación jurídica particular, como lo pretende el apoderado de la sociedad actora, para desviar el fondo del asunto relacionado con la "veracidad de los sobrantes objeto de los traslados" y base de la compensación ulterior que pretende hacer valer la actora.

Ahora bien, es cierto que el artículo 18 del Decreto 2579 de 1983, permitía a los contribuyentes compensar "los pagos en exceso por concepto de impuestos de renta", pero, pasa por alto el libelista que la norma también exigía que tales pagos en exceso debían encontrarse demostrados en la declaración de renta del año gravable, por tanto, como lo advierte la colaboradora fiscal, es improcedente pretender el reconocimiento de una compensación de sobrantes siendo éstos inexistentes, puesto que es claro que la ley exige que los mismos estén demostrados, y al establecer la oficina competente la inexistencia de los mismos, cae por su base la pretendida compensación.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en los artículos 106 y 107 del Decreto 1651 de 1961, el primero codificado en el artículo 803 del Estatuto Tributario, y que sirvieron

de fundamento a los actos administrativos acusados, el pago del impuesto sólo se entiende realizado, en la fecha "en que los valores imputables hayan ingresado a las Oficinas de Impuestos Nacionales o a los bancos autorizados como simples depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, o que resulten como saldo a su favor por cualquier concepto "atribuyéndose a las imputaciones hechas en los correspondientes comprobantes de recibo, un carácter "provisional" lo que significa que es "revisable, reformable o revocable, si se establece que por cualquier circunstancia, el pago o la compensación carece de eficacia legal, por no haber ingresado efectivamente al Tesoro Nacional las sumas supuestamente pagadas o compensadas" como lo advierte la Administración en la resolución que resolvió el recurso de reposición. (fl. 20 c.p.).

En el proceso la actora no se preocupó en ningún momento por demostrar "la veracidad de los sobrantes a ella cedidos" ya que no allegó prueba alguna encaminada a demostrar la fecha, cantidad o concepto, por los que las cedentes Industrias Rosgut Ltda., y B. Lugar y Calle Ltda., hubieran pagado o consignado las cantidades dinerarias que generaron los supuestos saldos a favor cedidos a la ASEGURADORA GRAN COLOMBIANA DE VIDA S.A., luego mal puede pretender el reconocimiento de las compensaciones solicitadas sin haber demostrado que tales cantidades dinerarias ingresaron efectivamente al Tesoro Nacional, cuando precisamente la Administración estableció lo contrario al determinar su inexistencia, por lo que resulta temeraria la pretensión del apelante, en el presente proceso, al reclamar la aplicación de unos actos totalmente desvirtuados por las autoridades de impuestos.

Por último la Sala reitera lo expuesto en la sentencia del 30 de mayo de 1988, expediente No. 1424, Actora: La Nación vs. Automotora Grancolombiana S.A. Consejero Ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, en la cual en lo que concierne con las normas del Código Civil relativas a la cesión de créditos entre particulares, estimó que éstas no son aplicables a la Administración Pública, pues de una parte el citado Código Civil de la Nación no regula las relaciones jurídicas de la Administración del Estado con los particulares, y de otra parte, las facultades y potestades administrativas, se someten a las leyes especiales sobre la materia. Se precisó que las disposiciones del Código Civil aplicables en ciertas formas a la Administración son aquellas que se refieren al estado civil de las personas, sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, pero no las administrativas, ni el régimen de los créditos del Estado en favor de los particulares.

Sobre el mismo punto, reciente jurisprudencia, como la expuesta en la sentencia inicialmente citada, puntualiza:

> "3o. Si bien los pactos o convenios privados están destinados, naturalmente, a producir efectos "interpartes" por el principio de la normatividad de las cláusulas contractuales de que trata el artículo 1.602 del Código Civil, no es previsible que tales convenciones le sean oponibles a la Administración Tributaria, en su condición de tercero ajeno a éstas, ni menos que deba responder por las consecuencias funestas de las mismas, en circunstancias en que, como la que

ocupa la Sala, no solamente era carga indiscutible de la cedente y cesionaria del supuesto sobrante acreditar suficientemente la viabilidad y licitud de las prestaciones que decían concederse recíprocamente, sino que en parte alguna del proceso administrativo o jurisdiccional aparece demostrado de dolo o culpa de los funcionarios impositivos contrariamente, en el inconcluso proceso de traspaso, aplicaciones y compensaciones, se destaca la conducta ejemplar del Jefe de la Unidad de Recursos Doctor Tinoco Coronado que impidió la consumación del fraude al fisco.

"La demandante atribuye la responsabilidad a los funcionarios que, en la primera fase del indicado proceso, tuvieron por auténticos los documentos presentados para la cesión del crédito e hicieron constar la existencia de éste; sin embargo, no era razonablemente exigible de tales funcionarios la precisa crítica o valoración de la prueba documental en cuestión, primero, porque ni la prueba había sido objeto de tacha o impugnación, ni era propio de sus funciones resolverla, si se presentara; segundo, porque no estaba a su alcance ejercer la amplia facultad de verificación a través de la Unidad de Visitaduría, de que sí disponía el jefe de la Unidad de Recaudo quien la ejerció, en efecto, presumiéndose la buena fe de aquellos". (Sentencia del 2 de julio de 1993, expediente No. 4714, Actor: Compañía Mundial de Seguros S.A., Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Por consiguiente, y también, de acuerdo con la Colaboradora Fiscal, la Sala procede a confirmar la sentencia del Tribunal por encontrarla ajustada a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 2 de abril de 1993, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, relacionada con el proceso iniciado por la sociedad ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA DE VIDAS S.A. NIT: 60.004.974, contra los actos administrativos relacionados con el traslado y compensación de créditos por los años gravables de 1984 y 1985.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR INEXACTITUD-Requisitos/**RETENCION EN LA FUENTE/ CONTRIBUYENTE**-Obligaciones/**CARGA DE LA PRUEBA**

La inclusión en las declaraciones tributarias de "retenciones inexistentes" constituye inexactitud sancionable, que no exige el ordenamiento legal, el elemento subjetivo que señala el Tribunal *a-quo* para que se configure la infracción tributaria; basta que se establezca que los factores declarados, costos, deducciones, exenciones, pasivos, retenciones, etc. "no son reales" para que se de el hecho generador de la sanción por "inexactitud" siempre que del mismo se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente. De tal suerte que si dentro del proceso de fiscalización a través del cual la Administración Tributaria está facultada para "verificar la exactitud de los datos informados en la declaración" el contribuyente no consigue demostrar la realidad de los mismos, emerge la inexistencia materia de la sanción por inexactitud que prevé la ley. Así las cosas, es claro que en el *sub-lite* la infracción sancionable se estableció plenamente, puesto que el contribuyente en ningún momento pudo demostrar o acreditar las retenciones glosadas por las autoridades de impuestos, pues de una parte, no aportó el certificado requerido por el artículo 29 del Decreto 2503 de 1987, y por la otra, las autoridades de impuestos a través del tercero (supuesto retenedor) determinaron la absoluta inexistencia de la retención.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta-. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejo Ponente: *Doctor: Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5056. Actor: Constructora Salomia Ltda. Impuestos-Renta-1987-Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 2 de julio de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, acogió parcialmente las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA, NIT: 890.300.889, para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1987.

ANTECEDENTES:

La sociedad CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA., presentó declaración de renta y complementarios por el año gravable de 1987, el día 6 de julio de 1987, en cuya liquidación privada determinó un impuesto a cargo en cuantía de $791.687, un total de retenciones en la fuente en la suma de $5.218.311, y un saldo a favor en cuantía de $5.487.623.

De acuerdo con el requerimiento especial No. 0061-20 del 4 de julio de 1990, y la respuesta dada al mismo, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Cali, modificó la anterior liquidación privada, mediante la liquidación de Revisión No. 0023 del 26 de marzo de 1991, en la cual desestimó parcialmente las retenciones en la fuente solicitadas e impuso sanción por inexactitud del 160% sobre dicho valor, con lo que disminuyó el saldo a favor determinado privadamente, a la suma de $879.100.

Inconforme con el anterior proceder, la sociedad interpuso el recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca (antes, Administración de Impuestos de Cali), por medio de la resolución No. 00046 del 10 de abril de 1992, que confirmó en todas sus partes la liquidación oficial recurrida.

LA DEMANDA:

Acusa violación de los artículos 6o. del decreto reglamentario 3141 de 1984, 1o. del Decreto 3415 de 1986, en concordancia con el artículo 9o. del Decreto 2160 de 1986 y concepto No. 014152 del 19 de julio de 1988 expedido por la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales y el artículo 647 del Estatuto Tributario, por rechazar la retención en la fuente en cuantía de $1.757.947 sobre el abono en cuenta que le hizo la sociedad CONSTRUCCIONES POPULARES S.A., a su representada por concepto de comisiones en cuantía de $25.113.528 e imponer sanción por inexactitud.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 2 de julio de 1993, se pronunció en sentido parcialmente favorable a las súplicas de la demanda toda vez que si bien confirmó la glosa efectuada por la Administración de Impuestos a la retención en la fuente estimó que la sanción por inexactitud debía levantarse.

En efecto, advirtió sobre lo primero, que la contribuyente "pretende que se tome en cuenta el extracto de cuenta visible a folio 109 del cuaderno de antecedentes, el cual aunque fue elaborado en papelería aparentemente perteneciente a "Construcciones Populares S.A.", se desconoce quien es su autor" y aclara que al retenedor "le corresponde expedir el correspondiente certificado de retenciones conforme al artículo 29 del Decreto 2503 de 1987" y que el documento aportado por la demandante no reune los requisitos que señala ésta norma.

Tamtién se refiere a los resultados de la inspección contable y al oficio G-020 de fecha 26 de julio de 1991, mediante el cual la Revisora Fiscal de la sociedad Construcciones Populares S.A., certifica que durante el año de 1987, "no efectuó pagos a favor de la sociedad Constructora Salomía Ltda. Nit: 890.300.889, por consiguiente tampoco se efectuó algún tipo de retención en la fuente" y concluye que en estas condiciones es "imposible dar algún mérito probatorio al documento aducido por la sociedad actora para sustentar sus pedimentos, cuando existen actuaciones y documentos que desvirtúan su contenido, cono son, la inspección tributaria y la certificación de la Revisora Fiscal" por lo que consideró que se debía confirmar la actuación administrativa en cuanto al rechazo de la retención en la fuente.

Con relación a la sanción por inexactitud, estimó que ésta debía levantarse por cuanto no se configuraba ninguna de las causales consagradas en el artículo 647 del Estatuto Tributario, como constitutivas de inexactitud sancionable, puesto que "si bien en la vía administrativa (...) no se logró justificar plenamente la realidad de la retención en la fuente descontada del impuesto a cargo en la declaración tributaria por el año gravable de 1987, realmente la Administración no logró demostrar que hubiese existido maniobra fraudulenta imputable a la contribuyente, no probó que ésta hubiera incurrido en falsedad u omisión de las que hubiera podido derivarse un impuesto inferior al que le corresponde" y que estas situaciones "debe probarse plenamente y no presumirse".

Por ende, anuló la operación administrativa acusada, en lo que hace relación con la sanción por inexactitud.

LA APELACION:

La Administración de Impuestos de Cali (hoy, Administración Local del Valle del Cauca) impugna la sentencia del Tribunal, argumentando que en el caso se configura la inexactitud sancionable, porque el artículo 29 del Decreto 2503 de 1987, hoy artículo 381 del Estatuto Tributario, consagra los requisitos que debe contener el certificado de retención en la fuente, documento que en ningún momento expidió la sociedad

Construcciones Populares S.A., a la actora, por lo que se tipifica la conducta del artículo 647 del Estatuto Tributario al consignar en la declaración un valor inexistente por concepto de retención en la fuente, ya que al contribuyente le correspondía probar con el certificado exigido por la ley los valores solicitados por concepto de retención en la fuente. Aclara que la "inexactitud" en los términos que la establece la ley tributaria, no requiere de "maniobra fraudulenta" como lo señala el Tribunal.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado considera inexplicable la decisión que tomó el Tribunal con relación a la sanción por inexactitud toda vez que sí las pruebas que obran en el proceso demuestran que la retención desestimada es "inexistente", la imposición de la sanción era procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 647 del Estatuto Tributario. Respecto a la afirmación del Tribunal en el sentido de que "la Administración no logró demostrar que hubiese existido maniobra fraudulenta" observa que la ley no consagra ese elemento como requisito para la configuración de la sanción, por lo que en su concepto ésta se debe aplicar con la sola ocurrencia de cualquiera de los hechos consagrados en la ley como constitutivos de "inexactitud". Por tanto, pide a la Corporación revocar la sentencia apelada y denegar las súplicas de la demanda.

La entidad demandada en esta oportunidad procesal manifiesta que la tesis según la cual se requiere de "maniobra fraudulenta" para que se de la inexactitud sancionable, coloca las sanciones administrativas en el campo del derecho penal, contra lo cual el Consejo de Estado en reiteradas sentencias ha estado en desacuerdo, como en la de junio de 1987, y julio 24 de 1987, en la última de las cuales expresó:

> "Aunque la sentencia apelada no se pronuncie con relación a la violación de los artículos 5, 8, 35 y 375 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, a su aplicabilidad en materias administrativas, en cuanto si lo plantea el recurrente, la Sala reitera su criterio de considerarlas no aplicables en el campo administrativo tal como lo ha considerado en diferentes providencias cuando dijo: "ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza de procedimiento ni el control judicial de la medida sancionadora permite ver en esa materia una cuestión de naturaleza penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones contra conductas lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal".

Por consiguiente solicita a la Corporación modificar la sentencia del Tribunal en lo que a la sanción por inexactitud se refiere.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El debate en esta instancia del presente proceso, se centra en la sanción por inexactitud, la cual impuso la Administración de Impuestos de Cali (hoy Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca) a la sociedad actora por cuanto solicitó retenciones en la fuente "inexistentes" en cuantía de $1.794.808, hecho que de conformidad con el artículo 647 del Estatuto Tributario se encontraba tipificado como hecho inexacto materia de sanción por inexactitud; en tanto que para el Tribunal, ésta no es procedente por cuanto "La Administración no logró demostrar que hubiese existido maniobra fraudulenta imputable al contribuyente".

Para resolver ésta controversia la Sala considera necesario transcribir la norma tributaria, el artículo 647 del Estatuto Tributario, que establece la sanción por inexactitud, la cual enseña:

> "Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, **así como la inclusión de costos,**deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, **retenciones** o anticipos, **inexistentes,** y, general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior". (Subraya la Sala).....

De acuerdo con el texto de la disposición antes transcrita, la inclusión en las declaraciones tributarias de "retenciones inexistentes" constituye inexactitud sancionable, no exige el ordenamiento legal, como se observa, el elemento subjetivo que señala el Tribunal *a-quo* para que se configure la infracción tributaria; basta que se establezca que los factores declarados, costos, deducciones, exenciones, pasivos, retenciones etc "no son reales" para que se de el hecho generador de la sanción por "inexactitud", siempre que del mismo se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente. De tal suerte que si dentro del proceso de fiscalización a través del cual la Administración Tributaria está facultada para "verificar la exactitud de los datos informados en la declaración" el contribuyente no consigue demostrar la realidad de los mismos, emerge la inexistencia materia de la sanción por inexactitud que prevé la ley.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, como lo advierte el colaborador fiscal, es "inexplicable" la decisión del Tribunal en lo que a la sanción por inexactitud se refiere, puesto que como la sentencia misma lo admite, existen pruebas en el proceso como la inspección tributaria y la certificación de la Revisora Fiscal de la sociedad CONS-

TRUCCIONES POPULARES S.A., (supuesta retenedora) que demuestran la inexistencia de la retención en la fuente, que originó la imposición de la sanción por inexactitud.

En efecto a folios 162 a 163 c.a., obra el informe sobre la visita practicada a la sociedad CONSTRUCCIONES POPULARES S.A. NIT: 891.303.949, (supuesta retenedora) en el cual se indica que "por el año gravable de 1987, no aparecen contabilizados pagos a favor de la sociedad CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA. NIT: 890.300.889, como tampoco retención en la fuente practicada...", por concepto de comisiones. En el mismo sentido, la Certificación expedida por la Revisora Fiscal DOSAY LOPEZ V. Mat #2104-T, en la cual manifiesta que durante el año de 1987, no se efectuó pagos a favor de la sociedad CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA. NIT: 890.300.889, y que por consiguiente tampoco se efectuó ningún tipo de retención en la fuente. Además, la actora tampoco aportó el certificado exigido por el artículo 29 del Decreto 2503 de 1987, para acreditar la correspondiente retención.

Así las cosas, es claro que en el *sub-lite* la infracción sancionable se estableció plenamente, puesto que el contribuyente en ningún momento pudo demostrar o acreditar las retenciones glosadas por las autoridades de impuestos, pues de una parte, no aportó el certificado requerido por el artículo 29 del Decreto 2503 de 1987, y por la otra, las autoridades de impuestos a través del tercero (supuesto retenedor) determinaron la absoluta inexistencia de la retención, por lo que es palmario que las retenciones eran ficticias, y al descontarse del impuesto en los renglones 44 y 49 de la liquidación privada del impuesto, incrementaron el saldo a favor de la sociedad en el año gravable de 1987, reflejado en el renglón 50, con lo cual afectó el impuesto, configurándose el segundo elemento exigido en la norma inicialmente transcrita, para que se configure la "inexactitud sancionable".

En consecuencia y de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado, la Sala considera que la sentencia del Tribunal debe ser revocada, y en su lugar, desestimar las súplicas de la demanda, como lo ha solicitado la apelante-apoderada de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia del 2 de julio de 1993, originaria del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, proferida dentro del proceso iniciado por la sociedad CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA., NIT: 890.300.889, relacionado con la operación administrativa que por el año gravable de 1987, le determinó el impuesto de renta y complementarios.

2o. Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas. Secretario.

INFORMACION DE PAGOS A TERCEROS/SANCION POR NO INFORMAR PAGOS A TERCEROS/CONTRIBUYENTE-Deberes/**COSTOS**-Desconocimiento/**DEDUCCIONES**Desconocimiento

De acuerdo al art. 59 del Decreto 3803 de 1982 es palmario que el legislador de emergencia, frente al incumplimiento de requisitos formales estableció, además de la sanción pecuniaria, el desconocimiento de los correspondientes costos o deducciones, estableciendo para su ulterior aceptación, la "prueba plena" de los mismos. Sobre este aspecto, la actora no consiguió demostrar la veracidad de los costos y gastos desestimados por la Administración, por la ausencia de requisitos formales, toda vez que la certificación contable aportada con ese propósito, carece de valor, por la falta de requisitos que señala el *a-quo,* sino porque, la misma no puede ser verificada por las autoridades de impuestos ante la negativa de la actora a exhibir los libros de contabilidad, según dan cuenta los antecedentes administrativos.

COSTO PRESUNTO-Requisitos/**COSTOS**-Comprobación/**DEDUCCIONES**-Comprobación

La aplicación del costo presunto de que trata el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, tiene como presupuestos no el incumplimiento de requisitos formales o su no comprobación, sino la existencia de indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real, o cuando se desconoce el mismo y no es posible su determinación mediante pruebas directas o indirectas. Ninguno de estos presupuestos ha ocurrido en el caso de examen, en el cual el desconocimiento de los costos y deduccio-

nes se originó inicialmente en la ausencia de requisitos formales, y posteriormente, en la falta de comprobación de los mismos, evento en el cual no hay lugar a aplicar el costo presunto, habida cuenta que el legislador, como se observa, del art. 59 del Decreto 3803 de 1982, condicionó la aceptación fiscal de los costos y deducciones cuyos requisitos fueron omitidos, a la prueba plena de los correspondientes costos y deducciones que hubieren sido objetados o rechazados, comprobación que no efectuó la sociedad actora, y la norma que autoriza la aplicación del costo presuntivo no incluye ésta circunstancia para efectos de la aplicación del costo presunto.

Consejo de Estado.-Sala de lo contencioso Administrativo.-Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor: Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5127. Actor: Asociación de Ingenieros Constructores Ltda. Impuestos-Renta 1984. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos de Medellín, contra la sentencia del 30 de julio de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia aceptó parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la ASOCIACION DE INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA NIT: 90.930.312, para impugnar la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta y complementario correspondiente al año gravable de 1984.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó declaración del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1984, el día 6 de mayo de 1985, la cual fue radicada con el No. 002477-622-DIN, en la Administración de Impuestos de Medellín. En su liquidación privada determinó el impuesto a su cargo en la suma de $56.327. Con fecha 8 de julio de 1987 la sociedad presentó adición para acompañar anexos relacionados con informaciones.

Con base en requerimientos ordinarios (2) y requerimiento especial No. 000337 del 21 de abril de 1987, sin respuesta éste último, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Medellín, modificó la liquidación privada presentada en la declaración anterior, mediante la liquidación de revisión No. 0762 del 4 de agosto de 1987, en la cual determinó el impuesto a cargo de la sociedad en la suma de $2.844.280, debido al desconocimiento de costos y deducciones por valor de $16.755.544, por no haber cumplido con las informaciones exigidas en el artículo 2o. numeral 3o. del Decreto 3410 de 1983 y artículo 3o. del Decreto 080 de 1984.

Contra ésta liquidación oficial, la sociedad interpuso el recurso de reconsideración alegando que la oficina de liquidación no había tenido en cuenta la adición a la declaración oportunamente presentada "el día 8 de julio de 1985" la cual contenía toda la información requerida. Además acompaño certificación contable sobre la contabilización de los costos y deducciones cuestionados, y propuso la practica de inspección contable, sí lo consideraba necesario la Administración.

Por medio de la resolución No. 0436 del 22 de noviembre de 1988, la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Medellín decidió el recurso incoado, confirmando en todas sus partes la liquidación de revisión recurrida, ya que la adición a la declaración había sido presentada extemporáneamente el día 8 de julio de "1987" no de 1985, como lo indicaba el recurrente. Así mismo, porque la Administración no pudo verificar en la contabilidad los costos y deducciones cuestionados, por cuanto el contribuyente ante la exigencia de la Administración para que fueran presentados los libros de contabilidad se negó a exhibirlos, circunstancia por la cual, desestimó el certificado de contador presentado para demostrarlos.

LA DEMANDA:

Acusa violación de las siguientes disposiciones de orden legal:

1o. Artículo 18 del Decreto 2053 de 1974, por falta de aplicación, al no haberse aceptado el costo acumulado de las construcciones en curso, y los gastos solicitados como deducción en el año gravable de 1984, no obstante encontrarse debidamente demostrados.

2o. El artículo 23 del Decreto 2053 de 1974, también por falta de aplicación, al no haberse aceptado los costos y deducciones solicitados debidamente identificados en la adición, la cual no fue tachada de extemporánea por el funcionario liquidador, sino por el funcionario que resolvió el recurso, cambiando de ésta manera la razón de la glosa.

3o. El artículo 31 del decreto 2053 de 1974, de igual modo, indica falta de aplicación, por cuanto la Administración debió reconocer como mínimo el costo presunto de que trata ésta disposición, la cual no exige ningún requisito diferente a la obligación de imponer sanción por inexactitud o por no llevar debidamente los libros de contabilidad.

Solicita, en consecuencia, el reconocimiento de la totalidad de los costos y gastos desestimados por las oficinas de impuestos; en subsidio; los costos relacionados con las construcciones en curso en 31 de diciembre de 1983 (según la declaración de este año) o el costo presunto de que trata el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, esto es, el 75% del valor de la respectiva enajenación.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 30 de julio de 1993 se pronunció en sentido parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, toda vez que

consideró que los dos primeros cargos no estaban llamados a prosperar, pero que el concerniente al "costo presunto" sí debía prosperar, de acuerdo con el principio económico según el cual "no puede existir en la actividad comercial ingresos que no apareje la realización de costo" posición que ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia del 6 de julio de 1990, Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano (Extractos de Jurisprudencia julio, agosto, septiembre de 1990, página 614). Por ello, practicó nueva liquidación de impuestos para reconocer el costo presunto (75% de ventas) fijando el impuesto a cargo en la suma de $819.280, y por ende, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados ante la jurisdicción.

LA APELACION:

El representante judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín impugna la sentencia del Tribunal en cuanto que dio aplicación del costo presunto del 75% de los bienes enajenados por la sociedad actora, con fundamento en los dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974. Para el apelante el costo presunto de que trata ésta disposición no es aplicable al *sub-lite* porque los costos fueron determinados y solicitados por el contribuyente en su denuncio rentístico y su rechazo se debió "al incumplimiento de los requisitos necesarios para su aceptación y a la no comprobación posterior de los mismos" no obstante habersele solicitado su comprobación reiteradamente. Mientras que el costo presuntivo es para "cuando existan indicios de que el costo no es real o cuando se desconozca o no sea posible su determinación" supuestos que no se dan en el caso de la actora.

Sobre éste aspecto observa que es aplicable la sentencia del Consejo de Estado de octubre 10 de 1980, en la cual se expresó:

"...el costo estimado del 75% no debe aplicarse cuando propuesto un costo por el contribuyente deba rechazarse por no reunir las condiciones legales pertinentes (presupuestos esenciales, requisitos de fondo y formalidades exigidas para su reconocimiento)" y en el mismo sentido la sentencia proferida dentro del proceso 2204 Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate, en donde se dijo que: "En manera alguna puede pensarse que la norma constituye un permiso para que el contribuyente incumpla las exigencias mínimas establecidas por la ley para el reconocimiento de costos y deducciones, ni que por tal sistema obtenga el reconocimiento de costos no reales o prohibidos por las normas positivas tributarias".

Se refiere igualmente a la Instrucción No. 002 de enero 15 de 1981, de la Dirección de Impuestos Nacionales, que fijó el criterio oficial sobre la aplicación de costo presunto en los siguientes términos: "No debe entenderse que puede aplicarse el costo presuntivo del 75%, cuando conocido el costo real, deba desestimarse por no reunir el mismo las exigencias legales previstas para su reconocimiento, decir lo contrario sería estimular la presentación de declaraciones de renta incompletas en procura de la aplicación del costo presunto cuando el real resultara inferior".

De acuerdo con lo anterior, solicita revocar la sentencia del Tribunal, y en su lugar confirmar el proceder administrativo acusado.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La Dirección de Impuestos Nacionales reitera la petición expuesta en el recurso de apelación en el sentido que la Corporación proceda a revocar la sentencia apelada argumentando que en el caso no se aceptó el costo solicitado por cuanto el contribuyente no allegó al proceso de determinación y discusión del impuesto los elementos probatorios tendientes a demostrarlo. No entiende cómo tratándose de una sociedad obligada a llevar libros de contabilidad se niega a presentarlos cuando la Administración se los exigió, contraviniendo lo certificado por el contador público, luego, pretender el reconocimiento de costos presuntos, olvidando que su rechazo se debió al incumplimiento de requisitos formales y a la no comprobación posterior.

La parte actora y el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, no intervinieron en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El debate en esta instancia del proceso se concreta a la inconformidad del apoderado de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín con la sentencia del Tribunal, en cuanto a la aplicación del costo presunto de que trata el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, el cual, a su juicio, no es procedente aplicar al *sub-lite,* por cuanto el rechazo obedeció al incumplimiento de los requisitos formales exigidos para su reconocimiento fiscal, y a su posterior falta de comprobación.

Para la época de los hechos (año gravable de 1984) las normas aplicables en materia de requisitos formales para el reconocimiento fiscal de costos y deducciones eran los Decretos 3410 de 1983, 080 de 1984 y 3803 de 1982; por el primero, (artículo 2o.), los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, como es el caso de la sociedad actora, estaban obligados a discriminar en los anexos de la declaración la información relacionada con pagos a terceros, que constituyeran "costos o deducción". El incumplimiento a éste mandato legal, conforme con el Decreto 3803 de 1982, (artículo 59) originaba sanción del 3% de la suma sobre la cual no se había suministrado la información y el desconocimiento de los respectivos costos o deducciónes, a no ser que el contribuyente demostrara plenamente los mismos, evento en el cual se aceptarían los costos y gastos objeto del rechazo. En efecto, dice así el citado artículo:

> "Los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos, en los términos exigidos por la ley (...) incurrirán en el desconocimiento de los respectivos costos, deducciones, pasivos y descuentos y en una sanción del 1%, en el caso de pasivos y créditos, y del 3% en los demás casos; que se calculará tomando como base la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida. Esta última sanción se aplicará sin perjuicio de que el contribuyente subsane tales omisiones.

"Para efectos de la posterior aceptación de los correspondientes costos, deducciones, pasivos o descuentos, el contribuyente o responsable deberá probar plenamente que tiene derecho a la aceptación del valor que hubiere sido objetado o rechazado".

De acuerdo con el contexto de la disposición transcrita es palmario que el legislador de emergencia, frente al incumplimiento de requisitos formales estableció, además de la sanción pecuniaria, el desconocimiento de los correspondientes costos o deducciones estableciendo para su ulterior aceptación, la "prueba plena" de los mismos.

Sobre este aspecto, como lo admite el Tribunal, y sobre ello no existe discusión en esta instancia, la actora no consiguió demostrar la veracidad de los costos y gastos desestimados por la Administración, por la ausencia de requisitos formales, toda vez que la certificación contable aportada con ese propósito, carece de valor, no por la falta de requisitos que señala el *a-quo,* sino porque, la misma no puede ser verificada por las autoridades de impuestos ante la negativa de la actora a exhibir los libros de contabilidad, según dan cuenta los antecedentes administrativos.

En éstas condiciones, la Sala encuentra justificada la objeción que formula el apelante-apoderado de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, respecto a la aplicación del costo presunto de que trata el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, que tiene como presupuestos no el incumplimiento de requisitos formales o su no comprobación, sino la existencia de indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real, o cuando se desconoce el mismo y no es posible su determinación mediante pruebas directas o indirectas. Ninguno de éstos presupuestos ha ocurrido en el caso de examen, en el cual el desconocimiento de los costos y deducciones se originó inicialmente en la ausencia de requisitos formales, y posteriormente, en la falta de comprobación de los mismos, evento en el cual no hay lugar a aplicar el costo presunto, habida cuenta que el legislador, como se observa, de la norma transcrita, condicionó la aceptación fiscal de los costos y deducciones cuyos requisitos fueron omitidos, a la prueba plena de los correspondientes costos y deducciones que hubieren sido objetados o rechazados, comprobación que no efectuó la sociedad actora, y la norma que autoriza la aplicación del costo presuntivo no incluye ésta circunstancia para efectos de la aplicación del costo presunto.

Si bien la Sala, en la sentencia que tuvo en cuenta el Tribunal, manifestó sobre el costo presuntivo que "...su reconocimiento no es cosa distinta que el desarrollo de principio económico de que no puede existir en la actividad comercial ingreso que no apareje la realización de costos..." y con base en jurisprudencia anterior (esp. 0418, Actor: Gerardo Zuluaga Duque, sentencia del 3 de abril de 1987, Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1989, II-volumen, páginas 1.876 y 1.877) aceptó para ese caso la aplicación del costo presunto, ésta última jurisprudencia no resulta aplicable al *sub-lite*, puesto que las circunstancias no son idénticas, ya que en aquélla se tuvo en cuenta que el artículo 11 del Decreto 1495 de 1978, que sancionaba la omisión de requisitos formales con el desconocimiento de los respectivos costos y deducciones,

había sido anulada por la Corporación en sentencia del 29 de junio de 1984, y segundo, que el costo de los activos enajenados era desconocido y no había forma de determinarlo mediante métodos directos o indirectos, evento en el cual, conforme con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, si era aplicable el costo presunto.

Pero, en el caso que ocupa la atención de la Sala, no puede afirmarse que el costo era desconocido, puesto que el contribuyente lo informó en su declaración, tampoco que existieran indicios de que el informado no era real; sino que incumplió con los requisitos formales establecidos en la ley para su reconocimiento fiscal, y posteriormente, no aportó la prueba plena para obtener el derecho al reconocimiento de los correspondientes costos y deducciones objetados y desestimados por la Administración, siendo aquélla requisito indispensable para su aceptación conforme se observó. Por otra parte, el artículo 59 del Decreto Legislativo 3803 de 1982, que exigió la prueba plena de los costos y deducciones cuando se hubieran omitido los requisitos formales, no ha sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo demás, la Sala en reiterada jurisprudencia, como en las sentencias que invoca la apoderada de la entidad demandada, ha precisado que: "En manera alguna puede pensarse que la norma constituye un permiso para que el contribuyente incumpla las exigencias mínimas establecidas en la ley para el reconocimiento de costos y deducciones, ni que por tal sistema obtenga el reconocimiento de costos y deducciones, ni que por tal sistema obtenga el reconocimiento de costos no reales o prohibidos por las normas positivas tributarias."

En consecuencia, en el *sub-lite*, como la actora no demostró plenamente los costos y deducciones desestimados por las oficinas de impuestos, estando obligada a ello, fue correcto el proceder de la Administración al mantener el rechazo, y también al no haber dado aplicación al costo presunto de que trata el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, por no encajar tal circunstancia en este ordenamiento legal, razón por la cual la sentencia del Tribunal debe ser revocada.

Por último observa la Sala que el *a-quo* desconoció lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, invocado por la Administración en la contestación de la demanda, conforme al cual:

> "Los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba a su favor, siempre que se lleven en debida forma. El contribuyente que no presente sus libros, comprobantes y demás documentos de contabilidad cuando la administración lo exija, no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor y tal hecho se tendrá como indicio en su contra. **En tales casos se desconocerán los correspondientes costos, deducciones, descuentos y pasivos, salvo que el contribuyente los acredite plenamente. Unicamente se aceptará como causa justificativa de la no presentación, la comprobación plena de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito".**

"La existencia de la contabilidad se presume en todos los casos en que la ley impone la obligación de llevarla." (Subraya fuera del texto).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia del 30 de julio de 1993, emanada del Tribunal Administrativo de Antioquia, proferida dentro del proceso iniciado por la sociedad ASOCIACION DE INGENIEROS CONSTRUCTORES LTDA., NIT: 90.930.312, contra los actos administrativos relacionados con el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1984.

2o. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas. Secretario.

DEDUCCION TEORICA-Límite/**ACTIVO NO MONETARIO/AJUSTES POR INFLACION**

El argumento central que motivó el retiro del artículo 5o. del Decreto 2591 de 1993, radicó que la deducción teórica según la ley tiene por límite el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria. Como estas mismas consideraciones son aplicables al artículo 21 del Decreto 2075 (pgfo. 2o.), debe anularse este también.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5276. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Decreto Reglamentario – Gobierno Nacional -FALLO-

El ciudadano JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción que se declare la nulidad parcial del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO ACUSADO

"ARTICULO 21. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales.

.....

Parágrafo segundo. Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el valor de todos aquellos que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

LA DEMANDA

A juicio del actor, la norma acusada restringe los derechos de los contribuyentes, consagrados en la ley por cuanto según esta última, la deducción teórica se obtiene del total de los pasivos no monetarios poseídos por el contribuyente al comienzo del año, sin hacer distinción entre los activos que dan origen a ajustes crédito o débito en la cuenta de corrección monetaria, del cual se sustrae el valor del patrimonio líquido al comienzo del año y al resultado se le aplica el PAAG, según el año gravable.

Sostuvo que la norma legal limitó la deducción teórica solamente hasta la concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria.

Observó que el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, consagró una prohibición no prevista en la ley, toda vez que estableció que para el cálculo de la deducción teórica, no se debían incluir los activos que no dieron origen a un ajuste crédito en cuenta corrección monetaria.

Apoyado en jurisprudencia del Consejo de Estado, indicó que los decretos reglamentarios no pueden restringir el alcance de la ley, so pena de que resulte ilegal y deba ser declarado nulo.

LA OPOSICION

El apoderado de la Nación se opuso a la prosperidad de la demanda y adujo que la norma reglamentaria no restringe al alcance de la norma legal, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 354 del Estatuto Tributario establece en forma taxativa los activos no monetarios que sirven de base para la deducción teórica.

Por lo tanto, a juicio de la parte, los activos no monetarios excluidos de dicha relación, aun cuando al ajustarlos afecten el saldo crédito de la cuenta corrección monetaria fiscal, no forman parte del factor enunciado por la ley para calcular la deducción teórica.

De otra parte señaló que, la exclusión de que trata el parágrafo 2o. del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, debe entenderse referida a los activos no monetarios no señalados para efectos de determinar la base del cálculo de la deducción teórica.

Presentaron ALEGATOS DE CONCLUSION tanto la actora como la demandada.

MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Octavo Delegado ante lo Contencioso, conceptuó que no debe proferirse decisión de fondo, toda vez que a su juicio no es posible anular un precepto que no existe y que no tiene vida jurídica en razón a que el demandado fue sustituido en su integridad por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La norma acusada (pgfo. 2o., art. 21, Dcto. 2075/92), fue objeto de suspensión provisional el 21 de enero de 1994, pero esta orden fue revocada mediante auto del 24 de febrero de 1994, en atención a que había sido sustituida el 23 de diciembre anterior por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993. Se dio allí aplicación a la tesis que ha sostenido esta Sección en el sentido de que no cabe la medida de la suspensión de un acto que no está produciendo efectos en razón de haber sido derogado, como en este caso lo había sido el acusado, sin perjuicio de poder continuar su curso normal la acción de nulidad, conforme a la doctrina vigente de la Sala Plena adoptada a partir del fallo del 14 de enero de 1991 (exp. S-157).

Por parte la Sala conoció y resolvió la demanda que el mismo actor interpuso contra la norma que había hecho la sustitución, o sea, el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 y que en esencia disponía lo mismo, salvo la introducción del concepto de costo fiscal, así: "Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste en la cuenta de corrección monetaria fiscal". En dicho proceso, radicado bajo el No. 5393 se profirió sentencia el 15 de julio de 1994 anulatoria del acto acusado, con ponencia del Consejero Guillermo Chahín Lizcano.

El argumento central que motivó el retiro de la norma radicó en que la deducción teórica según la ley, tiene por límite el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria, según el siguiente razonamiento:

> "En efecto, las normas que gobiernan el sistema de ajustes por inflación y especialmente las que determinan los ajustes a los activos no monetarios, con su correspondiente crédito a la cuenta de corrección monetaria, contienen el propio límite para el otorgamiento del beneficio fiscal; pues si el activo no monetario no dio origen a un ajuste crédito en la cuenta de corrección monetaria, el saldo final de dicha cuenta, factor que utiliza la ley para medir el tope máximo o límite del beneficio fiscal, resulta menor, mientras que, si el activo hubiera sido objeto de ajuste incrementaría el saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria y al ser superior sería por ende mayor el límite del beneficio. Contiene así sabiamente la norma la justificación y el control del beneficio fiscal en la medida que el activo no monetario haya sido o no objeto de ajuste crédito".

Como estas mismas consideraciones son aplicables al artículo 21 del Decreto 2075 (pgfo. 2o.), debe anularse este también.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

ANULASE el parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 (diciembre 23).

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO NETO DE RENTA-Concepto

Para la Legislación Tributaria, el concepto de NETO es desconocido y por ello extraña a la Sala que el Ministro de Hacienda, al elevar la consulta al Consejo de Estado -Sala de Consulta-, hizo referencia a varios conceptos que implicaban un concepto de depuración como el establecido para determinar la renta líquida gravable a partir de los ingresos brutos, pero no le hubiera mencionado normas en las que se utiliza el adjetivo NETO con un claro sentido de líquido o limpio y puro. Concretamente dice el artículo 807 del Estatuto Tributario que "para determinar la base del anticipo, el impuesto neto de renta y al complementario de patrimonio del año gravable, al promedio de los dos últimos años a opción del contribuyente, se aplica el porcentaje previsto en el inciso anterior", con lo que se demuestra claramente que el concepto de "impuesto neto de renta" no es un concepto desconocido o dudoso para el legislador. Como tampoco le mencionó la utilización del adjetivo neto aplicado a otros conceptos con igual significado de depuración como el de ganancia ocasional neta (art. 311 E.T.), el de beneficio neto de las entidades sin ánimo de lucro (art. 356 E.T.), el de valor patrimonial neto de los aportes y bienes con alguna afectación (art. 189 y s.s.), etc.

CONTRIBUCION ESPECIAL-Cálculo/IMPUESTO NETO DE RENTA/IMPUESTO A CARGO/DESCUENTOS TRIBUTARIOS

Para la Sala no existe duda alguna de que cuando la Ley 6a. de 1992 creó la contribución especial y ordenó que "será equivalente el veinticinco por ciento (259) del impuesto neto sobre la renta..." quedó precisada la

base en el impuesto a cargo menos los descuentos a que tenga derecho el contribuyente, máxime cuando había tenido oportunidad de analizarlo y expresarlo así cuando en el fallo del 18 de marzo de 1993 al anular la disposición del inciso final del artículo 3 del Decreto Reglamentario 1132 de 1992 que pretendió tomar los "descuentos" como parte de la base para liquidar el valor de los Bonos de Seguridad Interna (posteriormente suprimidos por la Corte) se dijo por esta misma Sala que liquidar el monto de los bonos incluyendo los descuentos tributarios implicaba "gravar con dicha carga unas partidas que son precisamente lo contrario de los impuestos ya que podría decirse que los descuentos tributarios conceptualmente equivalen a un anti-impuesto, y la ley claramente esto señaló que la base para la liquidación se conforma por el impuesto de renta". De acuerdo con las anteriores consideraciones se impone la anulación de las instrucciones que indicaron en los formularios de las declaraciones de renta del año de 1993 que la base gravable de la contribución especial creada por el artículo 11 de la Ley 6a de 1992, estaba conformada por el valor del impuesto sobre la renta antes de los descuentos que puede solicitar el declarante, por ser contrarias al citado artículo 11 de la Ley 6a de 1992.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5457. Actor: Rafael Arenas Angel. Actos Nacionales -FALLO-

Procede la Sala a decidir la demanda de nulidad que con arreglo al artículo 84 del C.C.A., interpuso el ciudadano RAFAEL ARENAS ANGEL contra los formularios de declaración de renta correspondientes al año gravable de 1993 en cuanto a las instrucciones que para su diligenciamiento se daban en los renglones 40 y 35 para liquidar la contribución especial del 25% en las declaraciones de sociedades y de personas naturales, respectivamente.

Dichos formularios fueron determinados por el Gobierno mediante los artículos 11, 12, 13 y 14 del Decreto 2511 de 1993 y a la vez acogidos por las resoluciones 0844 y 0853 del 3 de marzo de 1994 por la Dirección de Impuestos Nacionales, las cuales fueron publicadas en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No. 13 del 3 de marzo de 1994, Volumen 5.

El aspecto central de la demanda radicó en que el actor consideró violatorio del artículo 248-1 del Estatuto Tributario (Ley 6a. de 1992, art. 11) la instrucción y la

ubicación para determinar la contribución especial del 25% a que se refiere dicha norma, después del renglón correspondiente al Impuesto sobre la Renta Gravable, pero antes del relativo a los descuentos.

Como fundamento de derecho, el actor se concretó a señalar que se había producido con tales instrucciones una violación directa del citado artículo 248-1 del E.T. "al establecer que la base gravable para la contribución especial es el impuesto de renta antes de restar los descuentos, confundieron la noción de impuesto neto de renta con la de impuesto básico de renta".

Decretada la suspensión provisional de las instrucciones objeto de demanda, mediante auto del 14 de abril de 1994 fue confirmada por auto del 20 de mayo del mismo año al no aceptar la oposición de la señora apoderada del Ministerio de Hacienda.

Superados algunos temas que fueron planteados en esa ocasión, relativos a la naturaleza de la acción, la naturaleza de los actos acusados y una solicitud de traslado a la Sala Plena, que no fue aceptada, la oposición del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se concretó en la argumentación expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma Corporación en la respuesta del 18 de noviembre de 1993 al citado Ministro (radicación No. 556), en la cual concluyó:

> "Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:
>
> 1o.) El tributo especial prescrito por el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992 -248.1 del Estatuto Tributario- equivale a un recargo del 25% del impuesto sobre la renta.
>
> 2o.) Los "descuentos tributarios", regulados por el Capítulo X del Estatuto Tributario, deben efectuarse, cuando proceden, del monto correspondiente al valor del impuesto sobre la renta, en él incluido el recargo del 25%".

En cambio, para el Ministerio Público, según alegato presentado por el Procurador Séptimo Delegado, es claro que el calificativo de NETO utilizado por la norma del Estatuto invocada por la parte actora, necesariamente se estaba refiriendo al valor del impuesto a cargo del contribuyente, después de restados, todos los descuentos tributarios que la ley autoriza hacer, al monto del impuesto de renta. Por ello considera que las instrucciones de los formularios al decir que la contribución debe liquidarse sin tener en cuenta los descuentos, estaba desconociendo la disposición que en forma clara y expresa contiene el artículo 11 de la Ley 6a. y sin más consideraciones solicita que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De por sí el adjetivo NETO es sinónimo de limpio, puro, claro y bien definido, "que resulta de líquido en cuenta, después de comparar el cargo con la data; o el precio,

después de deducir gastos" y con igual sentido se habla de peso neto, renta neta, según lo sienta el Diccionario de la Real Academia Española (ed. 1992, pág. 1017). Lo anterior atendiendo sólo al sentido natural y obvio de las palabras, pues para la legislación tributaria el concepto de NETO no es desconocido y por ello extraña a la Sala que el Ministro de Hacienda, al elevar la consulta al Consejo de Estado -Sala de Consulta-, hizo referencia a varios conceptos que implicaban un concepto de depuración como el establecido para determinar la renta líquida gravable a partir de los ingresos brutos, pero no le hubiera mencionado normas en las que se utiliza el adjetivo NETO con un claro sentido de líquido o limpio y puro. Concretamente dice el artículo 807 del Estatuto Tributario que "para determinar la base del anticipo, al **impuesto neto de renta** y al complementario de patrimonio del año gravable, al promedio de los dos últimos años a opción del contribuyente, se aplica el porcentaje previsto en el inciso anterior", con lo que se demuestra claramente que el concepto de "impuesto neto de renta" no es un concepto desconocido o dudoso para el legislador. Como tampoco le mencionó la utilización del adjetivo **neto** aplicado a otros conceptos con igual significado de depuración como el de ganancia ocasional neta (art. 311 E.T.), el de beneficio neto de las entidades sin ánimo de lucro (art. 356 E.T.), el de valor patrimonial neto de los aportes y bienes con alguna afectación (art. 189 y ss.), etc.

Por otra parte, también es sabido que la reforma tributaria del año de 1974 sustituyó el sistema de exenciones a la renta, o sea eventos en que no se causaba el impuesto, por el de los **descuentos** al impuesto que producen el mismo resultado pero permiten al Estado cuantificar el beneficio sin que con ello se haya desvirtuado su naturaleza de ser la antítesis al impuesto o lo contrario al impuesto.

De ahí que para la Sala no exista duda alguna de que cuando la Ley 6a. de 1992 creó la contribución especial y ordenó que "será equivalente al veinticinco por ciento (25%) del **impuesto neto sobre la renta...**" quedó precisada la base en el impuesto a cargo menos los descuentos a que tenga derecho el contribuyente, máxime cuando había tenido oportunidad de analizarlo y expresarlo así cuando en el fallo del 18 de marzo de 1993 al anular la disposición del inciso final del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 1132 de 1992 que pretendió tomar los "descuentos" como parte de la base para liquidar el valor de los Bonos de Seguridad Interna (posteriormente suprimidos por la Corte) se dijo por esta misma Sala que liquidar el monto de los bonos incluyendo los descuentos tributarios implicaba "gravar con dicha carga unas partidas que son precisamente lo contrario de los impuestos ya que podría decirse que los descuentos tributarios conceptualmente equivalen a un anti-impuesto, y la ley claramente señaló que la base para la liquidación se conforma por el impuesto de renta" (exp. 4379, C.P.: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, marzo 18/93).

Si en aquella ocasión en que el concepto del impuesto no estaba calificado con el adjetivo de **neto,** con mayor razón cabe la misma decisión en el caso que se resuelve en el cual la ley utilizó como base gravable el impuesto neto de renta.

Es suficiente lo anterior para acceder a las súplicas de la demanda, apoyadas por el Ministerio Público.

DECISION

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se impone la anulación de las instrucciones que indicaron en los formularios de las declaraciones de renta del año de 1993 que la base gravable de la contribución especial creada por el artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, estaba conformada por el valor del impuesto sobre la renta antes de los descuentos que puede solicitar el declarante, por ser contrarias al citado artículo 11 de la Ley 6a. de 1992.

En consecuencia, ha de entenderse que las instrucciones han debido respetar la base gravable señalada por la ley, o sea, después y no antes de los descuentos.

Esta decisión significa que la contribución especial para los contribuyentes que estén obligados a ella por el año 1993, deben determinarla al 25% con base en el valor del impuesto de renta a cargo, menos los descuentos a que tenga derecho (para sociedades: renglón 39 menos renglones 41 y 42 x 25% y para personas naturales: renglón 39 menos renglones 41 y 42 x 25%).

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Decrétase la NULIDAD de las instrucciones siguientes contenidas en los formularios de las declaraciones de renta por el año gravable de 1993:

"Renglón 39 x 25%" contenida en el Renglón No. 40 del formulario DIAN-77.001.93 (Grandes Contribuyentes, Sociedades y Entidades sin ánimo de lucro).

"Renglón 34 x 25%" contenida en el Renglón No. 35 del formulario DIAN-77.002.93 (Personas naturales y sucesiones ilíquidas).

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.
Actor: Rafael Arenas Angel.

IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZA/BASE GRAVABLE/PRECIO AL DISTRIBUIDOR/PRECIO AL CONSUMIDOR

La base de liquidación del gravamen *ad-valorem* para el consumo de cerveza de producción nacional estaba constituida por el precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción, sin incluir el valor del tributo ni otros costos variables que se reflejen en el precio al consumidor, interpretación.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D. C., veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Ref.: Expediente No. 5525 (acumulación). Actor: Cervecería Aguila S.A. Apelación sentencia de 24 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico (Impuesto al consumo de cerveza de producción nacional, meses de abril a diciembre de 1967 y enero a diciembre de 1968). FALLO.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 24 de noviembre de 1993 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico modificó los actos de determinación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional correspondientes a los meses de abril a diciembre de 1967 y de enero a diciembre de 1968 a cargo de CERVECERIA AGUILA S.A. Nit. 90.101.878.

ANTECEDENTES

La Dirección de Impuestos Nacionales mediante las Liquidaciones de Revisión R-018-V, R-023-V, R-040-V, R-041-V, R-042-V, R-043-V, R-044-V, R-045-V, R-064-

V, R-065-V, R-066-V, R-067-V, R-068-V, R-069-V, R-070-V, R-071-V, R-114-V, R-0115-V, R-0116, de febrero 11, 18, 20 de 1969 y mayo 21 de 1969, modificó las respectivas liquidaciones efectuadas por la sociedad tomando como base para liquidar el impuesto al consumo de cervezas el precio de facturación al detallista en vez del precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción, como lo hizo la sociedad actora.

Interpuestos los recursos de reposición que legalmente procedían contra los actos liquidatorios mencionados, la Subdirección Jurídica - División de Recursos Tributarios - Sección Recursos Ventas e Indirectos de la Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de las Resoluciones Nos. R-0296-V a R-0316-V, inclusive, de fecha agosto 22 de 1986 los confirmó, quedando agotada la vía gubernativa.

Mediante las respectivas demandas de nulidad presentadas el 19 de diciembre de 1986 Cervecería Aguila S.A., impugnó los actos de determinación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional correspondientes a los meses de abril a diciembre de 1967 y de enero a diciembre de 1968, habiendo asignado el Tribunal a los procesos abiertos los números de radicación del 4283 al 4303, inclusive.

Una vez repartidos los veintiún (21) expedientes entre los dos magistrados que integraban el Tribunal las demandas fueron admitidas mediante autos de fechas 6, 9 y 12 de febrero de 1987.

En virtud de solicitud de fecha febrero 21 de 1987 formulada por el apoderado de la sociedad actora, el Tribunal decretó la acumulación de los procesos 4283, 4285, 4287, 4289, 4291, 4293, 4295, 4297, 4299, 4301, 4303 al expediente 4302 mediante auto de noviembre 10 de 1987 (fls. 9/10).

Seguidamente y antes de la expedición de la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1993, la actuación procesal fue la siguiente:

- Auto de pruebas de 5 de febrero de 1988 (fls. 12/13).

- Auto de traslado a las partes de 24 de mayo de 1988 (fl. 90).

- Concepto fiscal No. 036 de junio 15 de 1988 (fls. 118/120).

- Informe secretarial de septiembre 22 de 1988 poniendo a disposición del Magistrado Sustanciador el proceso acumulado para que se digne dictar sentencia (fl. 121).

- Auto de prueba de oficio de junio 24 de 1993 solicitando a la Dirección de Impuestos Nacionales el envío de los antecedentes administrativos de los expedientes que integran la acumulación (fl. 122).

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal de instancia mediante sentencia de mérito, accedió a las súplicas de las varias demandas a que se refiere el proceso acumulado, promovidas por Cervecería Aguila S.A., en relación con los actos de determinación del

impuesto al consumo de cerveza de producción nacional, causado en los años 1967 y 1968.

La sentencia proferida se fundamenta básicamente en que concatenando las normas involucradas en la controversia (artículo 1o. del Decreto 1665 de 1966 y artículo 1o. del Decreto 1922 de 1966) se establece que la base que se debe tomar para el cálculo del impuesto es la del precio de facturación fijado por las fábricas productoras de cerveza en el lugar de producción para los distribuidores o agentes, criterio este que por demás aparece consignado en varios fallos del Consejo de Estado como el del 12 de febrero de 1968, con ponencia del Honorable Consejero doctor Jorge De Velasco Alvarez, el fallo del 16 de mayo de 1980, expediente No. 4987, con ponencia del Honorable Consejero doctor Angel De La Torre, y el fallo de 3 de diciembre de 1992, con ponencia del Honorable Consejero doctor Jaime Abella Zárate, expediente No. 4009, actor: Bavaria S.A., y cuyos apartes pertinentes de los mencionados fallos de sentencia, el Tribunal transcribe.

Respecto de la devolución de las sumas pagadas en exceso por la sociedad actora (depósito exigido por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 189 de 1969 para ocurrir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo) la sentencia del Tribunal ordena a la Administración Tributaria el reintegro de los mencionados depósitos por la suma de $4.426.539.oo, ajustado o actualizado su valor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. (fls. 127/162).

RECURSO DE APELACION

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en la sustentación de la alzada, sostiene que al tenor de los artículos primero de los Decretos Nos. 1665 y 1922 de 1966 se colige sin duda, el legislador quiso que el precio de venta al detallista, bien fuera efectuada dicha enajenación por el fabricante o por el distribuidor, constituyera la base gravable para la determinación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional.

Además precisa que con las liquidaciones que practicó la Administración, dentro de la etapa de los recursos, se subsanaron las omisiones que presentaron las liquidaciones de revisión iniciales en cuanto a la exclusión del impuesto determinado y de los gastos (envases, transporte, etc.), dándose así cabal cumplimiento a las normas que sobre la materia regían en la época de los hechos.

De otra parte, el apelante se opone al reintegro del depósito del 7% del mayor valor establecido en cada liquidación de revisión debido a que la Administración cumplió con lo preceptuado por los Decretos 1665 y 1922 de 1966; puntualizando que sí quedan en firme las resoluciones proferidas por la División de Recursos Tributarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, los pagos efectuados a título de depósito no serían susceptibles de ser devueltos porque deben tomarse como parte de pago del gravamen establecido, el cual no ha sido cancelado en su totalidad y sobre el cual deben cancelarse los intereses.

Respecto del reconocimiento de intereses sobre la suma de $4.426.539.oo, observa que tal reconocimiento no es procedente porque el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 189 de 1969 ni las normas especiales sobre el impuesto al consumo de cerveza consagran derecho a favor del contribuyente para solicitar pago de intereses sobre el porcentaje del 7% que cancela como depósito para poder ocurrir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues, la disposición mencionada claramente señala que dicho pago no corresponde a impuesto sino a una caución a título de garantía. Por tanto solicita se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el *a-quo*. (fls. 180/187).

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la sociedad actora descorre el traslado para alegar de conclusión para destacar la legalidad de la sentencia apelada precisando que se ajustó a derecho y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que se registra en varios fallos, entre ellos, el de 12 de febrero de 1968, 18 de febrero y 2 de abril de 1970 y 26 de abril de 1979. Señala que a lo largo de todos los procesos que versan sobre la misma materia, siempre ha existido y existe un común denominador de identificar; el lugar de producción con el lugar del consumo al detal cuando la sana hermenéutica jurídica indica que la identidad que surge nítidamente es entre el lugar de producción con la fábrica. Observa que por esta elemental razón el valor de facturación es igual, cualquiera que fuere el que facturase, ya sean los productores, sus sucursales o agencias o distribuidores, por el artículo envasado, a los vendedores al detal o directamente a los consumidores, liquidado en el lugar de producción o en la fábrica.

En conclusión, sostiene la parte demandante que el precio que debe tomarse para liquidación del impuesto al consumo de cerveza es el neto en fábrica, es decir, sin recargos de ninguna clase; y no el precio final al consumidor que está incrementado con el valor de transporte, envase e impuesto. Relieva que la sentencia apelada por la Nación transcribe apartes de los fallos de 16 de mayo de 1980 y de 3 de diciembre de 1992 proferidos por el Consejo de Estado los cuales confirman las tesis acogidas por el Tribunal en su sentencia de fecha 24 de noviembre de 1993. Por tanto, pide se confirme la sentencia que desató la controversia a favor de Cervecería Aguila S.A. relativa a la liquidación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional por los períodos gravables meses de abril a diciembre de 1967 y enero a diciembre de 1968. (fls. 201/202).

Por su parte la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales presenta su alegato de conclusión para insistir que la base gravable para determinar el impuesto al consumo de cerveza está constituida por el precio de venta al detallista, fijado en la enajenación hecha por el fabricante directamente o por el distribuidor, de acuerdo con el valor en el lugar de fabricación o producción, excluyendo de este el valor del citado impuesto.

En cuanto al reintegro del depósito que efectuó la sociedad actora para acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 1o. del Decreto 189 de 1969), señala que es improcedente tal solicitud porque si se considera que las actuaciones de la Administración se ajustaron a derecho, entonces los pagos efectuados a título de depósito deben tomarse como parte del pago del gravamen establecido por ésta. También se opone al pago de intereses sobre tales depósitos debido a que debieron constituirse para poder demandar ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa y no existe norma alguna que consagre el derecho a solicitar intereses sobre sumas que por su naturaleza es una caución a título de garantía. (fls. 203/206).

Por último, el señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación, descorre el traslado para puntualizar que de acuerdo con los artículos 1o. y 2o. del Decreto 1665 de 1966, si bien estas normas establecen dos clases de precio de facturación (el que las fábricas productoras fijen para los distribuidores y agentes y el que las mismas fábricas, sucursales y agencias... cobren, por el artículo envasado a los vendedores al detal o directamente a los consumidores), esta distinción puede crear algunas confusiones, pero no en cuanto a la base sobre la cual ha de recaer el gravamen, pues el artículo 1o. ibídem no da lugar a dudas al ordenar que el impuesto "se liquidará *ad-valorem,* a razón del 60% del precio de facturación que las fábricas productoras **fijen para los distribuidores o agentes".**

Luego de transcribir aparte de la sentencia de la Sala Plena de 26 de abril de 1979 (expediente No. 3943, actor: Cervecería Colombo-Alemana S.A.) en donde se precisa que la base de liquidación está constituida por el precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción, sin incluir el valor del tributo ni otros costos variables, expresa que este mismo criterio aparece plasmado en la sentencia de diciembre 3 de 1992 (expediente No. 4009, actor: Bavaria S.A.). En cuanto al depósito anota que si de acuerdo con los términos de la sentencia no resulta ninguna obligación a cargo de la contribuyente, el valor de dicho depósito debe reintegrarse, y respecto al pago de intereses observa que el Tribunal no accedió a esta solicitud.

Al margen de lo anterior, el señor Agente del Ministerio Público manifiesta que el Tribunal Administrativo del Atlántico tardó cerca de cinco (5) años para dictar su decisión, comportamiento que considera censurable desde todo punto de vista, pues el concepto fiscal No. 036 se produjo el 15 de junio de 1988 y el proceso acumulado entró al Despacho para dictar sentencia el 22 de septiembre de 1988. (fls. 216/220).

CONSIDERACIONES

En varios fallos proferidos por el Consejo de Estado, se ha precisado el alcance de los artículos 1o., 2o. y 3o. de los Decretos 1665 y 1922 de 1966 en el sentido de que la base de liquidación del gravamen *ad-valorem* para el consumo de cerveza de producción nacional estaba constituida por el precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción, sin incluir el valor del tributo ni otros costos

variables que se reflejen en el precio al consumidor, interpretación esta que aparece consignada en la sentencia de Sala Plena de 26 de abril de 1979 (expediente No. 3943) y que recoge la sentencia de 3 de diciembre de 1992, (expediente No. 4009, actor: Bavaria S.A., Ponente Dr. Jaime Abella Zárate) en la cual se expresa lo siguiente:

"Ciertamente los artículos transcritos (1o. y 2o. del Decreto 1665 de 1966) adolecían de cierta contradicción, pues mientras el primero de ellos señala como base gravable el precio de facturación, que las fábricas productoras fijen para los distribuidores o agentes, el segundo señala que el precio de facturación está constituido por el que, sin incluir el impuesto de que trata el artículo 1o., es decir antes de liquidar el impuesto *ad-valorem* del 60%, cobre el productor directa o indirectamente, por el producto envasado a los vendedores al detal o a los consumidores, liquidado en el lugar de su producción, descontando los costos por envase no recuperable. Este hecho dio lugar a que en la determinación de la base gravable se suscitaran las posiciones encontradas entre la Administración y los contribuyentes que se han debatido en este y otros procesos ya culminados."

"Un estudio armónico de las normas involucradas en la controversia permite deducir que fue voluntad del legislador, que la base para el cálculo del impuesto fuera el precio de facturación, en el lugar de producción para los agentes o distribuidores, por las siguientes razones:

"1) Porque así lo dijo expresamente el artículo 1o.

"2) Porque el gravamen recaía exclusivamente sobre el consumo de cerveza (líquido) sin tener en cuenta gastos inherentes a su envasamiento y distribución. Especialmente porque preveía la ley la obligación de descontar el valor del envase no recuperable en razón de que envase reutilizable no hace parte del precio.

"Si bien el artículo 2o., se refería al precio de facturación de los distribuidores al minorista o detallista, pero simultáneamente especificaba no incluir el impuesto *ad-valorem,* ni otros costos por concepto de envases no retornables, necesariamente hacía mención a aquella facturación que no los comprende, es decir, el precio del producto al distribuidor que aún no contenía el impuesto al valorem, ni los costos por ventas o distribución y no el precio que se da al minorista o detallista que ya tienen incorporado dicho gravamen, la utilidad de este, los costos por envases, roturas, etc.

"Pues en ningún momento la ley, entonces vigente, estableció que el impuesto al consumo correspondiera al tipo de gravámenes de "valor agregado", como lo establece el actual régimen del impuesto sobre las ventas. Sistema en el cual sería admisible la liquidación del impuesto sobre el precio de facturación de la cerveza al comerciante minorista o detallista, excluyendo el previamente liquidado por el productor.

"3) Porque en el precio al consumidor, inciden otros costos, la utilidad de los intermediarios, las pérdidas del producto por derrame o roturas, etc., con lo cual al liquidar el gravamen en el momento del consumo real, por efectos del valor agregado en el precio final, se rompería el principio de igualdad de los contribuyentes frente a la ley, y se haría incontrolable su manejo.

"4) Porque el precio que se fija en el lugar de producción no puede ser otro que el de facturación de la fábrica al distribuidor, pues el de facturación de este al minorista, por lo general no corresponde al sitio de producción que es el indicado por la ley, sino al de consumo u otro.

"5) Porque en el precio al minorista se incluye el costo de los envases y otros gastos atribuibles para poner el producto en el lugar de expendio que la ley no gravó expresamente con este impuesto.

"6) Porque de acuerdo con el contenido del Decreto Reglamentario 2338 de 1966 (septiembre 14) artículo 1o., el gravamen debía ser liquidado por las empresas productoras de cervezas y se causaba con la entrega del producto al distribuidor y debía pagarse dentro de los 15 días siguientes a su causación. Término que sería o podría ser imposible de cumplir si el gravamen se liquidara no por el productor (como sucede en este caso), sino por el distribuidor en el momento de la venta al detallista o minorista, el cual podría acaecer después de vencidos los 15 días señalados por el reglamento.

"En resumen, en vigencia del Decreto Legislativo 1665 de 1966, y su reglamentario 1922 del mismo año (julio 25), el impuesto debía liquidarse de acuerdo con el precio de facturación de la sociedad productora a la distribuidora y no el de esta a sus compradores comerciantes minoristas, pues el impuesto se causaba en el lugar de producción en el momento de expedir la factura mediante la cual las fábricas o productoras fijaban el precio para el distribuidor, quienes debían liquidarlo, y su pago debía satisfacerse a los 15 días de su causación (artículo 1o. Decreto 2338 de 1966)."

De manera pues, que habiéndose dilucidado desde hace mucho tiempo el aspecto sobre el cual versa la controversia (determinación de la base gravable para el cobro del impuesto al consumo de cerveza), mediante decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha abril 26 de 1979, más otras sentencias proferidas con posterioridad por la Sección Cuarta de la Corporación, la Sala procede a confirmar la sentencia apelada en cuanto se fundamenta en la ley y en el criterio jurisprudencial antes reseñado, es decir, en cuanto se toma como base gravable para la liquidación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional el precio de facturación del fabricante al distribuidor en el lugar de producción, no sin antes censurar también la mora en que incurrió el Tribunal al dejar transcurrir cerca de cinco años para proferir la sentencia como lo anotó el señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, omisión que va en contravía de los principios de eficacia y de pronta y cumplida justicia.

En relación con el depósito exigido por el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 189 de 1969, confirma la decisión de la *a-quo* porque resulta procedente ordenar su reintegro como natural consecuencia de la anulación de los actos liquidatorios oficiales. Por lo tanto, deberá restituirse la suma de $4.426.539.oo, ajustada o actualizada de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo con base en los factores que esta disposición señala, pues si bien no da lugar al pago de intereses como lo señaló el Tribunal, es procedente la indexación, siguiendo para ello el criterio esbozado en sentencia de 18 de marzo de 1993, expediente No. 4490, actor: Fábrica Slaconia Ltda., de la cual fue Ponente el doctor Jaime Abella Zárate.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Confírmase la sentencia de 24 de noviembre de 1993 proferida en el proceso acumulado 4302 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual accedió a las súplicas de las demandas formuladas por CERVECERIA AGUILA S.A. Nit. 90.101.878 en relación con la determinación del impuesto al consumo de cerveza de producción nacional correspondiente al período de abril a diciembre de 1967 y enero a diciembre de 1968.

2o.- Reconócese personería a la doctora Patricia Romero Angulo, de acuerdo con poder visible a folio 207 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección, *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva,*

Carlos A. Flórez, Secretario.

Actor: Cervecería Aguila S.A.

SOBERANIA IMPOSITIVA/SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA/ DERECHO ADQUIRIDO

La Sala puntualiza que en varios fallos ha sostenido que "existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos: las tarifas del impuesto de renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones o descuentos tributarios, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder implique que la nueva ley pueda arrasar con las situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga, por estar la conducta del contribuyente dentro del supuesto jurídico previsto en la norma vigente al momento de su realización, cumpliendo así con la condición impuesta para producir sus efectos. Si bien en materia tributaria no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento que modifica el anterior, y frente a éste, se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal, amparada legalmente para producir todos sus efectos.

DESCUENTO TRIBUTARIO/EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO/SANCION POR INEXACTITUD-Improcendencia

No obstante que el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, que entró a regir el 24 de diciembre de 1986, derogó expresamente el beneficio fiscal para las empresas colombianas de transporte aéreo, hecho que de por sí no implica desconocimiento de derechos adquiridos ni de situaciones

jurídicas individuales concretas, habrá de aceptar el descuento tributario por valor de $14.612.892 rechazado por la Administración de Impuestos Nacionales, en razón de que la sociedad actora con la declaración de renta y patrimonio del año gravable 1986, acreditó las inversiones efectuadas durante el mencionado año consistentes en la compra de repuestos y accesorios para equipos de vuelo, reparación de aeronaves. Habida consideración de la prosperidad de la pretensión de la actora en cuanto a la aceptación del descuento tributario establecido para las compañías colombianas de transporte aéreo, obviamente habrá de levantarse la sanción por inexactitud impuesta.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano

Ref.: Expediente No. 5632. Actor: Aeroexpreso Bogotá S.A. Apelación sentencia de 25 de abril de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto de renta año gravable 1986). FALLO.-

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandada como por la sociedad actora, contra la sentencia de 25 de abril de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las peticiones formuladas por AEROEXPRESO BOGOTA S.A. Nit. 860.052.828 en relación con los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

El día 5 de mayo de 1987, la mencionada contribuyente presentó la declaración de renta del año gravable 1986. Con base en la solicitud de corrección la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá produjo la respectiva liquidación de corrección No. 0009 de 13 de junio de 1989 mediante la cual se modificó el valor de los descuentos tributarios ($14.612.892.oo en vez de $2.000.oo inicialmente solicitados), determinando el impuesto a cargo en la cantidad de $1.617.644, pues la liquidación privada lo había fijado en la suma de $16.213.486. (fls. 74 y 83).

Con motivo de la solicitud de devolución de impuestos formulada por la sociedad ($14.595.842) la Administración practicó inspección tributaria dirigida específicamente a verificar la legalidad de los descuentos tributarios solicitados en los años gravables 1986, 1987, 1988 y 1989.

En la respectiva acta de visita, la Administración precisa que la sociedad no tenía derecho al mencionado descuento tributario porque los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 fueron derogados expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, la cual empezó a regir el 24 de diciembre de este año.

Emitido el respectivo requerimiento especial No. 00015 de febrero 18 de 1991, del cual la sociedad dio respuesta, la Administración expidió la liquidación oficial de revisión No. 000168 de noviembre 18 de 1991, limitando los descuentos tributarios a $2.000 e imponiendo sanción por inexactitud por valor de $23.380.627 (fls. 47/55 y 63/73).

Interpuesto el recurso de reconsideración contra el acto liquidatorio oficial No. 000168 de noviembre 18 de 1991, la Administración por medio de la Resolución No. 0545 de septiembre 29 de 1992 lo modificó parcialmente en cuanto el cálculo del anticipo, quedando agotada de esta manera la vía gubernativa. (fls. 30/46).

La sociedad ocurrió en demanda ante el Tribunal sosteniendo básicamente que el descuento tributario concedido a las empresas colombianas de servicio de transporte aéreo (artículo 99 del Decreto 2053 de 1974) por un término de cinco años, es decir hasta 1979 inclusive, cuyos efectos fueron extendidos por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, es un derecho inmodificable que tienen dichas empresas para gozar hasta 1989 el mencionado incentivo fiscal. Luego de hacer algunas consideraciones sobre la vigencia de la ley tributaria en el tiempo y transcribir apartes de sentencia dictadas por el Consejo de Estado sobre este tema, específicamente sobre los derechos adquiridos, concluye que ella en ningún momento está discutiendo la prerrogativa que tiene el Estado de modificar las normas tributarias en cualquier tiempo, sino que no está de acuerdo con que se elimine a Aeroexpreso Bogotá S.A. el derecho que le asiste a obtener el beneficio que la ley le había concedido por un lapso determinado (pro-tempore).

Además, observa que cuando hay diferencias de criterio entre el contribuyente y la Administración Tributaria, ello en modo alguno configura inexactitud sancionable al tenor del artículo 647 del Estatuto Tributario.

Surtido el trámite de rigor el Tribunal de instancia profirió sentencia de mérito precisando que no es viable acceder a las pretensiones de la demandante en cuanto al beneficio de descuento consagrada para las compañías colombianas de transporte aéreo, porque el legislador en cualquier tiempo, dentro del ámbito constitucional, puede derogar o modificar disposiciones que beneficien a los contribuyentes.

Señala además el *a-quo* que si bien existía un descuento para las mencionadas empresas de transporte aéreo, este beneficio fiscal fue derogado expresamente por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, hecho que significa que a partir del 24 de diciembre de 1986, fecha en que se publicó la ley en el Diario Oficial No. 37.742, dicho descuento dejó de tener existencia legal. De ahí que no puede hablarse de derechos adquiridos de un descuento que no estaba vigente en el año gravable de 1986.

Luego de referirse y transcribir apartes de la sentencia de 9 de diciembre de 1989 de la cual fue ponente el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Hernando Gómez Otálora (demanda de inexequibilidad del artículo 108 de la Ley 75 de 1986), el fallo del Tribunal concluye que por no haberse consolidado ninguna situación patrimonial que hubiese sido objeto de transgresión por parte de las autoridades de impuestos,

en modo alguno le asiste derecho al demandante para beneficiarse del descuento tributario mencionado. Por lo tanto, no le dio prosperidad al cargo.

En cambio, sí accedió a levantar la sanción por inexactitud impuesta, pues consideró que existían diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y la contribuyente que creyó tener que tenía derecho al descuento. (fls. 143/156).

RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la sociedad actora concreta su impugnación arguyendo que, si bien el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 derogó expresamente el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974 y el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981, ello debe entenderse sin perjuicio de los derechos adquiridos de Aeroexpreso Bogotá S.A. y sin vulnerar las situaciones jurídicas concretas que se habían creado bajo la vigencia de las mencionadas normas, porque ello implicaría darle efectos retroactivos, hecho inaceptable y constitucionalmente prohibido (artículo 363 inciso 2o. Constitución Nacional). En resumen, que la ley debe regir hacia el futuro y no puede desconocer los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas concretas y subjetivas.

Al respecto, el apelante precisa que en este caso está claro que Aeroexpreso Bogotá S.A. tuvo hasta 1989 un derecho adquirido para beneficiarse del descuento tributario, toda vez que si efectuaba determinadas inversiones tendría un descuento del 100% del impuesto de renta. Reitera que dichas inversiones las acreditó oportunamente ante la Administración de Impuestos proyectando sus actividades con base en el descuento tributario que le concedía la ley hasta 1989, situación que no podía vulnerar la ley 75 de 1986.

En cuanto a la sanción por inexactitud expresa que esta es improcedente, porque también es claro que entre la Administración y Aeroexpreso Bogotá S.A. existe simplemente un problema de criterio e interpretación legal, motivo por el cual debe aplicarse el inciso final del artículo 647 del Estatuto Tributario. (fls. 159/162).

Por su parte, la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien también apela la sentencia del Tribunal, observa que si esta confirma la negativa al beneficio del descuento tributario con base en el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 que lo suprimió al derogar las respectivas normas, la sanción por inexactitud impuesta por la Administración debe mantenerse por la misma razón en que se fundamenta la liquidación oficial de revisión para que haya la respectiva correspondencia.

Señala que para este caso rige el principio de que "para la misma razón la misma disposición", consistente en que la sanción por inexactitud contiene una consecuencia cierta derivada de una conducta por parte del contribuyente que desatiende lo dispuesto en la norma vigente para el momento. En consecuencia, solicita se revoque la decisión del Tribunal en cuanto al levantamiento de la sanción por inexactitud. (fls. 163/168).

ALEGATOS DE CONCLUSION

El señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación, hace un recuento de la actuación cumplida en la vía gubernativa y jurisdiccional, puntualizando que los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1o. de la Ley 2a. de 1981 no son normas creadoras de situaciones jurídicas particulares y concretas ni reconocen un derecho en favor de personas determinadas o de la sociedad demandante, sino que son preceptos de alcance general; por lo tanto, el Congreso de la República al derogar por medio del artículo 108 de la Ley 75 de 1986 aquellos preceptos (descuento tributario para las empresas colombianas de transporte aéreo) no desconoció ningún "derecho adquirido" por la contribuyente.

En relación con la sanción por inexactitud sostiene que contrariamente a lo afirmado por la sociedad, en este caso no existen "diferencias de criterio" sino la inclusión de una exención inexistente, pues esta por mandato legal, no regía para el año gravable de 1986.

En resumen, que al pretender se desconozca una norma legal que como el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 tiene plena vigencia y no es contraria a la Constitución, no es precisamente una "diferencia de criterio", concluyendo entonces que la Administración al imponer la sanción por inexactitud se ajustó a la ley. Por tanto, auspicia la confirmación de la sentencia recurrida, excepto en cuanto a la sanción por inexactitud. (fls. 186/193).

Por su parte, la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al descorrer el traslado para alegar de conclusión se refiere a la sanción por inexactitud, para lo cual transcribe el inciso 1o. del artículo 647 del Estatuto Tributario concluyendo que de su contexto se evidencia que la inclusión de los descuentos no autorizados legalmente constituye inexactitud sancionable, motivo por el cual no resulta acertado el levantar la sanción con el argumento esgrimido por el Tribunal de que ello obedece a diferencias de criterios entre la Administración y la sociedad actora. En consecuencia pide se revoque la sentencia de primera instancia en virtud de la legalidad de la sanción por inexactitud impuesta. (fls. 195/198).

Por último, el apoderado de la sociedad actora en su alegato de conclusión solicita se den por reproducidos los argumentos que expuso en la sustentación del recurso de apelación. (fl. 194).

CONSIDERACIONES

Se discute en este proceso si el descuento tributario establecido por el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974 hasta el año de 1979 y prorrogado por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1981 por diez años más, es decir hasta 1989, no obstante haber sido derogadas estas normas por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986 que entró a regir el

24 de diciembre de este mismo año constituye un derecho adquirido o una situación individual y concreta para las empresas colombianas de transporte aéreo en cuyo favor se consagró este beneficio.

Pues bien, conviene precisar al respecto, que la ley fiscal lo concedía siempre y cuando estas empresas hicieran la inversión de ese descuento dentro del respectivo año o período gravable, circunstancia que debía demostrarse ante las autoridades de impuestos en la respectiva declaración de renta y patrimonio.

Así mismo, la Sala puntualiza que en varios fallos ha sostenido que "existe poder soberano del legislador para modificar la normatividad en materia impositiva en todos sus aspectos: las tarifas del impuesto de renta, cambio de las bases tributarias, eliminación o consagración de exenciones o descuentos tributarios, por ejemplo, lo cual no quiere decir que este poder implique que la nueva ley pueda arrasar con las situaciones engendradas y consolidadas bajo el amparo de la legislación que se deroga, por estar la conducta del contribuyente dentro del supuesto jurídico previsto en la norma vigente al momento de su realización, cumpliendo así con la condición impuesta para producir sus efectos. Por tanto, si la conducta se desarrolla conforme a la hipótesis jurídica está llamada a producir los efectos jurídicos de manera inmediata, pues el hecho de existir un corte de cuentas y consolidación de toda la operación base de la obligación tributaria al finalizar el período fiscal, permite verificar el cumplimiento de los supuestos de hecho previstos en la norma derogada". (expediente 3989, actor: Aires S.A. impuesto de renta, año gravable 1986, sentencia de junio 7 de 1993, Ponente, doctor Delio Gómez Leyva).

Por lo demás, en otras oportunidades la Sala ha expresado que, si bien en materia tributaria no puede afirmarse la existencia de derechos adquiridos, no se descarta que frente a un nuevo ordenamiento que modifica el anterior, y frente a este, se hayan consolidado situaciones jurídicas, por estar la conducta del contribuyente desarrollada bajo el supuesto legal y, como tal, amparada legalmente para producir todos sus efectos.

En resumen, que existe una posición bien definida de la Corporación en el sentido de que, si bien no se ha aceptado jurisprudencialmente la existencia de derechos adquiridos en materia tributaria, reconoce la existencia en este campo de situaciones jurídicas consolidadas que emanan del principio de legalidad.

Corroboran la aplicación de este criterio las sentencias proferidas en los procesos Nos. 3989 (actor: Aires S.A. impuesto de renta 1986) y 2925 (actor: Aerovías del Cesar Ltda. impuesto de renta de 1979) en los cuales los demandantes, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 104 del Decreto Reglamentario 187 de 1975, comprobaron la contabilización de las inversiones realizadas en los respectivos años gravables con destino a la renovación, adición y reparación de equipos.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que no obstante que el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, que entró a regir el 24 de diciembre de 1986, derogó

expresamente el beneficio fiscal para las empresas colombianas de transporte aéreo, hecho que de por sí no implica desconocimiento de derechos adquiridos ni de situaciones jurídicas individuales concretas como lo ha predicado Aeroexpreso Bogotá S.A. a través de la actuación gubernativa y jurisdiccional, habrá de aceptar el descuento tributario por valor de $14.612.892 rechazado por la Administración de Impuestos Nacionales, en razón de que la sociedad actora con la declaración de renta y patrimonio del año gravable 1986 acreditó las inversiones efectuadas durante el mencionado año consistentes en la compra de repuestos y accesorios para equipos de vuelo ($102.871.560), reparación de aeronaves ($17.030.875), cuyas contabilizaciones aparecen registradas en los comprobantes de contabilidad Nos. 127, 128, 107, 108, 93, 94, 130, 131, 105, 106, 101, 102, 97, 96, 60, 61, 100, 101, 114 de los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1986 respectivamente (fl. 1/25 cuaderno de antecedentes administrativos).

Habida consideración de la prosperidad de la pretensión de la actora en cuanto a la aceptación del descuento tributario establecido para las compañías colombianas de transporte aéreo, obviamente habrá de levantarse la sanción por inexactitud impuesta.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- REVOCAR la sentencia de 25 de abril de 1994 proferida en el juicio No. 9366 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2o.- En su lugar, ANULAR la liquidación oficial de revisión No. 000168 de noviembre 18 de 1991 y la Resolución No. 0545 de septiembre 29 de 1992 originarias de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá; y DECLARAR en firme la liquidación de corrección No. 0009 de 13 de junio de 1989 que sustituyó a su vez la liquidación privada No. 000103 de fecha 5 de mayo de 1987 - 2982 - DIN: BOGOTA en donde aparece como total a cargo de AEROEXPRESO BOGOTA S.A. la suma de $1.617.644 por concepto de impuesto de renta y ganancias ocasionales del año gravable 1986.

3o.- RECONOCER personería a la doctora Nohora Inés Matiz Santos, de acuerdo con poder visible a folio 199 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

CONGRESO/FACULTAD IMPOSITIVA PRIMARIA/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/ IMPUESTO A LOS PARQUEADEROS

Aún en el supuesto de que la norma demandada perdió su vigencia, no obstante, su legalidad se ha cuestionado, y es posible que existan situaciones *sub-judice* que resultarían afectadas con la decisión que profiera la Corporación. El Congreso de acuerdo con el artículo 338 de la C.N., citada en la demanda, no sólo tiene plena iniciativa impositiva condicionada únicamente en su forma y fondo por los requisitos impuestos en la propia Constitución, sino que a la luz de la Constitución Política vigente, es titular de una facultad impositiva primaria e indelegable. Si bien la norma expresa que las Asambleas y Concejos Municipales pueden votar tributos y contribuciones, tal facultad debe ejercerse conforme con lo señalado en la ley, es decir, no tienen iniciativa tributaria, sólo establecen y reglamentan los impuestos y contribuciones que expresamente la ley crea o autoriza establecer. Sólo tienen una competencia impositiva derivada, ya que su ejercicio requiere de la autorización legal expresa que fije las condiciones y límites de los respectivos gravámenes, como expresamente lo indica la propia Constitución en los artículos 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o. antes citado. Ahora bien, cuando mediante el acuerdo acusado, a través del cual se votó el presupuesto para el año de 1992, el Concejo de Bogotá creó en el artículo 22 demandado, un gravamen equivalente a 1/32 del salario mínimo legal diario sobre cada boleta de control y recibo de vehículos automotores en los aparcaderos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Ref.: Expediente No. 5603. Actor: Luis Miguel Urrego Delgado. Apelación de la sentencia del 24 de marzo de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción de nulidad contra el artículo 22 del Acuerdo 32 de 1991 del Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. Autoridades Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Bogotá contra la sentencia del 24 de marzo de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de nulidad, intentado por el ciudadano LUIS MIGUEL URREGO DELGADO, contra el artículo 22 del Acuerdo 32 de 1991, expedido por el Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

Invocando el cumplimiento del artículo 95 del Código Fiscal, el Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, mediante el Acuerdo No. 32 de 1991 (fl. 78 cdno. ppal.) expidió el Presupuesto de Rentas e Ingresos y de Inversiones y Gastos de las Entidades Descentralizadas y Fondos Rotatorios del Distrito Capital de Santafé de Bogotá y dictó otras disposiciones. Acuerdo que fue sancionado el 23 de diciembre de 1991 por el Alcalde Mayor de Bogotá y ordenada su publicación y ejecución.

LA DEMANDA

Acusa al Acuerdo 32 de 1991 en su artículo 22, de incurrir en violación de las normas superiores contenidas en los artículos 313 numeral 4o. y 338 de la Constitución Nacional; 33 de la Ley 14 de 1983; 196 y 214 Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía; Acuerdos 21 de 1983 y 15 de 1987, mediante los cuales se gravó el servicio de aparcaderos a la tasa del 7% y el Acuerdo 6 de 1985 (Código Fiscal).

Básicamente expone que con la expedición del Acuerdo, en el artículo acusado, se desconoció el principio constitucional de legalidad que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, pues no se atendió la jerarquía de reglas de derecho, que implica no solamente la supremacía de la Constitución Nacional y la ley en sentido estricto sino que se desconocieron los fundamentos jurídicos que soportan la facultad impositiva de los Concejos Municipales entre ellos el Concejo de Santafé de Bogotá, atribución que si bien tiene su fundamento en la Constitución Nacional artículos 313 y 338, debe ejercerse de acuerdo con la ley.

Señala que existe violación de la Ley 14 de 1983 en su artículo 33, pues ésta señala como límites de aplicación de la tarifa los rangos del 2 al 10 por mil mensual para las

actividades de servicio señaladas en el artículo 36 ibídem y, consecuencialmente violó los Acuerdos 21 de 1983 y 15 de 1987 que fijaron como tarifa para este servicio el 7%.

Es violatorio del Código Fiscal (Acuerdo 6 de 1985), pues el parágrafo 1o. del artículo demandado establece que el gravamen impuesto es una contribución y según el Código Fiscal "Contribuciones" son las cuotas ordenadas por la Administración, que deben pagar las personas naturales o jurídicas para cobrar el costo de una obra realizada por el Distrito, y en el presente caso no existe ninguna obra, sino un impuesto directo que grava la actividad independiente del impuesto de industria y comercio y que causa doble imposición.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al considerar:

a) Que no era procedente la solicitud de fallo inhibitorio por sustracción de materia planteada por la demandada, porque si bien era cierto que el acuerdo sólo rigió para el año de 1992, bien pudo durante su vigencia crearles situaciones individuales susceptibles de acción contenciosa. Cita en apoyo la providencia del Consejo de Estado del 6 de diciembre de 1991, Expediente 3080, Actor María Clemencia Gómez.

b) Tenía razón la actora en los argumentos expuestos, puesto que evidentemente el Distrito a través de la norma acusada, creó un tributo sin autorización legal, por lo tanto prosperaba el cargo de nulidad del artículo 22 del Acuerdo 32 de 1991 del Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

LA APELACION

El apoderado de la demandada al apelar el fallo, alega que el Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá sí tenía facultad para imponer la contribución y que no existe contradicción con la norma constitucional, pues el constituyente de 1991, interpretando el querer nacional y la reforma político administrativa que tuvo como objetivo el municipio colombiano, abarcó tres grandes áreas: los fiscos locales, las funciones y atribuciones de los Municipios y los nuevos mecanismos de participación ciudadana.

Ese nuevo ordenamiento territorial, de acuerdo con el artículo 287 de la Constitución Nacional, se resume en autonomía para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que le corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

Señala que analizado el texto del artículo 22 del Acuerdo 32 de 1991 en forma analítica y deductiva, tanto en la actividad regulada hacia la cual está dirigida, como la eficacia del objeto de la misma, puede deducirse que la actividad que allí se cobra es

el costo de las boletas que el Fondo de Vigilancia y Seguridad Social del Distrito Capital suministra a cada aparcadero público, que permite el control en el funcionamiento y prestación del servicio correspondiente.

Dicha renta, a su juicio, se encuentra soportada en el artículo 6o. de la Ley 72 de 1926, cuyo texto cita.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora y la demandada no presentaron alegatos de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante lo contencioso, pide la confirmación de la sentencia apelada porque, el planteamiento relacionado con el artículo 6o. de la Ley 72 de 1926 no es válido ya que esta norma fue derogada por los artículos 172 y siguientes del Decreto 1333 de 1986, preceptos que señalan los impuestos que los Concejos Municipales y el Distrito Capital pueden crear libremente, y dentro de los cuales no se encuentra el que establece la norma acusada.

En contra de la segunda argumentación, advierte que si bien el artículo 287 numeral 3o. de la Constitución Política, expresa que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, señala que la misma está contenida en los límites de la Constitución Nacional y la ley, lo que reitera el artículo 338 de la Constitución Política y confirma el artículo 313 numeral 4o. ibídem.

Estima improcedente el argumento sobre la sustracción de materia, que expone el apoderado dela demandada, alegando que el artículo 22 del Acuerdo 32 de 1991 sólo rigió por el período comprendido entre el 1o. al 31 de diciembre de 1992, porque ninguna de las disposiciones del mencionado acuerdo señalan que el artículo 22 sólo regirá durante 1992. La afirmación que hace el representante judicial del Distrito Capital se fundamenta en el hecho de que el artículo 1o. del Acuerdo expresa que se fijan las cantidades correspondientes al presupuesto de rentas, ingresos e inversiones y gastos de las entidades descentralizadas y Fondos Rotatorios del Distrito para la vigencia fiscal comprendida entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1992, pero ocurre que tal disposición se refiere precisamente a la vigencia del persupuesto y no a la del artículo 22, que contempla una situación distinta e independiente cual es la creación de un gravamen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Sustracción de materia

Acerca de la necesidad de un fallo de mérito y no inhibitorio por sustracción de materia, en aquellos casos en que el acto administrativo ha dejado de existir, pero ha

producido efectos jurídicos, que pueden estar *sub-judice*, ha sido criterio no sólo de la Sala, sino de la Corporación en pleno, hacer pronunciamiento de fondo, ante la necesidad de definición legal de las consecuencias que generó el acto administrativo, relacionadas con situaciones no consolidadas.

Fue así como en la sentencia 002 del 14 de enero de 1991, Expediente S-157, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, reiterada en la sentencia del 6 de marzo de 1991, Expediente S-148, Ponente doctor Jaime Abella Zárate, aplicable también en este caso, dijo la Corporación:

"Sustracción de materia

.....

"Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad cuyo propósito "no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto." (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

"La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387-10861), octubre 12 de 1989 (Expediente 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

"Sin embargo, en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

"Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso para que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño o restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

"Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenido en ciertas oportunidades (Sentencia de 9 de julio de 1987, Expediente E-102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de

hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así este sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico, supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab initio,* restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción público de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

"Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario *sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objeto del acto particular de que se trate.

"Por ello la Sala opina que, aun a pesar de haber sido ellas derogadas, es necesario que esta corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así, se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada,

imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violatoria, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

"Por las razones expresadas, y aun a pesar de que se considere que los artículos 1o. y 2o. del Decreto 196 de 1985 hubiesen sido derogados por la Ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas, entendiéndose que si prosperara esta última posibilidad, la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieren vigentes."

Los criterios anteriores son válidos en el presente caso, porque aun en el supuesto de que la norma demandada perdió su vigencia, no obstante, su legalidad se ha cuestionado, y es posible que existan situaciones *sub-judice* que resultarían afectadas con la decisión que profiera la Corporación.

Adicionalmente encuentra la Sala que evidentemente como lo expresa el Procurador Delegado, del texto del artículo 1o. del Acuerdo acusado en su artículo 22, no se infiere que el gravamen creado, objeto de discusión, tuviera vigencia transitoria única y exclusiva para el año de 1992.

Encuentra así la Sala acertada la decisión del *a-quo* de proferir fallo de mérito.

2.- **Facultad Impositiva de los Municipios**

De acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política en tiempo de paz, solamente tienen capacidad impositiva el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos Municipales, obviamente dentro de su nivel y sin que pueda el uno vulnerar la competencia del otro (artículos 150 numeral 12, 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o.).

El Congreso de acuerdo con la norma constitucional, citada en la demanda, no sólo tiene plena iniciativa impositiva condicionada únicamente en su forma y fondo por los requisitos impuestos en la propia Constitución, sino que a la luz de la Constitución Política vigente, es titular de una facultad impositiva primaria e indelegable.

Si bien la norma expresa que las Asambleas y Concejos Municipales, pueden votar tributos y contribuciones, tal facultad debe ejercerse conforme con lo señalado en la ley, es decir, no tienen iniciativa tributaria, sólo establecen y reglamentan los impuestos y contribuciones que expresamente la ley crea o autoriza establecer.

Sólo tienen una competencia impositiva derivada, ya que su ejercicio requiere de la autorización legal expresa que fije las condiciones y límites de los respectivos gravámenes, como expresamente lo indica la propia Constitución en los artículos 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o. antes citados.

Ahora bien, cuando mediante el acuerdo acusado, a través del cual se votó el presupuesto para el año de 1992, el Concejo de Bogotá creó en el artículo 22 demandado, un gravamen equivalente a 1/32 del salario mínimo legal diario sobre cada boleta de control y recibo de vehículos automotores en los aparcaderos públicos, fijando como momento de causación y pago el de la entrega de la boletería sellada y prenumerada por parte del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, sin que exista ley que cree o autorice tal gravamen, violó el ordenamiento contenido en los artículos 313 y 348 de la Constitución Política, señalados en la demanda, razón por la cual, hizo bien el *a-quo* al declarar la nulidad del acto acusado y por lo tanto, se confirmará la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de marzo de 1994 en el juicio 8980.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además la providencia de 6 de marzo de 1991, Expediente S-148, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

ACCION DE NULIDAD/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/SUSTRACCION DE MATERIA/SENTENCIA INHIBITORIA/(Salvamento de Voto)

El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación. Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla; el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos; la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden la definición de la litis. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia.

Salvamento de voto: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 5603. Actor: Luis Miguel Urrego Delgado C/Santafé de Bogotá, D.C. Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Deseo manifestar que, tengo algunas razones para no compartir la decisión de la Sala que admite la demanda, puesto que estimo que ha debido dársele a ella el tratamiento que resulta de la aplicación de la teoría de la sustracción de materia que la Sala Plena del Consejo de Estado ha sostenido en reiterada jurisprudencia. Así, en apoyo de mi posición, me basta transcribir a continuación una de las muchas providencias en las cuales se sostiene la no necesidad de emitir pronunciamiento con respecto a normas que han sido derogadas o que han dejado de regir o produjeron la totalidad de sus efectos:

> "El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación."
>
> "Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla; el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico, abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden la definición de la litis. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto". (sentencia de 11 de julio de 1962, Consejero Ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta. Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, pág. 232).

Guillermo Chahín Lizcano

CUENTA CORRIENTE DEL IVA-Manejo/**RESPONSABLE DEL IVA**-Obligaciones

No obstante, dada la naturaleza de indirecto de este impuesto en el que primordialmente el responsable actúa como recaudador, quiso el legislador establecer como requisito de fondo y medio de control y de cuantificación del tributo, una cuenta corriente específica para el manejo del impuesto, cuya creación y forma de llevar previó expresamente en el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, y así mismo ordenó la oportunidad de los registros en dicha cuenta, tanto del impuesto causado por las operaciones gravadas como el de los impuestos pagados por los insumos utilizados en los procesos de fabricación o comercialización de bienes y prestación de servicios gravados y el término para su solicitud en la declaración tributaria correspondiente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Ref.: Expediente No. 5606. Actor: Merck Sharp Dohme Química de Colombia S.A. (Laboratorios del Valle S.A.). Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Devolución Ventas 5o. y 6o. bimestres de 1984 y 1o. a 4o. bimestres de 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 24 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, al conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por la sociedad MERCH SHARP DOHME QUIMICA DE COLOMBIA S.A. (Hoy Laboratorios del Valle S.A.) contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá le negó el reconocimiento de los saldos a favor por concepto del impuesto sobre las ventas correspondientes a los bimestres 5o. y 6o. de 1984 y 1o. a 4o. de 1985.

ANTECEDENTES

La sociedad actora, responsable del impuesto sobre las ventas presentó las declaraciones del impuesto correspondiente a los bimestres 5o. y 6o. de 1984 y 1o. a 4o. de 1985 en las cuales determinó saldos a favor por las sumas de $2.634.463, $1.902.075, $1.733.686, $2.594.213, $9.396.958 y $12.054.893 respectivamente cuya devolución solicitó oportunamente el 28 de octubre de 1985, exponiendo que durante tales períodos estuvo dedicada a la producción de droga para uso humano y veterinario, artículos exentos del impuesto sobre las ventas, por lo que aun cuando no estaba obligada a cobrar el impuesto por su enajenación, sí tenía derecho al reconocimiento como descontable del impuesto pagado por los insumos, que no gozaban del mismo tratamiento.

Recibida la solicitud, la Administración ordenó la práctica de una inspección contable con el fin de verificar el derecho de los saldos a favor, y encontró en resumen que no existía el ajuste a la cuenta a cero como lo exigía la ley, pues este fue realizado en un auxiliar del mayor que carecía de registro en la Cámara de Comercio; la cuenta del impuesto a las ventas por pagar tampoco cumplía con los requisitos legales exigidos por el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, pues aunque se llevaba en el libro mayor se incluía como cuenta del activo, bajo la denominación genérica "Cuentas por Recibir".

Con base en tales circunstancias la Sección de Auditoría, mediante las resoluciones Nos. 001183 del 6 de diciembre, 001185 del 6 de diciembre, 001201 del 10 de diciembre, 001187 del 9 de diciembre, 001200 del 10 de diciembre y 001258 del 28 de diciembre del año de 1985 negó las devoluciones pedidas.

La sociedad interpuso el recurso de reconsideración, reclamando el derecho a la devolución con fundamento en el Decreto 3541 de 1983, y aunque aceptó la inconsistencia contable endilgada por la Administración, expresó que de acuerdo con lo exigido por la Administración procedia a la apertura de la cuenta discutida, en el libro mayor, código 08, subcuenta No. 08-100, que ampara los descuentos generados por las compras, y que acompaña para tal efecto el certificado del Revisor Fiscal de la empresa.

Los recursos fueron fallados por la Administración mediante las resoluciones 00205, 00203 de julio 7 de 1988, 00202 de julio 7 de 1988, 00131 del 28 de octubre de 1988, 00204 y 00201 de julio 7 de 1988, en las cuales la Administración le negó carácter

probatorio al certificado del Revisor Fiscal, para efectos de la devolución pedida, porque la cuenta exigida por la ley es la base, tanto de las operaciones comerciales, como de la de devolución. Además tal documento está demostrando que sólo con ocasión de la visita contable, procedió el responsable a la apertura de la cuenta corriente exigida por la ley hacia el futuro, que en su entender sirve de prueba para futuras vigencias pero no para las discutidas.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acudió ante la Jurisdicción la sociedad contribuyente, para reclamar la nulidad de los actos administrativos que negaron el derecho a la devolución, por transgresión de los artículos 16, 30, 43, 76 numeral 1o., 12 y 122 de la Constitución Nacional; 13, 15, 28, 31, 41, 52 y 62 del Decreto 3541 de 1983; 3o. del Decreto 570 de 1984; 7o. y 15 del Decreto 1813 de 1984, 30 y 31 de la Ley 52 de 1977 y el consecuente restablecimiento del derecho consistente en el reconocimiento de la devolución pedida junto con el pago de intereses.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 24 de marzo del año en curso denegó las súplicas de la demanda al considerar que la sociedad actora no dio cumplimiento cabal a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, que exige llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance denominada impuesto a las ventas por pagar. A tal efecto, no resultaban válidos los argumentos de la actora ni las pruebas aducidas, incluyendo el resultado de la inspección judicial con intervención de peritos, porque la forma de llevar los impuestos descontables, que dan derecho a la devolución, no puede ser diferente a la exigida en la ley.

Tampoco era válido el argumento expuesto relativo a la reclamación del saldo a favor con fundamento en la firmeza de la liquidación privada, por haber transcurrido más de dos años desde la fecha de la presentación de la respectiva solicitud, por cuanto tal término se interrumpe por mandato del artículo 52 del Decreto 3541 de 1983, durante el trámite de impugnación en la vía gubernativa, contra la providencia que resuelve la solicitud de devolución.

LA APELACION

El apoderado de la actora al apelar la sentencia acusa al Tribunal de incurrir en errores de hecho y de derecho al haber desconocido los informes rendidos por los peritos y el derecho a la devolución del saldo a favor, más los intereses causados porque está demostrado que:

a) La actora si llevaba una cuenta mayor de "Impuesto a las Ventas por Pagar".

b) Que dicha cuenta se ajustó a ceros por cada uno de dichos bimestres.

Afirma que dichos hechos se acreditaron, tanto con el certificado del Revisor Fiscal de la Compañía, que constituye plena prueba y cuyo contenido no fue desvirtuado por la Administración, como con el experticio practicado por contador público y el concepto de la contadora pública que dirimió la diferencia de criterio entre el primero y el segundo perito.

Alega que aún en el peor de los casos, en que quedara alguna duda en torno a la existencia de la cuenta, se tendría que aplicar el principio de indubio pro contribuyente, y en tal sentido reconocer el derecho del saldo a favor.

Pide se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda reconociendo la devolución del saldo a favor y los intereses conforme con lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 3541 de 1983.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la demandada al alegar de conclusión, refuta la aseveración de la actora, relacionada con el hecho de llevar la cuenta del impuesto a las ventas por pagar, así como su ajuste a cero.

Señala, que en la inspección contable ordenada por auto comisorio 434 de 1985, se pudo determinar que el impuesto a las ventas descontable se registró en una cuenta auxiliar denominada "Impoventas por pagar", subcuenta Impuesto Ventas, cuenta mayor, "Cuentas por Recibir Otros" incumpliendo así la exigencia del artículo 41 del Decreto 3541 de 1983.

Lo anterior es admitido por la propia actora en los distintos memoriales (uno para cada bimestre) que sustentan el recurso de reposición contra las resoluciones que negaron las solicitudes de devolución en los cuales su apoderado afirma:

> **"... que si bien la sociedad no tenía en el Libro Mayor Oficial una cuenta mayor en la cual se contabilizara el Impuesto de Ventas por Pagar,** sí llevaba una cuenta de balance separada de cualquier otra cuenta, en el Libro Diario Oficial en el cual se registraban los movimientos débitos o créditos que reflejaban en forma real y fidedigna los saldos a favor solicitados." (Subrayado)

En el experticio rendido por el Contador Jaime Suárez Contreras (punto 2 del dictamen) se dice claramente que la sociedad actora "...no tenía como "cuenta mayor" nominal o de balance la de impuesto a las ventas, pero en las subcuentas codificadas con los números 06 400-0010 y 06-400-0020 denominada impuesto a las ventas por pagar e impuesto a las ventas por cobrar, respectivamente, registraba todas las transacciones relativas al impuesto (...) cuentas integran la cuenta mayor del activo titulada "cuentas por recibir otras".

Dicha cuenta, como pudo establecerse de la hoja No. 2 de dictamen de Lucero Hernández, está conformada por los códigos 06-100 empleados; 06-200 depósitos; 06-300 reclamos, 06-400 impuesto a las ventas y 06-500 misceláneos.

Es decir, las pruebas practicadas en la jurisdicción confirman las conclusiones ya expuestas, en cuanto que la sociedad actora no llevaba cuenta en el libro mayor denominada "impuesto a las ventas por pagar", ni otra que tenga la misma función pero con otra denominación y además, que la cuenta llamada "cuentas por recibir otros" es el resumen de otras subcuentas y como efecto lógico no existe el ajuste de la cuenta mayor "Impuesto a las Ventas por Pagar" a cero como lo exige el parágrafo 2o. del artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1813 de 1984, para la viabilidad de la devolución solicitada.

Invoca y transcribe apartes de la sentencia del 9 de octubre de 1992, Expediente 3575 y pide se confirme la sentencia apelada.

El apoderado de la actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos al apelar, y adicionalmente expone que se da la imposibilidad teórica de la inexistencia de la cuenta del IVA por pagar, como cuenta de mayor o de balance, en razón de que los más elementales principios contables enseñan que la contabilidad maneja sólo dos grandes clases de cuentas: de balance y resultado, explica los asientos en una y otra para concluir que la cuenta del IVA por pagar", no puede ser de resultados y entonces era una cuenta mayor o de balance.

Se afianza en la prueba practicada en el proceso por peritos contables para dar por demostrada la existencia de la cuenta mencionada y su ajuste a cero.

EL MINISTERIO PUBLICO

No rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Devolución de impuestos

El motivo que tuvo la Administración de Impuestos para rechazar la solicitud de devolución, según se expone en las resoluciones expedidas en la vía gubernativa, fue el hecho de haber encontrado que la sociedad no llevaba la cuenta de Impuestos a las Ventas por Pagar independientemente, sino como subcuenta de una mayor, denominada "Cuentas por Recibir-Otras" y porque el ajuste de la cuenta a cero, se efectuó en el libro auxiliar y no en el mayor, según lo consigna el acta de inspección contable y la misma providencia que rechazó la devolución, circunstancias que imposibilitaban en ese momento el reconocimiento de la devolución pedida.

Naturaleza de la Cuenta, Impuesto a las Ventas por pagar

El artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 (hoy artículo 509 del Estatuto Tributario) señala la forma como debe llevarse la cuenta del impuesto a las ventas por pagar, de manera tal que permita determinar de su simple análisis los impuestos causados por las operaciones gravadas, los impuestos descontables y por ende el saldo a favor consignado en la declaración tributaria de este gravamen.

En relación con la naturaleza de esta cuenta, la Sala en diversas oportunidades se ha pronunciado y en el fallo de agosto 14 de 1992, Expediente 3932. Actor Purina Colombiana S.A., Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate dijo:

> "Las características especiales de la cuenta mayor o de balance que el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, exige llevar a los responsables del impuesto sobre las ventas, ha sido analizada en múltiples ocasiones por la Corporación, ya que en materia fiscal no resulta suficiente que el contribuyente pague el impuesto sobre las ventas por los artículos o insumos adquiridos, para ser utilizados en el proceso industrial o de servicios desarrollados por el contribuyente, para que este tenga reconocimiento fiscal.
>
> "Exige la ley, además de la realidad del pago y de su reconocimiento expreso como descontable, que se cumplan los requisitos de fondo y de forma por ella exigidos para que proceda su aceptación.
>
> "En materia del impuesto sobre las ventas, si bien el Decreto 3541 de 1983 en sus artículos 27 y 28 reconoce los saldos a favor de los responsables y el derecho a la devolución en el caso de productores y exportadores, cuando "se originen en un exceso de impuestos descontables sobre el impuesto generado por las operaciones gravadas", para el reconocimiento de dichos descuentos exige que el impuesto se haya pagado sobre bienes o servicios que resulten computables como costo o gasto de la empresa, destinados a las operaciones gravadas con el impuesto, que su contabilización se efectúe en el período fiscal correspondiente a la fecha de causación, o en uno de los dos períodos bimestrales inmediatamente siguientes y que su solicitud se formule en la declaración del período en el cual se haya efectuado su contabilización.
>
> "No obstante, dada la naturaleza de indirecto de este impuesto en el que primordialmente el responsable actúa como recaudador, quiso el legislador establecer como requisito de fondo y medio de control y de cuantificación del tributo, una cuenta corriente específica para el manejo del impuesto, cuya creación y forma de llevar previó expresamente en el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, y así mismo ordenó la oportunidad de los registros en dicha cuenta, tanto del impuesto causado por las operaciones gravadas como el de los impuestos pagados por los insumos utilizados en los procesos de fabricación o comercialización de bienes y prestación de servicios gravados y el término para su solicitud en la declaración tributaria correspondiente.

CONTABILIZACION DEL IMPUESTO

Con relación a este aspecto, la Sala en sentencia de marzo 13 de 1992, expediente 3557, Actor Procesadora de Leche, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate, reiteró:

> "... que la disposición del artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 que ordena a los responsables del impuesto a las ventas, sometidos al régimen común, llevar una

cuenta mayor o de balance cuya denominación será "IMPUESTOS A LAS VENTAS POR PAGAR" y que se maneja en la forma allí descrita, no es un aspecto meramente formal que puede cambiarse al libre capricho de los obligados.

Dispone la citada norma:

"CAPITULO X CONTABILIDAD Y FACTURACION

"Artículo 41. Los responsables del impuesto sobre las ventas, sometidos al régimen común, incluidos los exportadores, deberán llevar un registro auxiliar de ventas y compras y una cuenta mayor o de balance cuya denominación será IMPUESTO A LAS VENTAS POR PAGAR, en la cual se harán los siguientes registros:

"En el haber o crédito:

"a) El valor del impuesto generado por las operaciones gravadas.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 16 del presente decreto.

"En el debe o débito:

a) El valor de los descuentos a que se refiere el artículo 15 del presente decreto.

b) El valor de los impuestos a que se refieren los literales a) y b) del artículo 14 del presente decreto, siempre que tales valores hubiesen sido registrados previamente en el haber..."

"El cabal entendimiento de esta norma debe comenzar por recordar que desde su iniciación del impuesto a las ventas 1965, Colombia acogió el sistema de su registro en la contabilidad de los comerciantes a través de una "cuenta corriente"cuyo saldo debe mostrar el *quántum* del impuesto; según el texto legal vigente, en dicha cuenta, en términos generales, se acreditan los impuestos causados por la enajenación de las operaciones gravadas y se debita con los impuestos que paga y puede descontar, constituyéndose así dicha contabilización en el sustento de la declaración del Impuesto a las Ventas.

"Como ningún otro gravamen, el de VENTAS está fundamentado en la contabilidad del responsable, pues en ella se registra la totalidad de los factores que lo determinan y los mismos soportes y comprobantes de la contabilidad lo son igualmente del impuesto. Tan fundamental es dicha cuenta que su saldo es el reconocido por la ley como su monto, ya sea a cargo o a favor del responsable.

"La ley quiso que fuera" una cuenta y no una subcuenta, porque se requiere que no esté mezclada con otra clase de registros, aun los que sean a favor o a cargo del Estado (como pueden ser otros impuestos); e igualmente quiso que fuera una

cuenta "Mayor o de Balance", que en la técnica contable se diferencia de las de resultado y obliga a su figuración especial en el libro Mayor, y en el Balance y Estados Financieros debe mostrarse con este carácter, además en principio su localización corresponde al grupo de las cuentas del pasivo y no del activo, por estar diseñada para el común de los responsables que generalmente muestran saldo a cargo y por eso se denomina impuesto "por pagar" y no por cobrar.

"Muchas más características podrían deducirse del mencionado régimen contable establecido en el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 y disposiciones concordantes, pero para los efectos de esta providencia basta agregar que lo normal es que el legislador disponga sobre la generalidad de lo que sucede y no sobre lo excepcional, pero también que cuando la ley manda algo en forma clara, a ella hay que obedecer y no es permitido el intérprete adoptar lo contrario so prestexto de consultar su espíritu a los dictados de una "técnica" que, contrario a lo que se supone, el legislador también conocía y concretamente el legislador extraordinario de 1983.

"La independencia de la cuenta, su claridad y su simplicidad en el manejo, establecidos por la ley, son características que no sólo facilitan al contribuyente el cumplimiento de sus obligaciones sino al Gobierno la de ejercer la facultad fiscalizadora que se concreta en las visitas de auditoría contable..."

El caso *sub-lite*

Con el fin de desvirtuar el acta de inspección contable, la actora solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos a los libros de contabilidad de la sociedad, la que fue ordenada por el Tribunal mediante auto del 24 de mayo de 1991, que comisionó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para su realización, previo nombramiento de peritos contadores.

La inspección judicial se realizó en las dependencias de la sociedad, ubicadas en el Departamento del Valle, Municipio de Santiago de Cali, el 17 de septiembre de 1991. En dicha diligencia se puso en conocimiento de los peritos el motivo de la inspección y su labor a desarrollar relacionada con los registros contables, en materia del impuesto a las ventas por cada uno de los bimestres en cuestión, dando respuesta a los siguientes puntos formulados al respecto en las demandas:

1) Los libros oficiales y auxiliares que llevaba la sociedad actora en el período fiscal correspondiente sobre el cual versa la demanda.

2) Si por dichos bimestres, tenía la cuenta mayor o de balance denominada "Impuesto a las Ventas".

3) Si la mencionada cuenta se hallaba identificada con el código 06-400.

4) Si la cuenta mayor "Impuesto a las Ventas" tenía las siguientes subcuentas:

NOMBRE	CODIGO
Impuesto a las ventas por pagar	06-400-0010
Impuesto a las ventas por cobrar	06-400-0020

5) Se establezca si al abonar en el libro diario la cuenta mayor "Impuesto a las ventas por pagar" por un valor igual al de los cargos, el resultado aritmético es cero (0).

6) Se determine en cada uno de los bimestres objeto de discusión los abonos hechos a la cuenta de impuesto a las ventas, con cargo a la cuenta impuesto a las ventas por cobrar por idéntico valor.

7) Se conceptúe, si de acuerdo con la técnica contable el libro diario constituye la información para hacer los pases al mayor.

8) Si, de acuerdo con la técnica contable, el hecho de reflejar en una cuenta de los estados financieros, el efecto de varias subcuentas, implica que estas subcuentas pierden su naturaleza de cuentas mayor o de balance.

9) Se determine si en cada uno de los bimestres el saldo de la cuenta de impuesto a las ventas (Código 06-400) estaba conformado por el valor correspondiente al saldo débito del impuesto del respectivo bimestre, más saldos anteriores no devueltos y la **"Cuenta de retenciones descontados por cobrar".**

10) Si el saldo "Cuentas por recibir otras" (Código 06) estaba conformado entre otras por la suma correspondiente al saldo de la cuenta impuesto a las ventas (Código 06-400), con los subcódigos y valores señalados.

Los peritos respondieron así:

"La Sociedad Merck Sharp & Dohme Química de Colombia S.A., hoy Laboratorios del Valle S.A., llevaba debidamente registrados los siguientes libros oficiales:

"Libro Diario

"Libro Mayor y Balances

"Libro Inventarios y Balances

"Así mismo se comprobó mediante examen de los mismos, que tienen los siguientes libros auxiliares:

"Auxiliar de Mayor

"Auxiliar de Cuentas varias

"Auxiliar de Cheques

"Auxiliar de proveedores

"También se examinaron los comprobantes internos y externos de contabilidad y Comprobantes de Diario.

"Efectivamente, en el Código de Cuentas de la demandante aparece la cuenta "IMPUESTO DE VENTAS" en todos y cada uno de los Bimestres a que hacen referencia las demandas acumuladas.

"La cuenta mayor "IMPUESTO A LAS VENTAS" aparece registrada en libros auxiliares y oficiales bajo el Código 06-400.

"Revisados los libros, se constató que existen las siguientes subcuentas:

"Impuesto de Ventas por Cobrar solicitado, cuyo código es 06-400-0020.

"Impuesto de Ventas por Pagar a la Administración de Impuestos, cuyo código es 06-400-0010.

"De conformidad con la técnica contable, la información contenida en el Libro Diario es base para hacer traslados de las diferentes cuentas al Libro Mayor.

"El hecho de reflejar varias subcuentas en una cuenta de los estados financieros, no implica que pierda su naturaleza de cuenta Mayor o de balance. En toda contabilidad organizada, y es el caso de la demandante, existen los comprobantes contables y sòportes de orden interno y externo que dan fundamento a las operaciones y por ende a la conformación de las cuentas y subcuentas que pasan a reflejarse en el Diario y Mayor.

"En los casos que nos ocupa, en los diferentes Anexos que más adelante se detallan y se acompañan al dictamen, aparecen las cuentas y subcuentas a que se ha hecho referencia, subrayándose con remarcador amarillo su denominación y códigos..."

"Al abonarse o acreditarse en el libro Diario la cuenta Impuesto a las Ventas con un valor igual a los débitos o cargos, el resultado de dicho movimiento aritmético es cero, y como se cita en el presente caso.

"Según el comprobante de Diario No. 0759-II-85 del 22 de noviembre de 1985, se hizo una contabilización afectando la cuenta Impuesto de Ventas, en cuantía de $12.054.893 como lo muestra el Anexo No. 6 que en fotocopia se acompaña al dictamen.

"Así mismo, en el mes de noviembre de 1985, en el libro Diario a folio 14766, aparece el abono a la cuenta 06-400-0010 impuesto por cobrar y a folio 14768 del mismo Diario aparece la partida débito por igual suma de $12.054.893 que se acreditó a folio 14766 y tal como se observa en las fotocopias Anexo No. 7, constante de 3 folios, que se adjunta al dictamen.

"En efecto, y tal como se observa en las fotocopias que se acompañan al dictamen, Anexos 8 y 9, a 31 de agosto de 1985, el saldo de Impuesto a las Ventas era de $32.348.717.93 el cual estaba formado así:

"06-400-0010 Impuesto de ventas por pagar $12.054.962.92.

"06-400-0020 Impuesto de ventas por cobrar $19.785.108.00.

"06-400-0030 Retenciones descontadas por cob. $508.647.01.

"El anexo No. 10 que en fotocopia se acompaña al dictamen, muestra el registro del Libro Mayor, folio 00133 a 31 de agosto de 1985, la cuenta 06- Cuentas por recibir- Otra con un saldo de $94.094.396.98.

"El Anexo No. 11, constante de 4 hojas en fotocopia, folios 13601, 13602, 13603 y 13604, muestran las partidas que conforman los totales de las cuentas atrás anotadas.

"En el Anexo No. 12, constante de 3 hojas, en fotocopia, que se acompaña al experticio, y que trata del Resumen de Saldos mensuales al mes de agosto de 1985, puede apreciarse la cuenta 06- CUENTAS POR RECIBIR OTRAS con un saldo de $94.094.396.98 (página I) e igualmente el saldo de la subcuenta 06-100 **Empleados** con un saldo de $12.763.802.75.

"En la página 2 del mismo Anexo 12, se aprecia el saldo de la subcuenta 06-200 Depósitos con saldo de $1.340.559.28 y en la parte inferior, el saldo de la subcuenta 06-300 **reclamos** con saldo de $1.733.779.10.

"En la página 3 del mismo Anexo 2, se observan los saldos de las cuentas impuesto de ventas y su valor de $32.348.717.93 y de **Misceláneos** con saldo de $45.907.537.92, cifras estas iguales a las que se han citado en el cuestionario propuesto.

A juicio de la Sala de las respuestas dadas por los peritos, no se infiere nada diferente de lo planteado en el acta de visita. En efecto la primera pregunta se refiere a los libros principales y auxiliares, hecho ya establecido en la inspección administrativa.

La segunda, tercera y cuarta referidas al hecho de si la sociedad llevaba la cuenta Mayor o de Balance, su código y subcódigo tampoco contradicen ni prueban en contra de lo afirmado por la Administración, que es el hecho de no llevar la cuenta del "Impuesto a las ventas por pagar"**de manera principaly** no como subcuenta mezclada con otros conceptos.

La pregunta número 5 del cuestionario tiene por objeto establecer si al abonar en el libro diario la cuenta mayor del impuesto a las ventas por un valor igual al de los cargos, el resultado es cero.

Consecuente con la pregunta el dictamen responde (Fl. 206) "que al abonarse o acreditarse en el libro diario la cuenta mayor "Impuesto a las ventas por pagar", por un

valor igual a los cargos, el resultado de dicho movimiento aritmético es cero." Aseveración que tampoco contradice lo manifestado por la Administración, en el sentido de no existir en el libro mayor el ajuste de la cuenta a cero por la sencilla razón de que la cuenta sólo se lleva en un libro auxiliar, y sólo se lleva como cuenta del activo bajo el rubro "cuentas por recibir mezclada con otros conceptos."

Adicionalmente los peritos señalan que el abono a la cuenta "impuesto a las ventas" se efectuó mediante comprobantes de diario Nos. 0840 de noviembre 23 de 1984, 0862 de enero 30 de 1985; 1383 de mayo 30 de 1985, 1208 de julio de 1985, 1176 de marzo 29 de 1985 y 075911-82 de noviembre 22 de 1985), lo que indica que la determinación del saldo a favor no resultó de los asientos débitos y créditos en la cuenta Mayor Impuesto a las Ventas y el valor de los impuestos descontables.

Es para la Sala especialmente importante la respuesta a la pregunta No. 10, cuando afirma (Fls. 206 y 225) que el anexo No. 10 que en fotocopia se acompaña al dictamen muestra el registro del libro mayor a folio 00133 a 31 de agosto de 1985, la cuenta 06 CUENTA POR RECIBIR-OTRAS "(código 06) por valor de $94.094.396.98 estaba conformado, entre otras por la suma de $32.348.717.93 correspondiente al saldo de la cuenta de impuesto a las ventas (código 06-400), así:

Empleados	06-100	$12.763.802.75
Depósitos	06-200	1.340.559.28
Reclamos	06-300	1.733.779.10
Impuesto a las ventas	06-400	32.348.717.93
Misceláneos	06-500	45.907.537.92
Total cuenta mayor "cuentas por recibir otras"		94.094.396.98

Y que el anexo 11 muestra las partidas que conforman los totales de las cuentas antes anotadas.

Igualmente a folio 225 del expediente, indican los peritos que el saldo del rubro "cuentas por recibir otras" código 06 estaba conformado, entre otras por la suma de $19.785.107, correspondiente al saldo de la cuenta impuesto a las ventas, e indica que los otros conceptos eran los de: empleados código 06-100, depósitos 06-200, reclamos 06-300, misceláneos 06-500, lo cual confirma el cargo formulado por la Administración, no sólo de no llevar la actora la cuenta del impuesto sobre las ventas de manera independiente como lo exige la ley, sino que, a la fecha de la presentación de la solicitud no se saldó esta cuenta a cero.

Adicionalmente son reiterativos los peritos cuando expresan que analizados los libros se constatan las siguientes "Subcuentas": Impuesto de ventas por cobrar solicitado cuyo código es 06-400-020.

En conclusión el dictamen pericial permite deducir a la Sala que efectivamente la cuenta del impuesto a las ventas, llevada por la sociedad actora, no responde a las exigencias del artículo 41 del Decreto 3541 de 1983, como antes se analizó y en consecuencia no es posible acceder a las súplicas de la demanda, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1.- **CONFIRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 6560.

2.- **RECONOCESE** personería al doctor Juan Carlos Guerrero, a términos del poder que obra a folio 311 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 14 de agosto de 1994, Exp. 3932, Actor: Purina Colombiana S.A., Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

GASTO FINANCIERO/INTERESES/DIFERENCIA EN CAMBIO/CUENTA CORRECCION MONETARIA/GASTO DEDUCIBLE/AJUSTES POR INFLACION

Reconoce el artículo 333.2 del E.T. el carácter de deducible del gasto financiero sin hacer distinción de ninguna clase, una vez que la empersa haya concluido el proceso de puesta en marcha, o cuando el activo así adquirido, se encuentre en condiciones de utilización o enajenación. De tal suerte que cuando el reglamento introduce una distinción de los diferentes elementos que integran el concepto de gastos financieros, para ordenar que los unos deben manejarse como deducción y los otros con cargo débito a la cuenta de corrección monetaria, hace una distinción que no prevé la norma superior pues mientras la ley prevé la deducción por sistema ordinario el reglamento ordena de manera diferente. Si bien puede ser cierto que tal alteración de la norma, no tenga consecuencia para determinar la base gravable porque no se refleja en el estado de pérdidas y ganancias del ejercicio fiscal, tal circunstancia no es óbice para que prospere la nulidad del acto reglamentario acusado, porque si la distinción hecha no tenía un efecto diferente al establecido en la ley resultaba innecesaria tal aclaración y si lo tiene, no podía el reglamento buscar esta manera, un efecto distinto al establecido en el sistema de ajustes cual es el de desligar la renta del contribuyente del efecto de la inflación como antes se anotó.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Restricción/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**

Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley, tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (189-11 de la Constitución Política) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Ref.: Expediente No. 5312. Actores: Antonio Gutiérrez Jiménez y Alberto Múnera Cabas. Acción de nulidad contra los artículos 5o. inciso 1o. y 8o. primera parte del Decreto Reglamentario 2591 del 23 de diciembre de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. FALLO.

Los ciudadanos ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ y ALBERTO MUNERA CABAS, actuando en su propio nombre, solicitan de la jurisdicción la declaratoria de nulidad de los artículos 5o., inciso 1o. y 8o. primera parte del Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993, proferido por el Gobierno Nacional.

1.- El acto acusado

El contenido de las normas acusadas en la parte subrayada del Decreto 2591 de 1993 es el siguiente:

"Artículo 5o.- Tratamiento a los gastos financieros para la adquisición de activos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 333-2 del Estatuto Tributario, los intereses, la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio, así como los demás gastos financieros en los cuales se incurra para la adquisición o construcción de activos constituirán un mayor valor de activo hasta cuando

haya concluido el proceso de puesta en marcha o tales activos se encuentren en condiciones de utilización o enajenación. **Después de este momento la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio y el reajuste del principal constituirán un gasto deducible por corrección monetaria: los intereses y demás gastos financieros constituirán un gasto deducible."**

"Artículo 8o. Gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales. Adiciónase y modifícase el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, así:

"El numeral 3o. se adiciona con la siguiente frase final:

"Para este efecto constituye ajuste al costo el efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario..."

LA DEMANDA

Se afirma en la demanda que:

1) Mientras el artículo 333-2 del Estatuto Tributario dispone que "los intereses, la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio, así como los demás gastos financieros, en los cuales se incurra para la adquisición o construcción de activos constituirán un mayor valor del activo hasta cuando haya concluido el proceso de puesta en marcha o tales activos se encuentren en condiciones de utilización o enajenación. Después de este momento constituirán un gasto deducible...", el inciso 1o. del artículo 5o. divide los gastos para establecer que sólo los intereses son gastos deducibles mientras que la corrección monetaria y el ajuste por diferencia en cambio no son gasto deducible sino débitos a la cuenta de corrección monetaria.

Al paso que la norma legal establece un cargo directo a la cuenta de pérdidas y ganancias, la norma reglamentaria carga directamente solamente la parte de los gastos financieros (intereses) y ordena que la otra parte se contabilice como un débito de la cuenta de corrección monetaria lo que necesariamente implica una disminución del saldo crédito de la misma cuenta y un menor valor de la deducción teórica y no obstante que el reglamento, en la parte demandada alude expresamente al artículo 333-2 del Estatuto Tributario, la violación de esta disposición resulta no solamente flagrante sino visible, pues no es lo mismo tratar los gastos como deducibles, que tratar parte de ellos como débitos a la cuenta de corrección monetaria.

2) Que mientras el artículo 354 del Estatuto Tributario dispone que la deducción teórica puede solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria, el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, al reglamentario, ordena que el saldo crédito a que se refiere el artículo 345 es el que resulte antes de los ajustes a los ingresos costos y gastos del ejercicio. Y aun cuando esta limitación teniendo en cuenta que el ajuste integral por inflación de los ingresos costos y gastos del ejercicio, no produce efecto en el resultado final, en razón de que los ajustes ingresos se neutralizan con un débito en la cuenta de corrección monetaria, y el ajuste a los costos y gastos se

neutraliza a su vez con el crédito por igual valor en la misma cuenta de corrección monetaria. En cambio el ajuste a las compras del ejercicio que debe contabilizarse como un crédito en la cuenta de corrección monetaria, sí produce efecto en el resultado final, en la medida en que una parte de dicho ajuste queda incorporado en el inventario final.

Situación que se agudiza en el supuesto de que el saldo a la cuenta de corrección monetaria sea crédito, evento en el cual el resultado final se incrementa y con ello la base gravable. Incremento para el cual contribuye positivamente el ajuste a las compras efectuadas en el ejercicio.

Concluye que si por efecto de la primera parte del artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, en cuanto adicionó el numeral 3o. del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, al saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria se le resta el crédito originado por el ajuste de las compras, la parte de ese crédito que no queda compensada con el mayor costo originado en el ajuste de las compras, resultaría gravada, desconociendo la razón de ser de la deducción teórica e incurriendo en clarísima violación del artículo 354 del Estatuto Tributario que en manera alguna puede entenderse le dio el ajuste de las compras el doble carácter de formar parte del crédito para efectos de determinar la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, pero que lo excluyó del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria para efectos de la deducción teórica, que es en definitiva la consecuencia que surge del mandato contenido en la parte primera del artículo 8o. del Decreto 2591, acusado.

3) Como consecuencia de la violación de las normas superiores señaladas en los numerales anteriores, evidencia violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, por cuanto las disposiciones demandadas, contenidas en el Decreto Reglamentario 2591 de 1993, exceden la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada de la entidad demandada se opone a la demanda de nulidad porque:

1) El artículo 333-2 del Estatuto Tributario que autoriza la deducibilidad de la totalidad de los gastos financieros no especifica el mecanismo contable ni fiscal, a través del cual se haría efectiva la deducción autorizada. Surge así la necesidad de reglamentar y precisar el tratamiento fiscal y contable que debe darse a la deducción por gastos financieros para que no se produzcan distorsiones en la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación.

Atendido entonces lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2075 de 1992 adicionado en su inciso 1o. por el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1993, es lógica la contabilización propuesta en el inciso 1o. del artículo 5o. del mismo Decreto, dividida en dos conceptos, que permite la deducibilidad del gasto financiero, intereses por el sistema ordinario de depuración de la renta y la corrección monetaria, y la diferencia en cambio por el sistema de corrección monetaria como uno y otro son cuentas de resultado el registro del movimiento en ellas no altera los resultados del ejercicio.

Por consiguiente, si el reglamento no precisara la forma de contabilización de los gastos financieros en el evento a que se refiere el artículo 333-2 del Estatuto Tributario se dejaría abierta la posibilidad de que ellos se contabilizaran en una u otra cuenta, alterando la correcta aplicación del sistema integral de ajustes por inflación y la constancia de los registros contables.

Alega que la deducción teórica contenida en el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, constituye un beneficio fiscal transitorio que persigue aminorar el impacto de los ajustes por inflación en materia tributaria respecto de las empresas que registren un alto nivel de endeudamiento que exige para su viabilidad que el contribuyente presente al inicio del ejercicio un patrimonio líquido fiscal inferior a la sumatoria que a la misma fecha tenga el costo fiscal de los activos no monetarios, sin que en ningún caso tal deducción pueda ser superior al porcentaje permitido para cada año aplicado a tal diferencia.

Sobre el supuesto de un patrimonio líquido de cero, o inferior a cero (negativo), señala como valor máximo de la base, el de los activos no monetarios para aplicarlos al porcentaje del PAAG, valor que no alcanza al de los ajustes que se han efectuado a los activos no monetarios, que deben tomarse como deducción teórica.

2) No fue violado el artículo 354 del Estatuto Tributario por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 porque:

El artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, adiciona el artículo 21 numeral 3 del Decreto 2075 de 1992 relativo a la deducción teórica, en el sentido de aclarar que el ajuste a compras contenido en el artículo 333-1 del Estatuto Tributario constituye ajuste el costo y en consecuencia, se entiende incorporado en los ajustes a las cuentas de resultado que se excluyen para el cálculo de la deducción teórica.

De conformidad con las disposiciones del Estatuto Tributario relativas a la determinación de los costos (artículos 58 y ss.) en la enajenación de activos movibles y de acuerdo con la técnica contable universalmente aceptada, las compras constituyen un concepto, base para la determinación de los mismos, sea cual fuere el sistema de determinación de los costos adoptado por el contribuyente y el método de valuación de inventarios.

Ahora bien, la deducción teórica autorizada en los términos del artículo 354 del Estatuto Tributario hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria fue reglamentada por el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, estableciéndose en su numeral 3o. que el límite autorizado por la norma superior debía calcularse antes de los ajustes a las cuentas de resultado a que se refieren los artículos 16 y 27 del mismo Decreto, esto es ingresos, costos y gastos del ejercicio.

Acorde con la anterior disposición, el concepto compras se considera incorporado en la cuenta de resultado costos, es decir, que el reglamento en la disposición acusada no adiciona ni modifica el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, que limitó el derecho a la deducción teórica. Simplemente aclaró y precisó que el ajuste a las compras, sea

que estas se contabilicen en la cuenta "compras" o como un débito a la cuenta "Inventarios", constituye un ajuste al costo por ser ellas un elemento esencial del costo en ventas.

El incremento o movimiento de las compras en el respectivo año fiscal y su ajuste, en nada afecta la base de la deducción teórica ni el resultado de la misma, ya que este no influye en la base de la deducción teórica, puesto que para su determinación se tienen en cuenta el valor de las cuentas no monetarias al inicio del ejercicio y el patrimonio líquido inicial y de todos modos el saldo crédito límite de la deducción teórica no puede exceder del ajuste a los activos no monetarios en el supuesto de que el patrimonio líquido sea cero (0).

Ilustra la aseveración con un ejemplo para concluir que el incremento de las compras del año y su ajuste no afectan la base de la deducción teórica, ni el resultado de la misma y que es diferente la situación para el cálculo de la base de la deducción teórica para el año siguiente, donde de conformidad con los artículos 354 del Estatuto Tributario y 21 del Decreto 2075 de 1992, debe tomarse como base el inventario final, hecho que no altera ni modifica la disposición acusada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Los actores al alegar de conclusión, luego de reiterar la solicitud de nulidad de las normas acusadas, cuestionan los argumentos de la apoderada de la demandada cuando al referirse a la impetrada violación del artículo 333-2 del Estatuto Tributario, sostiene que ella no se produjo por cuanto da lo mismo, desde el punto de vista del resultado final del estado de pérdidas y ganancias, tener como cargo directo a esta cuenta una partida determinada, que tratarla como un débito en la cuenta de corrección monetaria, porque el aspecto relacionado con el resultado final de la cuenta de pérdidas y ganancias no fue, ni es el objeto de la discusión, ni ha sido la razón por la cual se consideró violada la norma superior del Estatuto Tributario.

La violación planteada consiste única y exclusivamente, en que mientras la norma superior considera que la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio, los intereses y demás gastos financieros, constituyen un gasto deducible, es decir un cargo directo a pérdidas y ganancias, la disposición acusada divide estos gastos para determinar que sólo los intereses y demás gastos financieros son cargos directos a esa cuenta, mientras que la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio deben tratarse como débitos en la cuenta de corrección monetaria.

Modificación reglamentaria que si bien no altera el resultado final de la cuenta pérdidas y ganancias para efectos fiscales, si altera para disminuir, el monto máximo que, según el artículo 354 del Estatuto Tributario puede solicitarse como deducción teórica, porque al ordenar que la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio sean un débito de la cuenta de corrección monetaria, necesariamente disminuye el saldo en dicha cuenta, y cuando dicho saldo sea crédito, disminuye el monto máximo que puede solicitarse como deducción, aumentando consecuencialmente la base gravable, hecho que se entiende con más claridad si se tiene en cuenta que la deducción

teórica no es gasto de carácter contable, sino exclusiva y eminentemente de carácter tributario.

En relación con los argumentos expuestos por la apoderada de la Nación acerca de la no violación del artículo 354 del Estatuto Tributario en que a su juicio si incurre el artículo 8o., primera parte del Decreto 2591 de 1993, acusado, expone que dichos alegatos como los ejemplos propuestos resultan poco convincentes, y que puede en condiciones normales de una empresa resulten valederas, pero que no ocurre lo mismo cuando en un contribuyente se han producido aumentos de capital o disminución del patrimonio, casos en los cuales el hecho de considerar el ajuste a las compras como un ajuste al costo, es decir, a las cuentas de resultado, sí conduce, fatalmente, a la disminución de la deducción teórica.

Afirma que la primera parte del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, le da al ajuste de las compras un doble carácter, puesto que por una parte mantiene el ajuste como integrante del crédito en la cuenta de corrección monetaria para efectos de determinar la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, mientras que por otra lo excluye de dicho crédito a efectos de establecer el saldo en esta misma cuenta para efectos de la deducción teórica, doble trato que en manera alguna surge del artículo 354 del Estatuto Tributario reglamentado por la norma acusada.

La apoderada de la Nación Ministerio de Hacienda, al alegar de conclusión se ratifica en los argumentos expuestos con ocasión de la contestación de la demanda e insiste en que:

1.- El artículo 5o. del Decreto 2591 de 1993 mantiene la definición legal establecida en el artículo 333-2 del Estatuto Tributario porque:

> "El artículo 333-2 hace parte del Título V del Estatuto Tributario que contiene las disposiciones aplicables al sistema integral de ajustes por inflación. Los conceptos de corrección monetaria y diferencia en cambio, entendidos como la diferencia de valor de una moneda tomada entre dos fechas y expresada de manera porcentual, la primera y como diferencia entre las tasas de cambio establecidas para una moneda extranjera en dos fechas determinadas, la segunda, constituyen elementos básicos del fenómeno inflacionario, cuyos efectos en la determinación del impuesto pretende regular precisamente el sistema integral de ajustes por inflación. Estas cualidades en cambio, no son predicables del concepto de intereses y demás gastos financieros.
>
> "Partiendo de esta premisa la legislación fiscal previó a partir de la vigencia fiscal de 1992, distinto tratamiento para la deducibilidad de los gastos financieros, como puede verificarse en el contenido de los artículos 117, 118 y 120 del Estatuto Tributario, según los cuales la deducción por intereses no se involucra para la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación a partir de la vigencia fiscal de 1992, como sí ocurre con los conceptos de corrección monetaria y diferencia en cambio.

"Así las cosas, la precisión hecha en el reglamento acusado en el sentido de autorizar la deducibilidad del gasto por corrección monetaria, diferencia en cambio y reajuste del principal a través de la cuenta corrección monetaria y la de los intereses y demás gastos financieros a través de la cuenta de resultado gastos, corresponde a la correcta interpretación del mandato legal contenido en el artículo 333-2 del Estatuto Tributario, y por ello no es admisible la nulidad propuesta".

2.- Con relación al cargo de violación del artículo 354 del Estatuto Tributario por el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, insiste en que como la norma superior que establece la deducción teórica se limita a definir los elementos esenciales que permiten su determinación base, porcentaje y límite, el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 precisa tal límite y en tales circunstancias la adición a la anterior disposición hecha por el artículo 5o. del Decreto 2591 de 1993 sería presumiblemente violatoria del reglamento que adiciona, pero no de la ley: artículo 354 del Estatuto Tributario, frente al cual no tiene prosperidad la acción.

Alega además que no puede pretenderse la nulidad de la norma acusada por los efectos que ella pueda tener en casos particulares y concretos como lo pretenden los actores, porque el hecho de que al restar del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria el crédito originado por el ajuste a las compras, la parte no compensada resulte gravada, y que puede dar lugar a utilidad o pérdida, no resulta de la aplicación del reglamento acusado sino de la actuación particular y concreta del contribuyente y que como resultado de la aplicación de los ajustes puede originarse.

Distinto es el límite de la deducción teórica que por mandato del artículo 354 del Estatuto Tributario, y como lo fijó el reglamento artículo 21 numeral 3o. del Decreto 2075 de 1992, se entiende antes de los ajustes a las cuentas de resultado.

Entonces partiendo de la presunción de legalidad que ampara la anterior disposición reglamentaria, se entiende en ella incorporada la precisión hecha en el artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, porque la cuenta de resultado costo a que se refieren los artículos 16 y 27 del mismo Decreto admite el concepto compras y su correspondiente ajuste, como se deduce claramente de su artículo 7o. que dispone:

"Las compras de mercancías o inventarios, así como los demás factores que hagan parte del costo de los mismos..."

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, pide se declare:

1) La nulidad del artículo 5o. inciso 1o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, porque basta realizar una simple y elemental confrontación entre este artículo y el artículo 333-2 del Estatuto Tributario para concluir que el precepto reglamentario

excede los límites del que pretende reglamentar, porque contiene disposiciones que la norma superior no contempla ni tácita ni expresamente.

???? mientras el artículo 333-2 del Estatuto Tributario establece que "los gastos financieros por adquisición de activos" los intereses, la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio, así como los demás gastos financieros para la adquisición de activos, constituirán un mayor valor del activo hasta cuando haya concluido el proceso de puesta en marcha o tales activos se encuentren en condiciones de utilización o enajenación y que despues de este momento todos estos conceptos constituirán un gasto deducible, el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993 hace una distinción que aquel no contempla ya que consagra dos clases de gastos, los sìmplemente deducibles y los que lo son por corrección monetaria.

Advierte que como tantas veces lo ha señalado el Consejo de Estado, la denominada "potestad reglamentaria" que el artículo 189 numeral 11 de la Carta atribuye al Presidente de la República, está instituida para que este "mediante la expedición de decretos, resoluciones y ordenanzas", adopte las medidas que sean estrictamente necesarias para "asegurar la cumplida ejecución de las leyes", pero no para que "legisle" sobre el tema que desarrolla la norma que persigue reglamentar o sobre cualquier otro tema o dicte nuevas disposiciones que no persiguen facilitar "la cumplida ejecución" de la ley sino ampliar o restringir el alcance de la misma.

Estima que, si como lo afirma la misma apoderada de la Nación, la norma acusada al reglamentar divide los gastos para determinar cuáles son deducibles por el sistema ordinario y cuáles por corrección monetaria, es incuestionable entonces que modifica la norma superior, amplía los alcances de la misma e introduce, en materia fiscal y contable, nuevas disposiciones que no están previstas por el precepto reglamentado.

2) No acceder a la nulidad del artículo 8o. del mismo Decreto porque el artículo 354 del Estatuto Tributario subrogado por el artículo 15 del Decreto 1744 de 1991 fue reproducido casi textualmente en el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 y posteriormente el Presidente de la República expidió el Decreto reglamentario 2591 de 1993 cuyo artículo 8o. dispuso lo concerniente a la gradualidad en la aplicación de los ajustes integrales adicionando y no modificando el artículo 21 del Decreto 2075 de 1992.

A su juicio la nulidad de una disposición reglamentaria sólo procede cuando la norma acusada amplíe o restrinja el alcance y contenido del precepto objeto de reglamentación. Y como el numeral 3o. del artículo 21 del Decreto reglamentario 2075 de 1992 es un fiel reflejo de las disposiciones del numeral 3o. del artículo 354 del Estatuto Tributario, al adicionarlo el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 no suprime estas disposiciones, simplemente consagra una adición que armoniza con el artículo 333-1 del Estatuto Tributario; norma esta que regula "el ajuste de las compras de mercancías e inventarios, y el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 sólo expresa que constituye ajuste al costo el efectuado de acuerdo con lo previsto en el artículo 331-1 del Estatuto

Tributario. Entonces si la norma reglamentaria se remite a las disposiciones de un precepto de superior jerarquía como lo es el artículo 333-1, es claro entonces que entre ambos existe la debida armonía y por lo tanto no puede hablarse de un exceso de la potestad reglamentaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Potestad reglamentaria, alcances y límites

Recientemente la Sala analizó los alcances y límites de la potestad reglamentaria, por lo que se considera pertinente reproducir lo normado en la Sentencia con la cual se desató el proceso No. 5393. Dr. Juan Rafael Bravo A. Magistrado Ponente Guillermo Chahín L., ? de julio de 1994:

Dispone el artículo 189 de la Constitución Política:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad administrativa:..."

"...11.- Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes **necesarios** para la cumplida ejecución de las leyes..."

"Fija así la norma básica los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados: el de competencia y el de necesidad.

"Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la ley, tiene sus propios límites en la ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o finalidad.

"El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo citado (**189-11 de la Constitución Política**) enmarca el poder reglamentario a aquellos casos en que la ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija. De manera que no es procedente hacer uso del poder reglamentario cuando la ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

"En consecuencia el órgano administrativo debe reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como norma de derecho. Si el texto es claro no requiere reglamentación, y si el ejecutivo la realiza, cuando menos incurre en un ejercicio inocuo del poder reglamentario. Ahora bien, si modifica su contexto, adicionando o recortando, lo dispuesto en la ley, incurre en violación no sólo de la norma legal reglamentada, sino de la norma constitucional que define el poder reglamentario en los términos referidos.

"Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley", para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150, y eventualmente puede ejercerla el Presidente en los excepcionales casos que la misma Carta contempla, sin que jamás puedan confundirse la facultad de hacer las leyes con la facultad de reglamentarlas."

2.- Aplicación al caso concreto

Hechos los anteriores planteamientos, analiza la Sala las normas acusadas, no sin antes efectuar algunas consideraciones sobre el sistema de ajustes por inflación, cuya creación tuvo origen en el artículo 90 numeral 4o. de la Ley 75 de 1986 que dispuso:

"De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias contadas estas desde la fecha de publicación de la presente Ley y hasta el 31 de diciembre de 1987 para adoptar las siguientes medidas.

"...Dictar las normas tendientes **a desligar la determinación** del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación. En desrrollo de esta facultad el Gobierno podrá establecer el ajuste **por inflación total o parcial,** de los estados financieros del contribuyente; permitir el cálculo de las cuotas anuales de depreciación con base en activos reavaluados y modificar las disposiciones sobre ingresos, costos, deducciones, renta presuntiva, activos y pasivos, de tal forma que el impuesto sobre la renta no grave en lo posible el ingreso nominal de los conrtibuyentes. En desarrollo de esta facultad se podrán modificar los porcentajes y fechas contenidos en los artículos 28 y 29 de esta Ley, para armonizar la no deducibilidad del componente inflacionario de los intereses, con las demás medidas de ajustes por inflación que dicte el gobierno. La facultad contenida en este numeral se extenderá hasta **el 31 de diciembre de 1988.**"

Este artículo permite inferir que las normas sobre inflación tienen como objetivo "desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación, de tal forma que no se grave el ingreso nominal de los contribuyentes, pero que no se establecieron como sistema para arbitrar mayores recursos al fisco.

En desarrollo de la atribución conferida, el Presidente de la República expidió el Decreto Extraordinario 2687 de 1988 que fue incorporado en el Título V del Estatuto Tributario.

El artículo 333 fue adicionado por el artículo 4o. del Decreto 1744 de 1991 así:

"Artículo 333-2- Tratamiento a los gastos financieros por adquisición de activos. Los intereses, la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio así como los demás gastos financieros, en los cuales se incurra para la adquisición o construcción de activos, constituirán un mayor valor del activo hasta cuando haya concluido el proceso de puesta en marcha o tales activos se encuentren en condiciones de utilización o enajenación. Después de este momento constituirán un gasto deducible.

"Cuando se hayan incorporado en el activo valores por los conceptos mencionados, estos deben excluirse para efectos del ajuste por el PAAG, del respectivo año."

Reconoce la norma el carácter de deducible del gasto financiero sin hacer distinción de ninguna clase una vez que la empresa haya concluido el proceso de puesta en marcha, o cuando el activo así adquirido, se encuentre en condiciones de utilización o enajenación.

Al decir la ley que el gasto es deducible, lógicamente se refiere al sistema de depuración ordinario de la renta líquida gravable, único en el cual es susceptible de aplicarse el concepto de deducción, pues en el sistema de ajustes por inflación y esencialmente en su manejo a través de la cuenta de corrección monetaria sólo existen débitos y créditos a la cuenta a efectos de determinar la utilidad o pérdida que resulte por exposiciones de los activos, pasivos, ingresos y gastos del contribuyente a la inflación.

De tal suerte que cuando el reglamento introduce una distinción de los diferentes elementos que integran el concepto de gastos financieros, para ordenar que los unos deben manejarse como deducción y los otros con cargo débito a la cuenta de corrección monetaria, hace una distinción que no prevé la norma superior pues mientras la ley prevé la deducción por sistema ordinario el reglamento ordena de manera diferente.

Si bien puede ser cierto que tal alteración de la norma, no tenga consecuencia para determinar la base gravable porque no se refleja en el estado de pérdidas y ganancias del ejercicio fiscal, tal circunstancia no es óbice para que prospere la nulidad del acto reglamentario acusado, porque si la distinción hecha no tenía un efecto diferente al establecido en la ley resultaba innecesaria tal aclaración y si lo tiene, no podía el reglamento buscar de esta manera, un efecto distinto al establecido en el sistema de ajustes cual es el de desligar la renta del contribuyente del efecto de la inflación como antes se anotó.

Que los gastos financieros deben tratarse como deducción por el procedimiento ordinario, se desprende de la misma ley que prevé el sistema de depuración de la renta líquida, consagrando expresamente en los artículos 117, 118 y 120 del Estatuto Tributario, la deducción de los mismos, previniendo en todo caso, la no deducibilidad del

componente inflacionario previsto en el artículo 81 del mismo estatuto. Componente inflacionario, que una vez en vigencia de los ajustes sería también deducible como claramente se deduce de lo dispuesto en el parágrafo de los artículos 118 y 120 ibídem, que en su orden expresan:

> "A partir del año gravable 1992 (fecha de aplicación de los ajustes), lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los contribuyentes sometidos a los ajustes previstos en el Título V de estelibro, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí establecidos."
>
> "A partir del año gravable de 1992, los contribuyentes a quienes se aplica lo dispuesto en el Título V de este libro, deberán sujetarse adicionalmente a las normas allí previstas."

Entonces, mal puede pretenderse que el gasto financiero sea, unas veces deducible por el sistema ordinario y otras, a través de la cuenta de corrección monetaria porque ésta, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 348 y 348-1 del Estatuto Tributario, sólo debe registrar cargos débitos y créditos por ajustes por inflación de ingresos, egresos, activos y pasivos.

Asiste razón a los actores cuando aducen que como consecuencia del tratamiento que da a los gastos financieros el artículo 5o. del Decreto 2591 de 1993, acusado, se altera el monto máximo que según el artículo 354 del Estatuto Tributario pueden solicitar los contribuyentes a título de deducción teórica, pues evidentemente si el valor de la corrección monetaria y los ajustes por diferencia en cambio, como gastos financieros que son, se llevan directamente a la cuenta de corrección monetaria, como débito a la misma, tal registro altera -para disminuirlo- el saldo de igual naturaleza en la misma cuenta, reduciendo así el tope de la deducción teórica a la que potencialmente tienen derecho todos los contribuyentes sujetos a ajustes de manera general, independientemente de que sus condiciones particulares le permitan acceder en mayor o menor grado al mismo o no tener derecho al beneficio fiscal de deducción teórica.

No queda duda entonces de que la norma acusada al distinguir para ordenar de manera diferente a lo dispuesto en norma reglamentada, la transgrede y por ello habrá de retirarse del ordenamiento jurídico.

Con relación al artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, la Sala efectuó el análisis correspondiente de legalidad en el fallo del 24 de junio de 1994 expediente 5296 actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero, al cual se remite en esta oportunidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1) ANULASE el artículo 5o. inciso 1o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, en la parte que dice:

"Después de este momento la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio y el reajuste del principal, constituirán un gasto deducible por corrección monetaria; los intereses y demás gastos financieros constituirán un gasto deducible."

2) Con relación a la impugnación del artículo 8o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, estese a lo resuelto en el fallo del 24 de junio de 1994, expediente No. 5296, actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos, Alfredo Lewin Figueroa,* Conjuez.

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTES POR INFLACION-Destinatarios/**AJUSTES POR INFLACION**-Objeto/**AJUSTE DE PASIVO NO MONETARIO**/(Salvamento de Voto).

En la actualidad puede afirmarse con apoyo en lo dispuesto por los artículos 40, 81 y 118 del E.T., que los contribuyentes, frente al fenómeno inflacionario, se dividen en dos grandes grupos: los no obligados a llevar contabilidad para quienes se les excluye el "componente inflacionario" de los ingresos, de los costos y de las deducciones y el grupo de los obligados a llevar contabilidad y a aplicar, consecuentemente, el sistema de "ajuste integral por inflación" (arts. 329 y siguientes E.T.). La adopción del sistema de ajustes por inflación, fue diseñado precisamente para cumplir con el mandato del legislador de 1986 de "desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación" e implicó adoptar un tratamiento especial para "los pasivos no monetarios poseídos en el último día del año, tales como: pasivos en moneda extranjera, en Upac o pasivos sobre los cuales se ha pactado un reajuste del principal".

GASTO FINANCIERO-Ajuste/**PASIVO NO MONETARIO**-Ajuste/**AJUSTE A CUENTAS DE RESULTADO**/(Salvamento de Voto).

Según el artículo 348 del E.T. hasta el año de 1993 el sistema de ajustes abarcaba sólo a las cuentas de balance, siendo optativo aplicarlo sobre las de resultado. Pero a partir de 1994 se volvió obligatorio debiendo los contribuyentes ajustar por el procedimiento indicado en el artículo 333-1 los ingresos realizados en el respectivo período gravable y "en igual forma, a partir de dicho año gravable, los contribuyentes deberán ajustar

los demás costos y gastos, realizados en el período gravable, salvo que tengan una forma particular de ajuste", como lo es, según lo dicho anteriormente, el gasto financiero de las deudas en divisas, en UPAC o con pacto de ajuste. Y concluía la disposición: "Como contrapartida se contabilizará un crédito en la cuenta de corrección monetaria por el mismo valor". Se colige de lo anterior que la disposición del reglamento acusado en el sentido de que "la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio y el reajuste del principal constituirán un gasto deducible por corrección monetaria" no implica transgresión de la ley, sino por el contrario, su tratamiento especial se conformó a su naturaleza originada en costo financiero generado en pasivos no monetarios (art. 343 E.T.).

GASTO DEDUCIBLE POR CORRECCION MONETARIA/PASIVO NO MONETARIO/DEDUCCION TEORICA/AJUSTES POR INFLACION/(Salvamento de Voto).

Ahora, la circunstancia de que este sistema de tratamiento del gasto por la cuenta de corrección monetaria influya en la cuantía que resulte aceptable en la DEDUCCION TEORICA, no es violatoria de la normatividad de esta porque lo que dispone el artículo 354 del E.T. (norma de transición) después de describir la mecánica para determinar cuándo se tiene derecho a ella, la utilización de los respectivos factores y porcentajes para cada año entre 1993 hasta 1996 que debe operar, concluye que el resultado así obtenido constituye deducción teórica, "la cual podrá solicitarse hasta concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria" es decir, limita la deducción al saldo crédito de dicha cuenta, pero no está consagrando ninguna especificación de los componentes o factores de la cuenta puesto que ellos están dados en otras disposiciones como la analizada anteriormente relativa a la obligación de ajustar todos los costos y los gastos (E.T. 348-1) a partir de 1994.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES

CONSUELO SARRIA OLCOS Y JAIME ABELLA ZARATE

Ref.: Expediente No. 5312. Actor: Antonio Gutiérrez Jiménez y Alberto Múnera Cabas. C.P.: Dr. Guillermo Chahín Lizcano

Con el acostumbrado respeto nos apartamos de la decisión mayoritaria, por las siguientes razones:

De la parte inicial de las consideraciones de la sentencia anterior, destacamos que los dos criterios que se indican como limitantes de la potestad reglamentaria, el de la competencia y el de la necesidad no fueron transgredidos sino, por el contrario,

acatados por el Presidente al expedir el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 24591 de 1993 que se anuló.

Considerar, como lo hace el fallo, acogiendo el planteamiento de los actores, que la expresión legal utilizada por el artículo 333-2 de que los gastos financieros cuando pierden su razón de ser activados "...constituirán un gasto deducible" sólo lo son por el sistema tradicional de depuración, olvida que la adopción del sistema de ajustes integrales por inflación modificó los conceptos tradicionales integrantes de la renta gravable y dentro de ellos el de las deducciones.

La evolución legislativa del sistema de ajustes por inflación en Colombia muestra que dentro de los distintos problemas que genera la inflación monetaria en el campo tributario, precisamente el concerniente al endeudamiento y al correspondiente gasto financiero, ha sido objeto de especial atención.

Por ejemplo cuando el País adoptó un sistema de ahorro de valor constante (como el UPAC en 1972), fue necesario dictar normas especiales para no gravar la "corrección monetaria" recibida por los ahorradores y restringir en los deudores la deducción de la amortización del pasivo a los límites precisos que corresponden al gasto financiero (Decreto Reglamentario 331/76, arts. 2/8).

En la actualidad puede afirmarse con apoyo en lo dispuesto por los artículos 40, 81 y 118 del E.T. que los contribuyentes, frente al fenómeno inflacionario, se dividen en dos grandes grupos: los no obligados a llevar contabilidad para quienes se les excluye el "componente inflacionario" de los ingresos, de los costos y de las deducciones y el grupo de los obligados a llevar contabilidad y a aplicar, consecuentemente, el sistema de "ajuste integral por inflación" (arts. 329 y siguientes E.T.).

La adopción del sistema de ajustes por inflación, fue diseñado precisamente para cumplir con el mandato del legislador de 1986 de "desligar la determinación del impuesto sobre la renta de los efectos de la inflación" e implicó adoptar un tratamiento especial para "los pasivos no monetarios poseídos en el último día del año, tales como: pasivos en moneda extranjera, en Upac o pasivos sobre los cuales se ha pactado un reajuste del principal" respecto a los cuales el artículo 343 E.T. ordenó que "deben ajustarse con base en la tasa de cambio al cierre del año para la moneda en la cual fueron pactados, en la cotización del UPAC a la misma fecha o en el porcentaje de ajuste que se haya convenido dentro del contrato de empréstito, según el caso, registrando el aumento como mayor valor del pasivo", a lo cual agregó al final el artículo: **"Como contrapartida, se debe registrar un gasto por igual cuantía, salvo cuando deben activarse".**

La referencia a la activación del gasto financiero, obviamente no era otra que la consagrada en el artículo 333-2 respecto a pasivos identificados específicamente con la adquisición o construcción de activos fijos, en cuya parte final, expresó que **"después de este momento constituirán un gasto deducible"** refiriéndose al de

terminación de construcción. En consecuencia, fueron armónicas estas dos disposiciones, en cuanto al reconocimiento de gasto que hace la ley al costo financiero que debe analizarse a la luz de la regulación correspondiente.

Según el artículo 348 del Estatuto Tributario hasta el año de 1993, el sistema de ajustes abarcaba sólo a las cuentas de balance, siendo optativo aplicarlo sobre las de resultado. Pero a partir de 1994 se volvió obligatorio debiendo los contribuyentes ajustar por el procedimiento indicado en el artículo 333-1 **los ingresos** realizados en el respectivo período gravable y "en igual forma, a partir de dicho año gravable, los contribuyentes deberán ajustar los demás costos y gastos, realizados en el período gravable, **salvo que tengan una forma particular de ajuste",** como lo es, según lo dicho anteriormente, el gasto financiero de las deudas en divisas, en UPAC o con pacto de ajuste. Y concluía la disposición: "Como contrapartida se contabilizará un crédito**en la cuenta de corrección monetaria** por el mismo valor".

Y precisamente esta forma de contabilización obligatoria a partir de 1994 fue la que influyó en el concepto tradicional de "deducción" de estos gastos puesto que según el artículo 350 del E.T. (art. 20 Dcto. 2687 de 1988):

> "Las partidas contabilizadas como crédito en las cuentas de corrección monetaria, menos los respectivos débitos registrados en dicha cuenta, constituyen la utilidad o pérdida por exposición a la inflación para efectos del impuesto sobre la renta..."

En esta norma el Presidente cumplió con el mandato del Congreso de desligar el impuesto de los efectos de la inflación, cuando le otorgó facultades, pues con este sistema depuraba tanto los ingresos como los costos, completando de esa manera así el proceso que se había iniciado con el de los activos y los pasivos. Así se volvió verdaderamente **integral** el sistema que complementó el artículo 350 que dispone:

> "La aplicación del ajuste integral por inflación requerirá que las partidas a que se refiere este artículo, sean reflejadas en el estado de pérdidas y ganancias".

Se colige de lo anterior que la disposición del reglamento acusado en el sentido de que "la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio y el reajuste del principal constituirán un gasto deducible por corrección monetaria" no implica transgresión de la ley, sino por el contrario, su tratamiento especial se conformó a su naturaleza originada en costo financiero generado en **pasivos no monetarios** (art. 343 E.T.).

Ahora, la circunstancia de que este sistema de tratamiento del gasto por la cuenta de corrección monetaria influya en la cuantía que resulte aceptable en la DEDUCCION TEORICA, no es violatoria de la normatividad de esta porque lo que dispone el artículo 354 del E.T. (norma de transición) después de describir la mecánica para determinar cuándo se tiene derecho a ella, la utilización de los respectivos factores y porcentajes para cada año entre 1993 hasta 1996 que debe operar, concluye que el resultado así obtenido constituye deducción teórica, "la cual podrá solicitarse hasta

concurrencia del saldo crédito de la cuenta de corrección monetaria" es decir, limita la deducción al saldo crédito de dicha cuenta, pero no está consagrando ninguna especificación de los componentes o factores de la cuenta puesto que ellos están dados en otras disposiciones como la analizada anteriormente relativa a la obligación de ajustar todos los costos y los gastos (E.T. 348-1) a partir de 1994.

Pero del solo artículo 354-3 no resulta ninguna garantía legal o limitante en cuanto a los factores que bien pueden aumentar o disminuir "el saldo crédito" de la cuenta, límite natural a la deducción teórica, como ya lo calificó la Sala en otro proceso.

De lo expuesto concluimos que no hubo la transgresión legal alegada y por ello han debido negarse las peticiones de la demanda.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate

VALOR NORMAL EN ADUANA/PRECIO USUAL DE COMPETENCIA

El valor Normal en Aduana se determina "a partir del precio usual de competencia en condiciones de libre competencia para mercancía idéntica o similar a la que se valora" y transada en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar. El apelante confunde el procedimiento consagrado en los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 2011 de 1973, relacionado con la determinación del valor normal "a partir del precio pagado o por pagar", que, como lo advirtió el Tribunal, no fue el que sirvió de fundamento en la determinación del valor normal en aduana, sino el que parte del precio usual de competencia, el cual, no obstante existir condiciones de libre competencia, se debe rectificar, por una razón distinta, ser inferior al precio usual de competencia, que fue lo que le ocurrió a la sociedad actora, conforme a lo observado anteriormente. Si bien, el hecho de que la operación se haya realizado en condiciones de libre competencia, lo cual constituye un factor de primer orden en la determinación del valor en aduanas, conforme a las reglas establecidas para el efecto, ello no excluye la aplicación de las demás reglas consagradas para la determinación del valor, pues el ajuste procede en cualquiera de los dos casos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Ref.: Expediente No. 5091. Actor: Compañía Colombiana de Envases S.A. "COLENVASES". Impuestos Aduanas. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Compañía Colombiana de Envases S.A. "COLENVASES", contra la sentencia del 1o. de julio de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena desestimó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedad contra los actos administrativos relacionados con la cuenta adicional de la declaración de despacho para consumo No. 1335 del 19 de mayo de 1985.

ANTECEDENTES:

Están constituidos por: La cuenta adicional plasmada en la resolución No. 00164 del 11 de octubre de 1989, expedida por la Administración de la Aduana Interna de Santa Marta, mediante la cual se ordenó el cobro adicional de la suma de $22.675.211, dejados de percibir en la declaración de despacho para consumo No. 1335 del 19 de mayo de 1988, contenida en el comprobante de renta adicional No. 2476 de septiembre 15 de 1989, respecto a la mercancía importada consistente en "láminas de aluminio" de 0.32 mm de espesor de la posición 76.03.01.00" cuyo valor FOB para determinar la base gravable era de US$1.28/libra, precio usual de competencia, según oficio No. 81 del 16 de agosto de 1989, de la División de Valoración de la Dirección General de Aduanas.

Contra la actuación anterior, la sociedad interpuso los recursos de reposición y de apelación, los cuales fueron resueltos en su orden por la Administración de la Aduana Interna de Santa Marta, mediante la resolución No. 000181 del 9 de noviembre de 1989, que no accedió al recurso de reposición impetrado, y el segundo, por la Subdirección Operativa de la Dirección General de Aduanas, la cual confirma en todas sus partes la resolución recurrida, habida cuenta que el valor normal en aduanas se había determinado de manera acorde con las reglas establecidas en la Definición de Bruselas, y en los artículos 17 al 19 del Decreto 2011 de 1973.

LA DEMANDA

Acusa los actos administrativos anteriormente reseñados, de violar las siguientes normas: artículo 30 del Decreto 2011 de 1973, artículos 10 y 16 de la Constitución Nacional; artículos 6 numeral 1o., 7, 14, 17, 18 y 19 del Decreto 2011 de 1973, en concordancia con el artículo 26 ibídem; artículo 324 del Decreto 2666 de 1984, en concordancia con los artículos 1694, 1697 y 1698 del Código de Comercio.

El concepto de violación explica, en síntesis, que:

Se violaron los artículos 30 del Decreto 2011 de 1973, y 10 y 11 de la Constitución Nacional, porque reliquidaron un impuesto con base en una recomendación del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, que no es ley en Colombia, ya que la primera de dichas normas dice que tales recomendaciones se consideran como normas de arancel, una vez que se incorporen al ordenamiento jurídico nacional. Como esas

recomendaciones no han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico nacional, no son por tanto aplicables en Colombia.

Los artículos 6, numeral 1, 7, 14, 17, 18 y 19 del Decreto 2011 de 1973, en concordancia con el artículo 26 *ibídem*, pues aceptando en gracia de discusión, que en este caso se hubiere probado que la transacción no se realizó en condiciones de libre competencia, y que además el precio declarado en la factura comercial es inferior al que en esa época las leyes del mercado establecían para la mercancía importada, no se hubiera podido jurídicamente expedir la cuenta adicional, porque las normas citadas y sus concordantes requieren, para ello, de ciertos supuestos, que no se dan en este caso, como es la exigencia al importador, por parte de la Aduana de la llamada "declaración de valor", lo que no se dio en el presente caso, no siendo procedente por tanto la elaboración de la cuenta adicional, ni su pago.

El artículo 324 del Decreto 2666 de 1984, en concordancia con los artículos 1.694, 1.697 y 1.698 del Código de Comercio y el artículo 26 del Decreto 2011 de 1973, por cuanto para que fuera válida la cuenta adicional, era necesario que al presentarse la declaración de despacho para consumo, se hubieran exigido los datos no sólo que incidían en el valor FOB y en el valor CIF, sino además, haber exigido datos sobre los elementos de hecho que hubieran podido incidir en la existencia de un precio diferente al real de la transacción celebrada entre el importador y el proveedor en el extranjero, lo que tenía su respaldo en el artículo 26 del Decreto 2011 de 1973, que consagra los requisitos y establece la metodología para que se pueda llegar a estructurar, en casos concretos, la noción de precio normal cuanto este no corresponde a los valores FOB y CIF de las mercancías.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia del 1o. de julio de 1993, desestimó las súplicas de la demanda, considerando que el primer cargo de violación no estaba llamado a prosperar como quiera que el Decreto 2011 de 1973, en su artículo 1o., con apoyo en la Ley 6a. de 1971, adoptó todo lo relacionado con el valor de Bruselas y a su Comité de Valor, incluidas las recomendaciones, por lo que estimó que la expedición de los actos acusados con fundamento en tales recomendaciones era válido por tener el debido respaldo legal.

Con relación al segundo cargo expuesto el Tribunal reprodujo el contenido del oficio No. 00817 del 10 de agosto de 1989, contentivo del procedimiento por el cual la División de Valor de la Dirección de Aduanas determinó el precio usual de competencia para identificar mercancía, el cual sirvió de base a la Administración de la Aduana Interna de Santa Marta en la determinación de la base gravable, para aclararle al libelista que el artículo 14 del Decreto 2011 de 1973, no era el aplicable al *sublite* "sino simplemente que el precio declarado por el importador es inferior al usual de competencia, sin hacer mención para nada que exista vinculación comercial entre comprador y vendedor". Así mismo señaló que eran aplicables los artículos 324 del

Decreto 2666 de 1984, sobre cuenta adicional, el artículo 156 *ibídem* modificado por el artículo 25 del Decreto 755 de 1990, sobre provisionalidad de los datos de la declaración y el artículo 168 *ibídem*, razón por la cual desestimó este cargo.

Respecto al último cargo manifestó el *a-quo*, que la cuenta adicional y los actos acusados obedecieron a la determinación del valor o precio normal de la mercancía en condiciones de libre competencia, para lo cual se tuvo en cuenta la fecha de la licencia o registro de importación, así como su adicional, procedimiento que considera acorde con los artículos 2 y 6 numeral 2 del Decreto 2011 de 1973.

LA APELACION

Manifiesta el actor en su memorial de apelación oportunamente interpuesto, que el Tribunal fundamenta su decisión en un error de apreciación del precio normal de la mercancía en condiciones de libre competencia para proceder a la liquidación de los derechos de aduana. Considera su deber señalar que el artículo 6o. numerales 1, 7, 14, 17, 18 y 19 (sic) del Decreto 2011 de 1973, indica que el precio declarado a la aduana debe corresponder al usual de competencia, y que en caso de que ello no sea así, se debe aplicar un porcentaje de ajuste que fije la Dirección General de Aduanas.

En el caso discutido, observa, se presentó la venta de la mercancía en un mercado de libre competencia, como consecuencia, se debe decir que la mercancía tenía su precio determinado. Para la época en que se efectuó la importación la mercancía se había adquirido a precio inferior fijado por la Aduana, en consecuencia, la providencia impugnada debe ser revocada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante, para lo cual argumenta que, conforme con los artículos 2, 6 y 14 del Decreto 2011 de 1973, el ajuste al precio de la mercancía importada, es procedente no sólo en el caso en que la operación de venta no cumpla con los requisitos de libre competencia, sino también cuando la transacción se realiza en condiciones de libre competencia, esto es, cuando no concurra la previsión referida a la vinculación. La diferencia radica en que los factores determinantes del ajuste al valor de la mercancía declarado en uno y otro caso, corresponden a elementos diferentes, como es el caso de los descuentos especiales otorgados por el proveedor al comprador, como distribuidor exclusivo, que no sería factor determinante cuando la transacción se realice en condiciones de libre competencia.

En el caso, puntualiza que se encuentra probado y aceptado por la apelante que la transacción se realizó en condiciones de libre competencia, procediendo igualmente el ajuste al precio declarado por la sociedad actora a la Aduana, y para el efecto, se tendría en cuenta los elementos del precio normal a que se refieren los artículos 2 y 6 del Decreto 2011 de 1973, es decir, el tiempo, precio, lugar, cantidad y nivel comercial, con base en los cuales se surtió la actuación administrativa al tenerse en cuenta la información suministrada por el proveedor a la Aduana para mercancía idéntica, igual

país de origen, de compra y la fecha de la Licencia de Registro de Importación No. 053173 de octubre 1o. de 1987 y la modificación a la misma de marzo 18 de 1988.

La parte actora y la Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, no intervinieron en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala, que en la determinación del valor normal en Aduanas, concerniente a la declaración de despacho para consumo No. 1335 del 19 de mayo de 1988, la Administración de la Aduana Interna de Santa Marta, se fundamentó en el precio usual de competencia establecido por la División de Valoración de la Dirección General de Aduanas e informado con oficio No. 817 del 16 de agosto de 1989, cuyo procedimiento se encuentra consagrado en los artículos 17, 18 y 19 del Decreto 2011 de 1973, los cuales a su letra ordenan:

> "Artículo 17. **Cuando el precio declarado sea inferior al usual de competencia**, se procederá a su rectificación o ajuste, en la cantidad correspondiente a la diferencia existente, para los efectos de la determinación del Valor Normal".
>
> "Artículo 18. **Se entiende por precio usual de competencia el que habitualmente se aplica en las transacciones comerciales en condiciones de libre competencia, para mercancías extranjeras idénticas o similares a las que se valoran**. Este concepto de precio usual de competencia se aplica, igualmente para la determinación del Valor Normal de la mercancía cuyo precio esté influido por medidas gubernamentales del país de origen o se importen como consecuencia de operaciones de trueque o de compensación".
>
> "Artículo 19. Para determinar el precio usual de competencia de una mercancía a valorar, **se debe tener en cuenta el precio de venta en condiciones de libre competencia de una mercancía extranjera de características idénticas**, o en su defecto similares **y transada en iguales circunstancias respecto a tiempo, calidad y nivel comercial".** (subraya la Sala).

Conforme a este procedimiento, el Valor Normal en Aduana se determina "a partir del precio usual de competencia en condiciones de libre competencia para mercancía idéntica o similar a la que se valora" y transada en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar, procedimiento que fue el que tuvo en cuenta la División de Valoración al determinar el precio usual de competencia, que sirvió de base a la Adminstración de la Aduana Interna de Santa Marta para efectuar la rectificación del precio o valor declarado.

En efecto, el ajuste o rectificación del precio se efectuó teniendo en cuenta el valor informado por el proveedor (lista preimpresa de precios vigentes al 18 de marzo de 1988) para mercancía idéntica, del mismo proveedor, igual país de origen de compra,

del cual se estableció que el precio declarado era inferior al usual de competencia vigente en el momento de la valoración. De igual modo se tuvo en cuenta el elemento tiempo, uno de los elementos determinantes del Valor Normal, referido con el momento de considerar para la valoración, que es el de "la fecha de aprobación de la licencia o registro de importación, o de sus adiciones o modificaciones" el cual, para el caso, correspondía a la fecha en que la actora efectuó modificación a la licencia de aprobación por Incomex, según documento No. 02497 de marzo 18 de 1988, fecha que como se observa, corresponde con la fecha relacionada con la información del proveedor.

Entonces, el apelante confunde el procedimiento consagrado en los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 2011 de 1973, relacionado con la determinación del valor normal "a partir del precio pagado o por pagar", que, como lo advirtió el Tribunal, no fue el que sirvió de fundamento en la determinación del valor normal en aduana, sino el que parte del precio usual de competencia, el cual, no obstante existir condiciones de libre competencia, se debe rectificar, por una razón distinta, ser inferior al precio usual de competencia, que fue lo que le ocurrió a la sociedad actora, conforme a lo observado anteriormente.

Es que si bien, el hecho de que la operación se haya realizado en condiciones de libre competencia, lo cual constituye un factor de primer orden en la determinación del valor en aduanas, conforme a las reglas establecidas para el efecto, ello no excluye la aplicación de las demás reglas consagradas para la determinación del valor, pues el ajuste procede como lo observa la apoderada de la entidad demandada en cualquiera de los dos casos; lo que ocurre es, como en el *sub-examine,* que el ajuste se efectuó con elementos diferentes, como el relacionado con el precio usual de competencia, y para su determinación, se tuvieron en cuenta los elementos determinantes del valor normal, como son el tiempo, cantidad y nivel comercial, precisamente, para restablecer las condiciones de libre competencia.

Por consiguiente, el proceder administrativo como lo consideró el Tribunal se ajusta a derecho, razón por la cual no es procedente acceder a lo pretendido por el apelante; por tanto, debe confirmarse la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del 1o. de julio de 1993, originaria del Tribunal Administrativo del Magdalena.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flores Rojas, Secretario.

ACTO DEMANDABLE ANTE LO CONTENCIOSO/EMBARGO DE BIENES/SECUESTRO DE BIENES/REMATE DE BIENES

Ni el artículo 833-1 del E.T. que restringe los recursos, ni el artículo 835 del E.T. que dispone que sólo son demandables ante esta jurisdicción "las resoluciones que fallas las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución", pueden tomarse con carácter definitivo y excluyente ya que, como puede observarse, dentro del proceso coactivo fiscal, con posterioridad a las referidas providencias, existe una actuación administrativa regida por normas del C.P.C. art. 839-2 del E.T., ante la ausencia de normas especiales en el Estatuto Tributario, tal como el embargo, el secuestro y remate de bienes - aprobación del mismo y su cumplimiento - por ello, siendo el auto de aprobación de la diligencia de remate - artículo 530 del C.P.C.- susceptible del recurso de apelación- artículo 538 *ibídem*-, puede dar lugar a controversias ante la administración y por ende ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.–

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Ref.: Expediente No. 5590. Actor: José Joaquín Jovel Cabezas. Apelación interlocutorios. Auto.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 7 de abril de 1994, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió inadmitir la demanda de nulidad y restablecimiento instaurada por el señor José Joaquín Jovel Cabezas.

HECHOS

El señor José Joaquín Jovel Cabezas, en su calidad de hijo y heredero del señor Luis María Jovel, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acta de diligencia de remate efectuada el día 8 de noviembre de 1993, por la División de Recaudación y Cobranzas de la Administración de Impuestos y Aduanas de Girardot, mediante la cual se dio culminación al proceso No. 5204 que por jurisdicción coactiva le adelantaba dicha administración.

LA DEMANDA

El actor la fundamenta en la nulidad prevista en el numeral 2o. del artículo 140 del C.P.C., por carencia de competencia funcional del funcionario que expidió los actos, prescripción de la acción de cobro, la indebida notificación del mandamiento de pago y de los actos relacionados con el embargo, secuestro y remate del bien inmueble de propiedad del deudor, por violación de los artículos 516 del C.P.C.- el número de peritos avaluadores nombrados debió ser más de uno- y el artículo 838 del E.T.

EL AUTO APELADO

El *a-quo,* en auto de 7 de abril del año en curso dispuso inadmitir la demanda presentada, aduciendo que "Revisados los actos acusados la Sala advierte que los mismos son actos de ejecución no susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción al tenor de lo dispuesto en los artículos 78 de la Ley 6a. de 1992 que califica tales actuaciones como de trámite y 835 del Estatuto Tributario que señala expresamente que los actos demandables ante esta jurisdicción son las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución."

"Las dos normas citadas son especiales y aplicables en el presente caso, por lo cual al no ser demandables los actos relacionados en el libelo, la demanda habría de inadmitirse.", como en realidad lo dispuso en el auto recurrido.

EL RECURSO DE APELACION:

Inconforme la actora con la decisión del *a-quo*, interpuso recurso de apelación contra la providencia de inadmisión, fundando su inconformidad en que "El artículo 78 de la Ley 6a. de 1992, invocado como norma para inadmitir la demanda, hace referencia es a los actos administrativos realizados para el cobro de deudas fiscales obviamente en la vía gubernativa, dice que son de trámite y contra ellos no procede recurso, norma que además en mi concepto es violatoria de normas superiores, toda vez que no pueden

de trámite, aquellos que por su estructura, naturaleza jurídica y objetivos son ıtorios, o claramente sentencias como el remate y aprobación del mismo".

ın el caso que nos ocupa no hubo notificación formal de la inicial del proceso de ıcción coactiva, y concretamente del mandamiento ejecutivo, por ello el fallecido María Jovel desconoció la existencia del proceso 5204, y mal podrá proponer pciones cuando estas según el artículo 830 del E.T. hay que proponerlas dentro de ,5 días a la fecha del mandamiento de pago, que por error en la notificación no fue ocido oportunamente."

OPOSICION AL RECURSO

El apoderado de la aprte demandada, se opone a la revocatoria del auto, argumentando que "Conforme las normas antes señaladas es evidente que la impugnación de los actos administrativos que por jurisdicción coactiva se profieran solamente pueden ser objeto de control jurisdiccional únicamente en los eventos señalados por la ley".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la sala el auto apelado debe ser revocado por las siguientes razones:

En primer lugar, los artículos 82 y 83 del C.C.A. recogen el principio de que todos los actos proferidos por la administración pública, pueden ser objeto del control jurisdiccional, siendo excepcional los que escapan a él, creándose, en el *sublite,* la inquietud de establecer, si los actos demandados- auto de diligencia de remate (8 de noviembre de 1993), o la resolución de fecha 11 de ese mismo mes y año-, son actos susceptibles de ser controvertidos ante esta jurisdicción.

Ni el artículo 833-1 del E.T. que restringe los recursos, ni el artículo 835 del E.T. que dispone que sólo son demandables ante esta jurisdicción "las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución", pueden tomarse con carácter definitivo y excluyente ya que, como puede observarse, dentro del proceso coactivo fiscal, con posterioridad a las referidas providencias, existe una actuación administrativa regida por normas del C.P.C.- artículo 839-2 del E.T.-, ante la ausencia de normas especiales en el Estatuto Tributario, tal como el embargo, el secuestro y remate de bienes- aprobación del mismo y su cumplimiento-, por ello, siendo el auto de aprobación de la diligencia de remate -artículo 530 del C.P.C.-, susceptible del recurso de apelación- artículo 538 *ibídem*-, puede dar lugar a controversias ante la administración y por ende ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Siendo aplicable las disposiciones del C.P.C. esta materia, como se indicó, son por tanto procedente las causales de nulidad previstas en los artículos 140 y 141 del referido estatuto.

La misma Ley 6a. de 1992 introdujo la aplicación supletiva del procedimi en materias que pueden ser en el tiempo independientes o posteriores a las prov señaladas en el artículo 835, según la siguiente previsión del artículo 87 de la incorporada en el E.T., así:

"Artículo 839-2. Embargo, secuestro y remate de bienes. En los as compatibles y no contemplados en este Estatuto, se observarán en el pr miento administrativo de cobro las disposiciones del Código de Procedin Civil que regulan el **embargo, secuestro y remate de bienes**" (la subra es del texto).

Las anteriores consideraciones permiten concluir que no puede confirmar inadmisión de la demanda, con los argumentos aducidos por el *a-quo* y que repit entidad oficial, en su escrito de oposición al recurso.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Admir trativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, y en su lugar, devuélvase el expediente al Tribuna de origen para que, si reúne los requisitos formales, ADMITA la demanda y disponga lo que corresponde según el artículo 207 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACTIVIDAD NO SUJETA/ACTIVIDAD AGROPECUARIA/HECHO GENERADOR/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La certificación suscrita por la Contadora Pública, puntualiza que la actora desarrolla su actividad social de labores agropecuarias en terrenos de sus accionistas situados en los municipios de Flandes (Tolima), Ibagué (Tolima), y Tocaima (Cundinamarca), especialmente en cultivos de soya, arroz, sorgo y maíz, venta de ganado en pie y leche cruda; agregando que la venta de dichos productos se hace en estado primario, es decir sin que se le agregue proceso de transformación alguno. Ahora bien, a más de las razones jurídicas esgrimidas y las pruebas allegadas al proceso por la demandante, la Sala estima que la sociedad no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos por las vigencias de 1986 a 1990 inclusive, en primer lugar porque el acta de visita no contiene elementos de juicio que evidencien la pretendida calificación de "comercialización de productos agrícolas en Santafé de Bogotá, D.C.", y en tal virtud no resulta legal la orden de registro oficioso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Ref.: Expediente No. 5583. Actor: FONAMSA S.A. Apelación sentencia de marzo 24 de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto industria, comercio y avisos, años gravables 1986-1987, 1988-1989 y 1990). FALLO.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de marzo de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca accedió a las peticiones de la demanda form
FONAMSA S.A. Nit. 8-90.601.063 en relación con las liqu
impuesto de industria, comercio y avisos correspondientes a los
a 1990, inclusive.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora cuyo objeto social es la actividad agr
propios o ajenos, fue objeto de visita por parte de un funcionario de
de Impuestos quien en acta No. 04-119 de enero 26 de 1991,
FONAMSA S.A. comercializa productos agrícolas en Bogotá (
20-85), lugar este en donde desarrolla actividad comercial, conta
Así mismo se anota que la actividad agropecuaria se desarrolla e
Flandes (Tolima), Ibagué (Tolima) y Tocaima (Cundinamarca).

Con base en esta acta de visita la Dirección Distrital de I
Resolución No. 073 de febrero 11 de 1992 ordenó el registro ofici
S.A., del establecimiento ubicado en la dirección antes mencionada,
allí se desarrolla la comercializadora de los productos agrícolas (s
maíz, venta de ganado en pie y leche cruda); y en esta misma Res
aforo de los impuestos de industria, comercio y avisos por los años
a 1990 inclusive, imponiendo la respectiva sanción por aforo. (fls. 1

Interpuesto recurso de reposición la Dirección Distrital de Impue
la Resolución No. 766 de septiembre 4 de 1992 confirmó en to
Resolución No. 073 de febrero 11 de 1992 al estimar que la sociedad
presupuestos que condujeron a la Administración a ordenar el regi
practicar las liquidaciones de aforo. (fls. 15/18).

A su vez la Junta Distrital de Hacienda por Resolución No. 437
de 1992, también confirmó la Resolución No. 073 de febrero 11 de 19
recurso de apelación incoado por FONAMSA S.A., aduciendo básicar
sociedad vende los productos que recolecta en las fincas de su propieda
o intermediarios sin tener establecimientos comerciales para ese fin; ell
no hay duda alguna en lo referente a que la sociedad sí comercializa con
recolectados en sus fincas, y por ende las actividades que realiza son co
deben ser gravadas tal como lo realizó la Dirección Distrital de Impuestos

Agotada la vía gubernativa la sociedad ocurrió en demanda ante
precisando que los artículos 7 y 8 del Acuerdo 21 de 1983 explican y defi
entiende, en su orden, por actividad industrial y por actividad comercial.

Relieva que en ningún caso puede estimarse como actividad ind
o comercializadora la que desarrolle una sociedad que siendo pro
destinadas o cultivos agrícolas ejerza directamente esa actividad, si

y, como es obvio, venda sus productos que cultiva directamente a los industriales o intermediarios que estos sí los industrializarán o comercializarán de acuerdo con sus organizaciones y correspondientes actividades.

Observa que este es el caso de la sociedad FONAMSA S.A. cuyas oficinas ubicadas en Bogotá en la transversal 42B No. 20-85, segundo piso, no están organizadas como un establecimiento industrial o de comercio, sino que simplemente allí se manejan los negocios de la compañía, estrictamente relacionados con los cultivos agrícolas y la venta de los productos cosechados y recolectados periódicamente.

Invoca el artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983 que señala las actividades que no están sujetas a los impuestos de industria, comercio y avisos, entre ellas las que contiene el literal 1), es decir, la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluya la fabricación de productos alimenticios o de industria donde haya un proceso de transformación por elemental que este sea.

En consecuencia, pide en el libelo de demanda la declaratoria de nulidad de los actos acusados y como restablecimiento del derecho se declare que Fonamsa S.A. no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos de los años gravables 1986 a 1990 inclusive; y por ende no está obligada a registrarse en la Administración Distrital de Impuestos como sujeto pasivo de tal gravamen.

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal profirió sentencia de mérito accediendo a las peticiones de la demanda, previamente a haberse pronunciado en forma adversa acerca de la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la Administración Tributaria consistente en el no aporte al proceso del Acuerdo 21 de 1983, aspecto sobre el cuale se fundamenta la ineptitud alegada, pues puntualiza que tal deficiencia fue subsanada con motivo del auto en que se ordenó corregir la demanda (folio 29).

La decisión del Tribunal se fundamenta en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 que prohíbe imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea.

Se anota que en similares términos, el numeral 1o. del artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983 consagra esta exención para el impuesto de industria, comercio y avisos.

Precisa la sentencia que de acuerdo con las normas en referencia, estas contienen una expersa prohibición de gravar la producción primaria agrícola, razón por la cual le está vedado a la Administración Distrital gravar con impuestos los ingresos percibidos por el ejercicio de tal actividad por carecer de facultad impositiva para ello.

Observa además que esta prohibición es aplicable al Distrito Especial de Bogotá por expreso mandato del artículo 40 de la Ley 14 de 1983; y que bajo ningún pretexto

puede someterse a gravamen local la producción primaria agrícola sin proceso de transformación, pues la prohibición impide al Distrito determinar el tributo, menos aún cuando pretende, como se informa en los actos acusados, que es la comercialización y no la producción la actividad que se grava.

Por último, puntualiza que según el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983 el hecho generador del tributo se constituye por el ejercicio de la actividad en jurisdicción del Distrito y no fuera de él como ocurre en el *sub-lite*. De ahí que no tenga relevancia alguna si efectivamente los productos se procesan, situación por lo demás no probada, a la cual hace alusión la Administración en los actos acusados; ni la afirmación relativa a la adquisición de insumos por cuanto en la visita practicada por la Administración se deja constancia de la sola existencia de los libros de contabilidad y de los archivos, sin que de ello pueda deducirse que la sociedad comercializa insumos en la jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá. (fls. 126/139).

RECURSO DE APELACION

El representante judicial de Santafé de Bogotá D.C. en primer término, impugna la sentencia del Tribunal argumentando que de acuerdo con la investigación tributaria llevada a cabo por la Dirección Distrital de Impuestos, se concluyó que la actividad desarrollada por la sociedad demandante es la comercialización de productos agrícolas, lo cual se enmarca dentro de los supuestos jurídicos del artículo 8o. del Acuerdo 21 de 1983 cuyo tenor es:

"Se entiende por actividad comercial la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al mayor como al por menor y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por la Ley, como actividades industriales o de servicio."

En su escrito el apelante transcribe aparte de la Resolución No. 0437 de diciembre 11 de 1992 de la Junta Distrital de Hacienda en donde se expresa "... la citada sociedad realiza actividades comerciales, pues al recolectar, procesar y empacar los productos agropecuarios para su distribución y venta ejerce actos con ánimo de lucro...", de todo lo cual concluye que FONAMSA S.A., si comercializa con sus productos y por consiguiente, la actividad que realiza es comercial y por ende gravable.

En segundo lugar, discrepa de la sentencia en cuanto no se le dio prosperidad a la excepción de ineptitud de la demanda consistente en que FONAMSA S.A. no aportó el Acuerdo 21 de 1983 (artículo 141 del Código Contencioso Administrativo), señalando que el Tribunal al subsanar la deficiencia de la demanda rompio el equilibrio procesal.

Por lo tanto, precisa que existiendo obligación por parte del demandante de acompañar con la demanda, copia autenticada del Acuerdo 21 de 1983, bien como anexo o solicitar como prueba su remisión para que obre dentro del proceso, debido a su omisión resulta entonces necesario proferir fallo inhibitorio por falta de presupuestos procesales de la demanda. (fls. 147/151).

ACTIVIDAD NO SUJETA/ACTIVIDAD AGROPECUARIA/HECHO GENERADOR/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La certificación suscrita por la Contadora Pública, puntualiza que la actora desarrolla su actividad social de labores agropecuarias en terrenos de sus accionistas situados en los municipios de Flandes (Tolima), Ibagué (Tolima), y Tocaima (Cundinamarca), especialmente en cultivos de soya, arroz, sorgo y maíz, venta de ganado en pie y leche cruda; agregando que la venta de dichos productos se hace en estado primario, es decir sin que se le agregue proceso de transformación alguno. Ahora bien, a más de las razones jurídicas esgrimidas y las pruebas allegadas al proceso por la demandante, la Sala estima que la sociedad no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos por las vigencias de 1986 a 1990 inclusive, en primer lugar porque el acta de visita no contiene elementos de juicio que evidencien la pretendida calificación de "comercialización de productos agrícolas en Santafé de Bogotá, D.C.", y en tal virtud no resulta legal la orden de registro oficioso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., nueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Ref.: Expediente No. 5583. Actor: FONAMSA S.A. Apelación sentencia de marzo 24 de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto industria, comercio y avisos, años gravables 1986-1987, 1988-1989 y 1990). FALLO.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de marzo de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca accedió a las peticiones de la demanda formulada por la sociedad FONAMSA S.A. Nit. 8-90.601.063 en relación con las liquidaciones de aforo del impuesto de industria, comercio y avisos correspondientes a los años gravables de 1986 a 1990, inclusive.

ANTECEDENTES:

La sociedad actora cuyo objeto social es la actividad agropecuaria en terrenos propios o ajenos, fue objeto de visita por parte de un funcionario de la Dirección Distrital de Impuestos quien en acta No. 04-119 de enero 26 de 1991, dejó consignado que FONAMSA S.A. comercializa productos agrícolas en Bogotá (transversal 42B No. 20-85), lugar este en donde desarrolla actividad comercial, contable y administrativa. Así mismo se anota que la actividad agropecuaria se desarrolla en los municipios de Flandes (Tolima), Ibagué (Tolima) y Tocaima (Cundinamarca).

Con base en esta acta de visita la Dirección Distrital de Impuestos mediante Resolución No. 073 de febrero 11 de 1992 ordenó el registro oficioso de FONAMSA S.A., del establecimiento ubicado en la dirección antes mencionada, por considerar que allí se desarrolla la comercializadora de los productos agrícolas (soya, arroz, sorgo y maíz, venta de ganado en pie y leche cruda); y en esta misma Resolución produjo el aforo de los impuestos de industria, comercio y avisos por los años gravables de 1986 a 1990 inclusive, imponiendo la respectiva sanción por aforo. (fls. 13/14).

Interpuesto recurso de reposición la Dirección Distrital de Impuestos por medio de la Resolución No. 766 de septiembre 4 de 1992 confirmó en todas sus partes la Resolución No. 073 de febrero 11 de 1992 al estimar que la sociedad no desvirtuó los presupuestos que condujeron a la Administración a ordenar el registro oficioso y a practicar las liquidaciones de aforo. (fls. 15/18).

A su vez la Junta Distrital de Hacienda por Resolución No. 437 de diciembre 11 de 1992, también confirmó la Resolución No. 073 de febrero 11 de 1992 al resolver el recurso de apelación incoado por FONAMSA S.A., aduciendo básicamente que "si la sociedad vende los productos que recolecta en las fincas de su propiedad a industriales o intermediarios sin tener establecimientos comerciales para ese fin; ello significa que no hay duda alguna en lo referente a que la sociedad sí comercializa con los productos recolectados en sus fincas, y por ende las actividades que realiza son comerciales que deben ser gravadas tal como lo realizó la Dirección Distrital de Impuestos." (fls. 19/22).

Agotada la vía gubernativa la sociedad ocurrió en demanda ante el Tribunal precisando que los artículos 7 y 8 del Acuerdo 21 de 1983 explican y definen lo que se entiende, en su orden, por actividad industrial y por actividad comercial.

Relieva que en ningún caso puede estimarse como actividad industrial y comercial o comercializadora la que desarrolle una sociedad que siendo propietaria de tierras destinadas o cultivos agrícolas ejerza directamente esa actividad, siembre y coseche

y, como es obvio, venda sus productos que cultiva directamente a los industriales o intermediarios que estos sí los industrializarán o comercializarán de acuerdo con sus organizaciones y correspondientes actividades.

Observa que este es el caso de la sociedad FONAMSA S.A. cuyas oficinas ubicadas en Bogotá en la transversal 42B No. 20-85, segundo piso, no están organizadas como un establecimiento industrial o de comercío, sino que simplemente allí se manejan los negocios de la compañía, estrictamente relacionados con los cultivos agrícolas y la venta de los productos cosechados y recolectados periódicamente.

Invoca el artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983 que señala las actividades que no están sujetas a los impuestos de industria, comercio y avisos, entre ellas las que contiene el literal 1), es decir, la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluya la fabricación de productos alimenticios o de industria donde haya un proceso de transformación por elemental que este sea.

En consecuencia, pide en el libelo de demanda la declaratoria de nulidad de los actos acusados y como restablecimiento del derecho se declare que Fonamsa S.A. no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos de los años gravables 1986 a 1990 inclusive; y por ende no está obligada a registrarse en la Administración Distrital de Impuestos como sujeto pasivo de tal gravamen.

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal profirió sentencia de mérito accediendo a las peticiones de la demanda, previamente a haberse pronunciado en forma adversa acerca de la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la Administración Tributaria consistente en el no aporte al proceso del Acuerdo 21 de 1983, aspecto sobre el cuale se fundamenta la ineptitud alegada, pues puntualiza que tal deficiencia fue subsanada con motivo del auto en que se ordenó corregir la demanda (folio 29).

La decisión del Tribunal se fundamenta en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 que prohíbe imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea.

Se anota que en similares términos, el numeral 1o. del artículo 4o. del Acuerdo 21 de 1983 consagra esta exención para el impuesto de industria, comercio y avisos.

Precisa la sentencia que de acuerdo con las normas en referencia, estas contienen una expersa prohibición de gravar la producción primaria agrícola, razón por la cual le está vedado a la Administración Distrital gravar con impuestos los ingresos percibidos por el ejercicio de tal actividad por carecer de facultad impositiva para ello.

Observa además que esta prohibición es aplicable al Distrito Especial de Bogotá por expreso mandato del artículo 40 de la Ley 14 de 1983; y que bajo ningún pretexto

puede someterse a gravamen local la producción primaria agrícola sin proceso de transformación, pues la prohibición impide al Distrito determinar el tributo, menos aún cuando pretende, como se informa en los actos acusados, que es la comercialización y no la producción la actividad que se grava.

Por último, puntualiza que según el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983 el hecho generador del tributo se constituye por el ejercicio de la actividad en jurisdicción del Distrito y no fuera de él como ocurre en el *sub-lite*. De ahí que no tenga relevancia alguna si efectivamente los productos se procesan, situación por lo demás no probada, a la cual hace alusión la Administración en los actos acusados; ni la afirmación relativa a la adquisición de insumos por cuanto en la visita practicada por la Administración se deja constancia de la sola existencia de los libros de contabilidad y de los archivos, sin que de ello pueda deducirse que la sociedad comercializa insumos en la jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá. (fls. 126/139).

RECURSO DE APELACION

El representante judicial de Santafé de Bogotá D.C. en primer término, impugna la sentencia del Tribunal argumentando que de acuerdo con la investigación tributaria llevada a cabo por la Dirección Distrital de Impuestos, se concluyó que la actividad desarrollada por la sociedad demandante es la comercialización de productos agrícolas, lo cual se enmarca dentro de los supuestos jurídicos del artículo 8o. del Acuerdo 21 de 1983 cuyo tenor es:

"Se entiende por actividad comercial la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al mayor como al por menor y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por la Ley, como actividades industriales o de servicio."

En su escrito el apelante transcribe aparte de la Resolución No. 0437 de diciembre 11 de 1992 de la Junta Distrital de Hacienda en donde se expresa "... la citada sociedad realiza actividades comerciales, pues al recolectar, procesar y empacar los productos agropecuarios para su distribución y venta ejerce actos con ánimo de lucro...", de todo lo cual concluye que FONAMSA S.A., si comercializa con sus productos y por consiguiente, la actividad que realiza es comercial y por ende gravable.

En segundo lugar, discrepa de la sentencia en cuanto no se le dio prosperidad a la excepción de ineptitud de la demanda consistente en que FONAMSA S.A. no aportó el Acuerdo 21 de 1983 (artículo 141 del Código Contencioso Administrativo), señalando que el Tribunal al subsanar la deficiencia de la demanda rompio el equilibrio procesal.

Por lo tanto, precisa que existiendo obligación por parte del demandante de acompañar con la demanda, copia autenticada del Acuerdo 21 de 1983, bien como anexo o solicitar como prueba su remisión para que obre dentro del proceso, debido a su omisión resulta entonces necesario proferir fallo inhibitorio por falta de presupuestos procesales de la demanda. (fls. 147/151).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION

En su escrito, el apoderado judicial de la parte demandada reitera que FONAMSA S.A. es sujeto pasivo de los gravámenes aforados por la Administración Distrital porque realiza actividades comerciales, pues al colectar, procesar y empacar los productos agropecuarios para su distribución y venta en esta ciudad, está ejerciendo actos con ánimo de lucro y no siempre proceso de selección, limpieza y conservación.

Por lo tanto, solicita se revoque la sentencia impugnada en lo desfavorable al Distrito Capital y en su lugar declarar la plena vigencia de los actos administrativos demandados. (fls. 155/58).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte del señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación. (fl. 153).

CONSIDERACIONES

A pesar de que la sociedad FONAMSA S.A. con motivo de la respuesta dada al requerimiento 04-3597 de noviembre 28 de 1990, precisó que las actividades que ejerce son primordialmente agrícolas, especialmente en los cultivos de soya, arroz, sorgo y maíz, esporádicamente en la venta de ganado en pie y leche cruda, probando tal afirmación con copias de las declaraciones de renta y patrimonio de los años gravables 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990 en las cuales se registran ventas brutas en actividad agropecuaria bajo el código No. 106 y con certificación de la Contadora Pública, Lilia Marina Suárez Mesa, Matrícula 18230 T, la Administración Distrital de Impuestos con base en estos documentos y en la certificación expedida por la Cámara de Comercio considera que la sociedad actora comercializa productos agrícolas en Santafé de Bogotá D.C.

La certificación antes mencionada, suscrita por la Contadora Pública, puntualiza que la actora desarrolla su actividad social de labores agropecuarios en terrenos de sus accionistas situados en los municipios de Flandes (Tolima), Ibagué (Tolima), y Tocaima (Cundinamarca), especialmente en cultivos de soya, arroz, sorgo y maíz, venta de ganado en pie y leche cruda; agregando que la venta de dichos productos se hace en estado primario, es decir sin que se le agregue proceso de transformación alguno.

Ahora bien, a más de las razones jurídicas esgrimidas y las pruebas allegadas al proceso por la demandante, la Sala estima que la sociedad no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos por las vigencias de 1986 a 1990, inclusive, en primer lugar porque el acta de visita No. 04-119 de agosto 26 de 1991 no contiene elementos de juicio que evidencien la pretendida calificación de "comercialización de productos agrícolas en Santafé de Bogotá D.C."y en tal virtud no resulta legal la orden de registro oficioso de Fonamsa S.A. y de liquidación por el sistema de aforo efectuado por Resolución No. 0073 de febrero 11 de 1992.

Y en segundo lugar, porque en el asunto que se debate es aplicable el artículo 39 de la Ley 14 de 1993 como acertadamente lo hizo el Tribunal en la sustentación de su

decisión, transcribiendo aparte de la sentencia de junio 29 de 1990, expediente No. 2546, Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate que en lo pertinente dice:

> ""De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, numeral 1, literales A y E de la Ley 14 de 1983, está prohibido a los municipios imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, así como gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trate de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación por elemental que esta sea.
>
> ""Obviamente que todo proceso de producción sea primario o secundario, no viene a culminar sino con la venta o comercialización del producto, y por lo tanto la venta de productos agropecuarios en estado natural o primario hecha por el productor de los mismos no puede ser gravada en el impuesto de industria y comercio.
>
> ""Ahora bien, es lógico suponer que el agricultor que vende su producto, necesariamente lo somete a un proceso de selección, limpieza, conservación y empaque, que implica la utilización de insumos (detergentes, fumigantes, etc.) que no cambian la naturaleza del producto, sin que pueda gravarse independientemente estos procesos de selección, limpieza y empaque, porque el artículo 39 de la Ley 14 de 1987 lo prohíbe expresamente."" (fls. 138/138A).

En relación con la solicitud de fallo inhibitoria, la Sala observa que el Acuerdo 21 de 1983 fue allegado al proceso con motivo de la corrección de la demanda, subsanándose en esta forma el requisito del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo.

De acuerdo con lo anterior, la Sala procederá a la confirmación del fallo recurrido en razón de que no se han desvirtuado los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustenta.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 24 de marzo de 1994 proferida en el juicio No. 9505 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas dela demanda formuladas por la sociedad FONAMSA S.A. Nit. 8-90.601.063 en relación con los actos de determinación del impuesto de industria, comercio y avisos correspondientes a los años gravables 1986, 1987, 1988, 1989 y 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

Actor: FONAMSA S.A.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse la sentencia de 29 de junio de 1990, Exp. 2546, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

CONTRIBUCION ESPECIAL-Cálculo/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

El actor solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la norma acusada, por violación del artículo 11 de la Ley 6a. de 1992, y del artículo 807, inciso 1o. del Estatuto Tributario, la Sala encuentra que no es evidente, *prima facie*, la transgresión de las normas aludidas, toda vez que sería necesario efectuar una serie de lucubraciones, no propio del trámite de esta medida cautelar, para determinar si el artículo 1o. del Decreto 2076 de 23 de diciembre de 1992, reglamentario del Estatuto Tributario, excedió los límites previstos en las normas mencionadas, para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y de la contribución especial de los años gravables 1993 a 1997. Se estima que los partes del artículo acusado no viola *prima facie* la ley, ni el Estatuto Tributario, pues aquella no se observa de la simple y sencilla comparación como lo exige el artículo 152 del C.C.A., para que sea procedente la suspensión provisional, sino que exige un estudio profundo de la manifiesta infracción de normas superiores. Tanto es así que el actor debió realizar una serie de operaciones matemáticas con el objeto de hacer más comprensible la presunta violación de la norma superior.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Ref.: Expediente No. 5728. Actor: Camilo E. Ramírez Baquero y otro. Autoridades nacionales. Auto.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, los ciudadanos CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO Y ALVARO H. GAMA BELTRAN, demandan la declaratoria de nulidad de apartes del artículo 1o. del Decreto 2076 de 23 de diciembre de 1992, el cual dispone:

"DECRETO NUMERO 2076 DE 1992"

(diciembre 23)

"Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario y se dictan otras disposiciones"

"El Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las conferidas por los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política,

"DECRETA:"

"Impuesto sobre la renta"

"ARTICULO 1o. **Determinación del anticipo del impuesto sobre la renta y de la contribución especial por los años gravables 1993 a 1997.**

"De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo primero transitorio del artículo 807 del Estatuto Tributario, para efectos del anticipo del impuesto sobre la renta correspondiente a los años gravables de 1993 a 1997 y del anticipo de la contribución especial de que trata el artículo 248-1 del mismo Estatuto, los contribuyentes deberán incluir en la declaración de renta y complementarios del año inmediatamente anterior a cada uno de dichos años, **el resultado del siguiente cálculo:**

"1. Se determina un valor equivalente al veinticinco (25%) del impuesto neto de renta correspondiente a la respectiva declaración.

"2. El valor del impuseto de renta de la respectiva declaración, o el valor promedio del impuesto de renta de los dos últimos años, se incrementa con el valor establecido en el numeral anterior y al valor así obtenido se le aplica un setenta y cinco por ciento (75%). Al resultado se le descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el valor del anticipo a pagar.

"PARAGRAFO. En el caso de contribuyentes que declaran por primera vez, los porcentajes de anticipo serán los señalados en el inciso 3o. del artículo 807 del Estatuto Tributario". "(La parte que se resalta es la acusada)"

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL:

Solicita, así mismo, la suspensión provisional de los apartes de la norma acusada -apartes subrayados-, fundamentándola en que: "La manifiesta contradicción surge del hecho de que la norma aplicable para la determinación del anticipo es exclusivamente el inciso segundo del Artículo 807 del Estatuto Tributario, puesto que si bien el artículo 248-1 del Estatuto Tributario aumentó la obligación permanente del impuesto sobre la renta en un 25% del mismo, este mayor valor es, como lo consideró la Sala en la citada sentencia del 23 de julio de 1993, "en realidad un recargo al impuesto total neto a cargo de los contribuyentes que presenten declaración de renta".

"Por ello, este porcentaje o Contribución Especial, "siendo un mayor del impuesto, nada obsta para que su pago se haga EN LA MISMA FORMA, lugar y plazo que este" (Mayúscula fuera del texto de la sentencia), es decir que, para el caso de su anticipo, es aplicable el procedimiento exclusivo señalado en dicho inciso.

"Así las cosas, de acuerdo con la norma legal la base del anticipo a cuenta de la decrita (sic) obligación tributaria, tiene que ser entonces **la suma del impuesto neto de renta más el 25% de él o el PROMEDIO** de aquella suma en los dos últimos años, a opción del contribuyente. (Como se observa en el cuadro No. 1).

"Como el reglamento acusado dispone en cambio, que el 25% del recargo no se promedie sino que **se sume** al promedio del impuesto de renta (Cuadro No. 2), existe contradicción manifiesta entre ambas normas, que se observa en el efecto de su aplicación por los resultados obtenidos en los cuadros 1o. y 2o., donde se aumenta la obligación tributaria del anticipo sobre la que debe liquidar el contribuyente de acuerdo con la Ley".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Examinados los requisitos previstos en los artículos 137 y s.s. del Código Contencioso Administrativo, la demanda será admitida, a pesar de que, como bien lo anota el actor, contra este artículo ya había sido interpuesta demanda de nulidad, que fue fallada, en sentencia de 23 de julio de 1993, expediente No. 4641, denegando las súplicas de la demanda; pero en aquella ocasión el *petitum* era para atacar la existencia de dicha obligación, y no la forma como debe realizarse dicho cálculo para determinar la obligación tributaria en relación con el anticipo en el período comprendido en el año de 1993 y en los posteriores años, razón por la cual no se da el principio de la cosa juzgada a términos del artículo 175 del C.C.A., que expresa:

"Artículo 175. Cosa Juzgada. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo, tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*.

"La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* **pero sólo en relación con la causa *petendi juzgada*"** (La negrilla es de la Sala).

Como en el mismo escrito de demanda, el actor solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la norma acusada, por violación del artículo 11 de la Ley 6a,. de 1992, y del artículo 807, inciso 1o. del Estatuto Tributario, la Sala encuentra que no es evidente, *prima facie*, la transgresión de las normas aludidas, toda vez que sería necesario efectuar una serie de lucubraciones, no propio del trámite de esta medida cautelar, para determinar si el artículo 1o. del Decreto 2076 del 23 de diciembre de 1992, reglamentario del Estatuto Tributario, excedió los límites previstos en las normas mencionadas, para efectos de la determinación del impuesto sobre la renta y de la contribución especial por los años gravables 1993 a 1997.

En consecuencia, la Sala estima que los apartes del artículo acusado no viola prima facie la ley, ni el Estatuto Tributario, pues aquella, no se observa de la simple y sencilla comparación como lo exige el artículo 152 del C.C.A., para que sea procedente la suspensión provisional, sino que exige un estudio profundo de la manifiesta infracción de normas superiores. Tanto es así que el actor debió realizar una serie de operaciones matemáticas con el objeto de hacer más comprensible la presunta violación de la norma superior.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o. Admítese la demanda.

2o. Notifíquese personalmente al señor Delegado de la Procuraduría General ante el Contencioso.

3o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los interesados puedan contestar la demanda, y proponer excepciones y solicitar la práctica de las pruebas.

5o. No se accede a decretar la suspensión provisional.

6o. Se tiene a los doctores CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO, ALVARO H. GAMA BELTRAN, como partes demandantes.

7o. Solicítese al Ministro de Hacienda y Crédito Público, el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la redacción del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2076 de 23 de diciembre de 1993. Término cinco días.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

BIENES EXCLUIDOS/DEVOLUCION DEL IVA/MATERIAS PRIMAS EXCLUIDAS DEL IVA/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

El Decreto Reglamentario 1747 de 1991 tuvo por objeto la fijación de "las condiciones para la exclusión del impuesto sobre las ventas para materias primas químicas utilizadas en la fabricación de medicamentos, plaguicidas y fertilizantes", con instrucciones, en sus artículos 8o. y 9o., sobre los procedimientos de "control tributario" y "devolución del impuesto"; sus destinatarios son, generalmente, los "importadores", "productores" y "comercializadores" sin distinción alguna, como bien lo resaltan la demanda y la sentencia sobre el carácter de "responsables", o no, de estos. Aun de entenderse el controvertido reglamento, como un sistema normativo autónomo, ajeno al contexto del régimen impositivo contenido en el Estatuto Tributario, es un hecho que el término señalado por su artículo 9o., se encontraba claramente delimitado en el tiempo ("hasta el 31 de diciembre de 1991") y debía tenérselo por perentorio e improrrogable, conforme al artículo 118 del C. de P.C., sin salvedades, sencillamente por no preverse estas en el mismo pretendido "estatuto especial".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Ref.: Expediente No. 5677. Apelación sentencia de 13 de mayo de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal impuesto sobre las ventas, período entre enero 1o. - julio 3 de 1991. Actor: LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A. FALLO

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA, S.A., la actora, en relación con la sentencia de primer grado, de 13 de mayo de 1994, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre las ventas del período comprendido entre el 1o. de enero y el 3 de julio de 1991, promovido contra el auto No. 0111 de 23 de enero de 1992 y las resoluciones No. 0009, No. 00242 y No. 00137 de 23 de abril, 30 de junio y 2 de septiembre del mismo año, actos expedidos, los dos primeros, por la unidad de devoluciones de la Administración Especial de Impuestos Nacionales de Personas Jurídicas de Bogotá, y los dos últimos, en su orden, por la División Jurídica y el Administrador Especial de Impuestos Nacionales de la misma Administración.

ANTECEDENTES

Por el primero de los citados actos, se inadmitió la solicitud de devolución de saldos del impuesto del período, en razón de diversas informalidades de los certificados expedidos por los proveedores; por el segundo, se rechazó la solicitud en cuestión, argumentándose su extemporaneidad; por los dos restantes, se resolvieron desfavorablemente los recursos gubernativos.

LA DEMANDA

Indica quebrantados, por los conceptos que se sintetizan, los siguientes preceptos:

1. Los artículos 424-2 del Estatuto Tributario y 9o. del decreto 1747 de 1991.

Explica, haberse modificado, por el artículo 424-1 del Estatuto Tributario, el tratamiento de "exentos" de los bienes señalados por los artículos 477 y 479 *ibídem.*, entre otros, las materias primas para medicamentos de la posición 30.03, por el de "excluidos", con la consecuencia de que los productores o importadores de tales medicamentos, habrían dejado de ser contribuyentes o responsables del impuesto, pues la importación o venta de bienes excluidos, según el artículo 424 *ibídem*, "no causa el impuesto".

Del mismo modo, haberse previsto, por el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1747 de 1991 ("llamado Estatuto de Estupefacientes"), la devolución a importadores y productores de medicamentos, el impuesto liquidado por primas químicas para elaboración de estos, norma a la que se habría acogido la sociedad, con el cumplimiento, en particular, del requisito de la presentación de la solicitud en el término señalado por su inciso 1o. ("antes del 31 de diciembre de 1991") y en relación con los gravámenes pagados en el lapso ahí mismo indicado ("entre el 1o. de enero y la fecha de vigencia del presente decreto", es decir, el 4 de julio de 1991, D.O. No. 39889), además, "acreditando que las materias primas adquiridas en el país estaban destinadas, en su totalidad, a la producción de medicamentos, conforme a las previsiones de la norma

comentada ...", sin embargo de lo cual la Administración rechazó la solicitud, tramitándola en la forma "habitual prevenida por los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y el Decreto Reglamentario 2314 de 1989, para "contribuyentes"o "responsables" del impuesto, con "ventas exentas" o "pagos en exceso", desconociéndose el derecho a la desgravación de las materias primas químicas, establecida en normas diferentes, cuya violación se daría, en resumen, porque, conforme a las mismas, "salvo los requisitos (...) para acreditar el destino de las materias primas (...), el pago del impuesto por el proveedor (...) y la oportunidad de la solicitud, no se señala término perentorio alguno para subsanar omisiones y mucho menos se establece la sanción de pérdida del derecho por su inobservancia..."

2. Los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y el Decreto Reglamentario 2314 de 1989, por aplicación indebida, pues, tratándose de la devolución del impuesto pagado a proveedores de materia prima química para la producción de medicamentos, regiría el artículo 9o. del Decreto 1747 de 1991 ("Estatuto de Estupefacientes"), que en parte alguna contemplaba un término para la corrección de la solicitud y que el propio Estatuto Tributario tampoco prevería expresamente, supuesto que sólo el artículo 11, inciso 2o., del Decreto 2314 citado lo establecía; a la fallida peticionaria se habría aplicado, pues, "un término perentorio y perclusivo dispuesto arbitrariamente por la Administración y se le sanciona, conforme al artículo 38 de la Ley 49 de 1990 (o sea, el artículo 857 del Estatuto Tributario con el rechazo definitivo de su solicitud, como si se tratara de uno de los sujetos comprendido dentro de dicho tratamiento especial..."

Adicionalmente, la aplicación de la norma en que se sustentó el rechazo, sólo procedería, "como en la misma se dispone (...), cuando las solicitudes de devolución "fueren presentadas extemporáneamente, o cuando el saldo materia de la solicitud ya hubiere sido objeto de devolución, compensación o imputación anterior"(...), situaciones dentro de las cuales no puede comprenderse (a la solicitante), pues ésta fundamentó su petición en el desgravamen a las materias primas químicas de los medicamentos, en el derecho consagrado en el artículo 9o. del Estatuto de Estupefacientes y en su calidad de "no contribuyente" o (no) responsable del impuesto a las ventas...", resultando totalmente ilegal la sanción aplicada "mediante analogía imposible en materia sancionatoria (...) y (...) en abierta discordancia con las causales que la misma norma señala, las cuales, en tratándose de la extemporaneidad indicada, se refieren al "término para solicitar la devolución de saldos a favor" de que trata el artículo 854 del Estatuto Tributario, o sea, el de "dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar" que allí se dispone...", no aplicable a la sociedad, por no ser esta obligada a declarar; igualmente, se habría aplicado en forma improcedente el inciso 2o. del artículo 11 del Decreto 2314 de 1989, "norma (...) adicionalmente ilegal en cuanto establece, (por) vía reglamentaria, un procedimiento no previsto en la regulación legal" y respecto de la cual se formula excepción de ilegalidad, por haber usurpado el gobierno la facultad legislativa..."; se señalan también, como violadas, las normas invocadas en el memorial del recurso.

3. El artículo 84 de la Constitución, porque al haber establecido la Administración un término "perentorio y preclusivo" y aplicado la sanción de desconocimiento de un derecho, habría creado requisitos adicionales a los del artículo 9o. del Decreto 1747 de 1991; se agrega, que en lugar de las "normas especiales" de los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y del Decreto 2314 de 1989, lo aplicable hubiera sido el procedimiento general del Decreto 01 de 1984, en lo referente al "derecho de petición en interés particular" y al trámite de la vía gubernativa, "sin sancionar definitivamente, como lo dispone el artículo 857 E.T. (...) con el rechazo de (la) solicitud de devolución, lo cual está reservado (...) a los responsables o contribuyentes (...), que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias..."

4. Los artículos 228 y 363 *ibídem* y 683 del Estatuto Tributario, por haberse "refundido", en las formalidades exigidas arbitrariamente, el derecho sustancial y el principio de equidad de la ley tributaria, que debían prevalecer.

LA SENTENCIA

Da razón a la parte demandada, en cuanto a haberse fundado el rechazo de la devolución de que se habla, en el artículo 9o. del Decreto 1747 de 1991 ("errónea y persistentemente denominada por el actor "Estatuto de Estupefacientes"), norma que fijaba "las condiciones para la exclusión del impuesto sobre las ventas para materias primas químicas utilizadas en la fabricación de medicamentos, plaguicidas y fertilizantes", y cuyo inciso 1o. contemplaba "un término perentorio, con vencimiento el 31 de diciembre de 1991, para la presentación de la petición de devolución del impuesto", que comprendía todo evento de pago del impuesto por importación de la materia prima en discusión", "sin establecer diferenciación alguna respecto a si el interesado es, o no, "responsable"o "contribuyente", o si los bienes son "exentos" o "excluidos"..."

Añade, que las distinciones de la accionante, "son en absoluto inocuas" para determinar si dicho término preclusivo le era, o no, aplicable; y que su posición es contradictoria, pues admite que el asunto sí se regulaba por el Decreto 1747 de 1991.

Prosigue, que no obstante la perentoriedad del término en cuestión, la Administración otorgó el de un mes, del parágrafo 1o. del artículo 857 del Estatuto Tributario, para que la peticionaria subsanara las deficiencias de su solicitud, plazo que igualmente se cumplió, dado que el mismo vencía el 23 de febrero de 1992 y, como aquella lo admite, su nueva solicitud se presentó el 9 de marzo siguiente.

EL RECURSO

Censura que el Tribunal negara importancia a las diferencias, aducidas en la demanda, entre "responsables" y "no responsables", cuando el artículo 27 de la Ley 49 de 1990 había dicho "excluidos", entre otros, los medicamentos de uso humano, que en normas precedentes eran "exentas", no siendo, por tanto, "inocua" tal diferenciación, ya que quienes antes producían bienes "exentos" y se reputaban, por ello, "contribuyentes"

o "responsables", habían dejado de serlo, quedando sometidas sus actuaciones, no a las normas del Estatuto Tributario, sino al derecho común y a "las normas especiales que eventualmente pudieran aplicárseles", que era, precisamente, en lo que se fundaba el argumento de que al sujetarse a la accionante al procedimiento establecido en el citado Estatuto para devoluciones a favor de "responsables", se violaban los artículos 424-2 ib. y 9o. del Decreto Reglamentario 1747 de 1991, con base en el último de los cuales y "dentro de la oportunidad indicada", se habría presentado la solicitud de devolución.

Afirma, igualmente, que lo que siguió fue un trámite administrativo de verificación de requisitos, habiéndose devuelto la solicitud a la interesada para "incorporación de algunas informaciones faltantes", pero que, iniciado oportunamente el trámite, los actos de corrección cumplidos por aquella, "constituyeron una continuación de ese mismo trámite y no una solicitud nueva, como erradamente se pretendió posteriormente hacer creer por parte de las oficinas de impuestos, so pretexto (sic) de denegar definitivamente la devolución..."

Así mismo, que el mencionado Decreto 1747 de 1991, no consagraba "un procedimiento preclusivo para el saneamiento de los errores formales", ni se podía trasladar, por analogía, a la solicitante, el procedimiento del Estatuto Tributario y sus reglamentos, exclusivo de "responsables".

En lo demás, remite a la demanda.

ALEGATO DE LA DEMANDADA

Sostiene que la distinción que pretende la demandante, entre bienes exentos y excluidos, es irrelevante, por lo que se discute es la procedencia o improcedencia de una devolución regulada por norma específica, y porque tal norma, el artículo 9o. del decreto 1747 de 1991, no hace esa distinción, sino que, contrariamente, "se refiere a todos los eventos de pago de impuesto a las ventas por importación de materias químicas...", y si bien contempla un plazo para la solicitud de devolución ("hasta el 31 de diciembre de 1991"), esto no significa que, presentada oportunamente la misma, la Administración deba despacharla favorablemente, sin ninguna verificación.

LA SALA CONSIDERA

La cuestión de *litis*, en el persente asunto, se contrae a que si bien las partes no controvierten, sino que afirman, la aplicabilidad al caso del artículo 9o. del Decreto 1747 de 1991, discrepan en cuanto a la preclusividad del término que allí se prevé para pedir devoluciones del impuesto sobre las ventas.

El decreto citado hace parte del sistema normativo cuyas disposiciones legales compila el Estatuto Tributario expedido por el Decreto 624 de 1989, ya que fue proferido en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y de las facultades conferidas al mismo por los artículos 424-1 y 424-2 de dicho Estatuto que, a su vez, en su orden, reproducen los artículos 2o. del Decreto Extraordinario 1655 de 1991 ("por el cual le armonizan, con la nomenclatura Nandina del actual Arancel de

Aduanas, los bienes gravados y excluidos del impuesto sobre las ventas, mencionados expresamente con su clasificación arancelaria en el Estatuto Tributario bajo la nomenclatura Nabandina") y 21 de la Ley 6a. de 1992 ("por la cual se expiden normas en materia tributaria...")

El Decreto Reglamentario de que se habla, tuvo por objeto la fijación de "las condiciones para la exclusión del impuesto sobre las ventas para materias primas químicas utilizadas en la fabricación de medicamentos, plaguicidas y fertilizantes", con instrucciones, en sus artículos 8o. y 9o., sobre los procedimientos de "control tributario" y "devolución del impuesto"; sus destinatarios son, generalmente, los "importadores", "productores" y "comercializadores" sin distinción alguna, como bien lo resaltan la demanda y la sentencia, sobre el carácter de "responsables", o no, de estos.

No es válida entonces, por infundada, la suposición de que el reglamento en cuestión constituyera estatuto privativo de los no contribuyentes o no responsables, o de que, en lo no previsto, debiera remitir al procedimiento administrativo general o, incluso, a reglas de derecho común; contrariamente, debe considerarse integrado al sistema normativo positivo del Estatuto Tributario, específicamente, al Libro V, Título X, artículos 850 a 865, y en absoluta concordancia con tales preceptos, cuya aplicabilidad, respecto de lo no regulado concretamente por las normas reglamentadas o por el propio reglamento, no ofrece motivo de duda.

Aun de entenderse el controvertido reglamento, como un sistema normativo autonómo, ajeno al contexto del régimen impositivo contenido en el Estatuto Tributario, es un hecho que el término señalado por su artículo 9o., se encontraba claramente delimitado en el tiempo ("hasta el 31 de diciembre de 1991") y debía tenérselo por perentorio e improrrogable, conforme al artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, sin salvedades, sencillamente por no preverse éstas en el mismo pretendido "Estatuto Especial".

Finalmente, si se situara el reglamento dicho como parte de la normatividad del "derecho de petición en interés particular", del Libro I, Título I, Capítulo III, del Decreto 01 de 1984, hipótesis inaceptable, dada la especificidad de los preceptos reglamentarios y reglamentados, evidentemente la petición de devolución habría resultado, así mismo inoportuna, toda vez que, presentada con varias informalidades, precisamente el 31 de diciembre, último día del término establecido al efecto, el auto inadmisorio, que concedió un lapso de corrección, apenas sí podía tenerse como suspensivo del plazo que tenía la Administración para decidir, según el artículo 12 del Decreto 01 de 1984 citado, pero no del término para presentar la solicitud en forma, ya extinguido y, de suyo, no susceptible de otras suspensiones o interrupciones.

En conclusión, no habiéndose desvirtuado la manifiesta inoportunidad de la solicitud de devolución de que se trata, debe mantenerse el fallo recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de su Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

El doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tiene personería para actuar en nombre de la parte demandada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario

Actor: Laboratorio Brogen de Colombia S.A.

DEDUCCION TEORICA-Cálculo/**ACTIVO NO MONETARIO/COSTO FISCAL**

En relación con la demanda de nulidad radicada bajo este mismo proceso, observa la Sala que sobre la legalidad de la expresión "el costo fiscal de" contenida en el parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, esta Corporación ya se pronunció mediante la providencia del 15 de 1994, Exp. 5393, Ponente Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, en la cual se anuló el mencionado parágrafo, deberá estarse a lo resuelto en el fallo anteriormente citado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5465. Actor: Ligia Sarmiento de Peña. Decreto Gobierno Nacional - FALLO

La ciudadana LIGIA SARMIENTO DE PEÑA, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción que se declare la nulidad parcial del artículo 21 del Decreto 2075 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO ACUSADO

La norma acusada es el artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, en la expresión "el costo fiscal de".

LA DEMANDA

Adujo la actora que al disponer la norma acusada que la cifra a compararse con el patrimonio líquido es la del costo fiscal de los activos no monetarios, desconoció el precepto constitucional contenido en el artículo 189 de la C.P., toda vez que excedió el límite de la norma legal (art. 354 del E.T.) al incluir una distinción en el valor de los activos no monetarios, para lo cual el Presidente no tenía competencia.

LA OPOSICION

La parte demandada consideró que la norma acusada no se encuentra viciada de nulidad, por cuanto la inclusión del concepto "costo fiscal de" en la norma reglamentaria, obedece a una interpretación armónica de la ley y no a una modificación de la misma.

Presentaron alegatos de conclusión tanto la parte actora como la demandada.

MINISTERIO PUBLICO

Se mostró de acuerdo con las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como estando en curso este proceso, la norma acusada fue sustituida por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993 (dic. 23) aunque con el mismo tenor literal, también fue demandada en acción pública por la misma razón de haber incluido la expresión "el costo fiscal de", no contenido en la ley. A este proceso le correspondió la radicación No. 5393 y fue fallado con ponencia del Consejero Guillermo Chahín Lizcano el 15 de julio de 1994 en cuya parte resolutiva se dispuso:

> **"1. ANULASE el parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075, en su versión modificada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice:**
>
> **"Para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios, se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".**
>
> .....".

En relación con la demanda de nulidad radicada bajo el No. 5465, observa la Sala que sobre la legalidad de la expresión "el costo fiscal de" contenida en el parágrafo segundo del artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, esta Corporación ya se pronunció mediante la citada providencia del 15 de julio de 1994, en la cual se anuló el mencionado parágrafo deberá estarse a lo resuelto en el fallo anteriormente citado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Estese a lo resuelto en la sentencia del 15 de julio de 1994 en el expediente N. 5393.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

Actor: Ligia Sarmiento de Peña.

PRUEBA DE RETENCION/RETENCION EN LA FUENTE-Demostración/
PRUEBA SUPLETIVA/CERTIFICADO DE RETENCION EN LA FUENTE

El artículo 381 del Estatuto Tributario prevé que las retenciones en la fuente pueden ser acreditadas con el certificado expedido por el retenedor, quien está obligado a expedirlo en la forma y con los requisitos que en la misma disposición se indican y el parágrafo primero del mismo artículo, dispone que cuando el certificado no fuere expedido por el agente retenedor, las personas o entidades sometidas a la retención, podrán sustituirlo con el original, copia o fotocopia auténtica de la factura o documento en donde conste el pago, y naturalmente dada la libertad probatoria establecida en el Código de Procedimiento Civil, conforme a la remisión que a éste hace el artículo 168 del C.C.A. podía válidamente la sociedad actora acreditar dicha retención con otras pruebas, como su contabilidad, que otorgan convicción sobre la veracidad de la práctica de las retenciones, tal como ha ocurrido en el caso que ocupa la atención de la Sala. No encuentra la Sección acertadas las apreciaciones de la Administración en el sentido de que estos documentos no prueban la consignación de la retención ni contienen la firma del agente retenedor e indican la ciudad donde se consignó la retención, lo cual es apenas lógico, pues las facturas que expide el retenido no pueden contener requisitos ni acreditar circunstancias, como la consignación de los valores o la firma del agente retenedor, que solamente pueden ser satisfechos por éste, dado que es evidente que como pruebas supletivas que son (la falta del certificado), no pueden contener todos los requisitos del certificado mismo, puesto que su finalidad es probar la realidad de la

práctica de la retención, mas no su consignación e ingreso a las arcas del Estado, puesto que ésta es una obligación que recae en el agente retenedor.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5684. Actor: Dragados y Construcciones S.A. Impuesto Renta - FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 6 de mayo de 1994, mediante la cual accedió a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta a cargo de la actora por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A., presentó su declaración de renta por el año gravable de 1987, el 5 de julio de 1988, incluyendo en ella retenciones en la fuente en cuantía de $19.419.547, que le fueron practicadas por concepto de servicios. Previos, visita de verificación, emplazamiento para corregir y requerimiento especial, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, produjo la Liquidación de Revisión 0094 del 4 de abril de 1991, en la cual rechazó retenciones en la fuente en cuantía de $3.594.000 e impuso sanción por inexactitud. Dicha liquidación fue confirmada a través de la Resolución 0112 del 30 de abril de 1992, que desató el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad y agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

Adujo el señor apoderado de la sociedad actora que la Administración desconoció el valor probatorio de los documentos equivalentes, tratando de recurrir ciegamente a las certificaciones expedidas por el agente retenedor e inaplicando el parágrafo 1o. del artículo 29 del Decreto 2503 de 1987.

Explicó que las retenciones en discusión corresponden a pagos efectuados tanto en pesos dentro del país como en divisas colocadas en un banco en el exterior por valores de $9.570.015 y $9.849.527, respectivamente, para un total de $19.419.542. Que en la respuesta al emplazamiento para corregir No. 00018 del 18 de mayo de 1990, se acompañaron certificado expedido por el retenedor, que era la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por $9.947.849, junto con las copias de las facturas, cuentas de cobro y notas crédito que soportan los descuentos hechos a título de retención en la fuente por la entidad contratante.

Agregó, que la entidad oficial olvidó certificar la retención hecha por los pagos en el exterior, por lo cual adjuntó carta listado del retenedor expedida el 3 de septiembre de 1990 en la cual se indica el total de las facturas pagadas, al igual que el listado y certificaciones del 24 y 28 de mayo de 1991 sobre los valores pagados y retenidos por pagos en divisas. Que también adjuntó copias auténticas de las cuentas de cobro en divisas y de las notas crédito del banco extranjero receptor del pago, con listados detallados.

Sostuvo que los documentos aportados, incluida la certificación de la Empresa de Acueducto constatan la existencia de los valores retenidos, documentos estos que deben tomarse como equivalentes, ya que si la empresa no cumplió con la obligación de certificar los valores, las consecuencias desfavorables de tal incumplimiento se aplican al retenedor y no al retenido.

A juicio de la sociedad no se entiende cómo a pesar de haberse enviado y relacionado un sin número de pruebas, la Administración simplemente diga que no las acepta por cuanto no presentó los certificados expedidos por las entidades retenedoras en el momento de la visita e indique que dichas pruebas no son aceptadas teniendo en cuenta que es requisito indispensable el certificado y la consignación oportuna de los valores en las oficinas de la Administración.

Sostuvo que tal actuación administrativa es violatoria de los artículos 6o. de la Ley 52 de 1977, 73 del Decreto 3803 de 1982, 16, 29 y 92 del Decreto 2503 de 1987 por aplicación indebida o total desconocimiento de sus disposiciones y consecuencias jurídicas, incluso olvidando los sujetos sobre los cuales deben recaer tales consecuencias. Agregó que la Administración pretende la aplicación de normas derogadas para la vigencia de 1987, por expresa disposición del artículo 154 del Decreto 2503 de 1987, como son los artículos 68 y 72 del Decreto 3803 de 1982.

Que la Administración dejó de aplicar el rigor que exigen las normas para los agentes retenedores que incumplen sus obligaciones, pues para ello tiene facultad legal. Indicó que es extraño el proceder de la Administración cuando expresamente indica y acepta que la entidad oficial incurre repetidamente en hechos inconsistentes e irregulares, pero hace caso omiso de dichas circunstancias y no acepta las retenciones.

Subrayó que existe desinformación entre las diferentes dependencias de la Empresa de Acueducto, como son su División de Pagaduría y la de Estudios Económicos; pues esta última no informó ni envió los dineros correspondientes a la retención.

Criticó la valoración probatoria efectuada por la Administración, pues no consideró las pruebas aportadas porque no coincidían con los certificados, para luego desestimarlos como inválidos; que por tanto, mal podía tomarlos como prueba exclusiva frente al acervo presentado por la sociedad y resolver el rechazo propuesto sin mirar en su conjunto los documentos aportados, frente a los cuales dijo que no cumplen los requisitos del artículo 381 del Estatuto Tributario.

Reiteró que la contabilidad de la sociedad no mereció ninguna tacha por parte de la Administración y que quedó probado que la de la empresa presenta "serias inconsistencias" y tiene como soportes "documentos contradictorios" por lo cual sólo podía ser tomada como prueba a favor de la sociedad.

También señaló transgredidos los artículos 15 y 29 de la C.N., 15 del Decreto 3803 de 1982, 40 del Decreto 2821 de 1974; y 68 al 74 del Código de Comercio.

Finalmente, impugnó la sanción por inexactitud por cuanto no pueden derivarse consecuencias desfavorables por el incumplimiento de un tercero. Enfatizó que la sociedad declaró los valores correctos y que las diferencias con la Administración corresponden a la inadecuada apreciación de las pruebas, pero en manera alguna son consecuencia de la inclusión de datos falsos o desfigurados que indiquen una actitud fraudulenta de la contribuyente.

OPOSICION

La apoderada de la Administración sostuvo que los certificados a que se refiere el artículo 381 del E.T. se convierten en plena prueba, idónea y procedente del ingreso recibido y del pago de la retención efectuada. Que no es cierto que la Administración haya preferido las pruebas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado cuando las aportadas por la contribuyente en la vía gubernativa se encontraban en plena contradicción con las certificaciones y los hechos alegados con ocasión del recurso de reconsideración.

Señaló que la sociedad pretende que se le reconozcan retenciones en la fuente por pagos en divisas en cuantía de $9.849.527, cuando de las certificaciones expedidas por el Pagador y por la señora Marisol Pulido y los certificados de retención no se puede determinar cuál fue el monto de las retenciones practicadas a la sociedad.

Agregó, que el artículo 381 del E.T. señala el contenido de los documentos equivalentes, de suerte que las cuentas de cobro y en las consignaciones en las cuales se efectuaron los abonos a la cuenta en Nueva York no se establece el año gravable y la ciudad donde se consignó la retención, ni mucho menos la dirección del agente retenedor ni la firma del Pagador.

Que si se analizan las pruebas presentadas ante la jurisdicción, no se encuentra coincidencia entre las cuentas presentadas por el contribuyente a la Empresa de Acueducto con los cuadros elaborados por la empresa en los cuales se detalla el adelanto mensual de la obra Interceptor Tunjuelito Medio-Contratista Dragados y Construcciones S.A.

Solicitó en consecuencia, denegar las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA

Dio prosperidad a las pretensiones de la demanda, pues consideró que los reparos efectuados por la Administración relativos al incumplimiento por parte de la Empresa

de Acueducto de Bogotá, de las obligaciones en materia de retenciones en la fuente constituyen irregularidades que no son imputables a la actora, que no es la llamada a cumplir con ellas, como lo sostuvo el apoderado de la sociedad.

Observó el Tribunal que la Administración dio valor probatorio a los informes de la Empresa de Acueducto sólo en los aspectos que perjudican a la sociedad y lo negó en los que la favorecen.

Estimó, que lo certificado por la empresa en relación con las retenciones en la fuente del Contrato 539, tienen confirmación probatoria en los elementos de juicio provenientes de la misma Administración y por lo mismo ofrece credibilidad sobre su realidad. Igualmente apreció las demás pruebas el informe del funcionario visitador, así como la certificación de la Empresa de Acueducto, para concluir que la misma reúne las exigencias del artículo 381 del E.T. y además está corroborado por la constatación hecha por el funcionario.

APELACION

Afirmó que el fallo del *a quo* reconoce como retenciones en la fuente valores que la demandante no ha probado dentro del proceso. Que no existe claridad suficiente para reconocer pagos por valor de $9.472.151 (sic) pues no es posible determinar cuáles fueron los pagos por los que se efectuó retención en la fuente. Reiteró que los documentos aportados presentan inconsistencias puesto que las sumas certificadas difieren entre sí, que por eso no existe prueba para admitir que valores de $19.420.000 se descuenten de la declaración de renta, cuando ni siquiera existe claridad del concepto, valor de la retención y consignación de la suma de $9.947.849.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó escrito de conclusión el apoderado de la sociedad demandante para solicitar la confirmación de la sentencia del Tribunal, pues la Administración incurre en error cuando traslada la responsabilidad de la consignación a la sociedad y porque las retenciones efectuadas por la Empresa de Acueducto en virtud del Contrato 359, se hallan debidamente probadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto central de la controversia gira alrededor del valor probatorio de los documentos y certificados presentados para demostrar retenciones en la fuente que por $19.419.547 solicitó la actora en su declaración de renta y que en cuantía de $3.594.000 rechazó la Administración, así como la sanción por inexactitud impuesto por solicitud de retenciones no probadas.

Examinada la actuación gubernativa, del informativo se establece que en virtud del Contrato No. 359-004-AB-C-B, la sociedad actora recibió pagos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, los cuales se efectuaron parte en moneda nacional y parte en moneda extranjera, estos últimos mediante consignación en la Cuenta No. 504-031-576 del Banco Extebank en la ciudad de New York.

Según el informe de visita de Verificación y Cruce efectuada a la sociedad contribuyente, la Administración constató diferencias entre lo certificado y lo solicitado por la actora por concepto de retención en la fuente en cuantía de $9.471.690, "porque a la sociedad visitada se le retuvo en pesos y dólares y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no ha enviado el recibo correspondiente a la retención en la fuente hecha en dólares" (fl. 0054 C. de A.).

A solicitud de la Administración, en respuesta No. 6492-90-354 del 16 de marzo de 1990, la empresa referida envió duplicado del certificado expedido el 19 de diciembre de 1987, en el cual certificó que a la sociedad DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A. por el año gravable de 1987 se le practicó retención en la fuente por concepto de servicios por valor de $9.947.849, sobre pagos por valor de $981.535.516. Consecuencialmente, en el requerimiento especial propuso rechazar la suma de $9.472.000 por no hallarse acreditada esta cantidad en los certificados de la Empresa de Acueducto.

Previa la expedición de la liquidación oficial fue comisionado un funcionario para que practicara visita a la Empresa de Acueducto, en desarrollo de la cual verificó la retención certificada y en relación con la originada por pagos en divisas, informó que la suma de $9.472.000 no fue certificada por la Pagaduría del Acueducto porque esta oficina no recibió los correspondientes dineros para ser consignados en la Administración de Impuestos y precisó que las sumas sí fueron retenidas pero no consignadas (fls. 139 y 140 C. de A.).

La Jefe de la División de Estudios Económicos del Acueducto, mediante oficio No. 6110-91-412 envió a la División de Liquidación listado que contiene el resumen de las órdenes de pago en dólares efectuado a la sociedad actora y que relacionan retenciones en la fuente por $5.877.716.85 (fls. 144 a 146 C. de A.). En la liquidación de revisión se rechazó la suma de $3.594.000, que corresponde a la diferencia entre las retenciones cuestionadas y las verificadas.

En la resolución que resolvió el recurso de reconsideración adujo la Administración que las diferentes certificaciones expedidas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado son contradictorias, pues de un lado el certificado expedido por el Pagador, señor Néstor Silva Calixto certifica retenciones por valor de $9.947.849, que el listado que remite la doctora Marisol Pulido Castro, Jefe de la División de Estudios Económicos concluye retenciones por servicios por $5.877.716 y por remesas la misma cantidad de $5.877.716 y que el certificado de las órdenes de pago en dólares suscrito por el Dr. Eduardo Salas Mejía, Director de Operación Económica, permite concluir que a la sociedad se le retuvo por servicios la suma de $7.744.659 y $7.744.659 por remesas. Igualmente se alude a un nuevo certificado expedido por el Pagador que también contiene cifras disímiles, frente a las cuales manifiesta la Administración que ante la evidencia de la contradicción de los distintos medios probatorios, se abstiene de conferirles el valor de plena prueba, por tanto no se desvirtúan los rechazos, y que los demás documentos equivalentes no reúnen los requisitos dispuestos en el artículo 381 del E.T.

Ante la jurisdicción, la sociedad actora aportó copias auténticas de las facturas, cheques y notas crédito, algunos de los cuales obraban en el expediente administrativo; pero que fueron desestimados por no cumplir los requisitos de documento equivalente y sobre los cuales observa la Sala, que tuvo razón el Tribunal al considerar suficientemente probada la suma debatida, pues así lo evidencian las 19 copias auténticas de las facturas emitidas por los pagos en divisas obrantes a folios 168 a 208 y las 13 copias de las consignaciones efectuadas a la Cuenta No. 504031 576 a nombre de la sociedad actora en el Banco Extebank de New York, folios 211 a 223, que demuestran los valores cancelados correspondientes al monto neto facturado, ésto es, hechas las detracciones por retenciones en la fuente y la Ley 33 de 1985.

Así mismo a folios 60 a 166, todos del cuaderno principal, reposan 28 copias auténticas de las facturas emitidas por el total de pagos en moneda nacional, junto con las cartas remisorias y los cheques girados por la Empesa de Acueducto y Alcantarillado contra cuentas en el Banco Popular - Oficina Feria Exposición y el Banco del Estado - Sucursal El Lago, que también muestran la cancelación de valores netos, una vez descontadas las retenciones.

Así mismo, a folios 39 y 40 del mismo cuaderno principal, obra el oficio No. 6402-91-622 suscrito por el Pagador de la Empresa de Acueducto, señor Néstor Silva Calixto con Vo. Bo. del señor Jaime Correa Acevedo, en su condición de Tesorero de la Empresa, cuyo contenido es el siguiente:

> "Por medio de la presente nos permitimos certificar los valores retenidos para los años 1987, 1988 y 1989 relacionados a continuación, del contrato 359-004-AB-CB, los cuales fueron enviados a esta oficina mediante oficio No. 6110-91-0794 de mayo 27 de 1991, por la Dirección de Operación Económica.

AÑO	US$	COL$
1987		
RETEFUENTE 4.900.814.77	19.862.30	4.900.814.77
REMESA 4.900.814.77	19.862.30	4.900.814.77
TOTAL 9.801.629.54	39.724.60	9.801.629.54

El artículo 381 del Estatuto Tributario prevé que las retenciones en la fuente pueden ser acreditadas con el certificado expedido por el retenedor, quien está obligado a expedirlo en la forma y con los requisitos que en la misma disposición se indican y el parágrafo primero del mismo artículo, dispone que cuando el certificado no fuere expedido por el agente retenedor, las personas o entidades sometidas a la retención, podrán sustituirlo con el original, copia o fotocopia auténtica de la factura o documento en donde conste el pago, y naturalmente dada la libertad probatoria establecida en el Código de Procedimiento Civil, conforme a la remisión que a este hace el artículo 168

del C.C.A., podía válidamente la sociedad actora acreditar dicha retención con otras pruebas, como su contabilidad, que otorgaran convicción sobre la veracidad de la práctica de las retenciones, tal como ha ocurrido en el caso que ocupa la atención de la Sala.

No encuentra la Sección acertadas las apreciaciones de la Administración en el sentido de que estos documentos no prueban la consignación de la retención ni contienen la firma del agente retenedor e indican la ciudad donde se consignó la retención, lo cual es apenas lógico, pues las facturas que expide el retenido no pueden contener requisitos ni acreditar circunstancias, como la consignación de los valores o la firma del agente retenedor, que solamente pueden ser satisfechos por éste, dado que es evidente que como pruebas supletivas que son (a falta del certificado), no pueden contener todos los requisitos del certificado mismo, puesto que su finalidad es probar la realidad de la práctica de la retención, mas no su consignación e ingreso a las arcas del Estado, puesto que ésta es una obligación que recae en el agente retenedor, máxime cuando el artículo 381 del E.T. no condiciona el reconocimiento del pago por retención al cumplimiento de las obligaciones y formalidades que debe tener en cuenta el agente retenedor al expedir el certificado, que en virtud de la misma disposición está obligado a entregar al retenido.

Finalmente advierte la Sala que desde la visita practicada a la Empresa de Acueducto la Administración examinó las cuentas de cobro del contratista y demás documentos que le permitieron establecer la práctica de las retenciones y determinar el incumplimiento en las obligaciones por parte de la empresa retenedora que finalmente fueron las que dieron origen al rechazo de la suma debatida. En efecto en el informe obrante a folios 139 y 140 del C. de A. se lee:

> **"Resultado de la visita:** La División de Tesorería de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a través de la Pagaduría General confirman sólo la retención de $9.947.849 por concepto de servicios pagados durante el año gravable de 1987 en cuantía de $981.535.516.....
>
> Con respecto a la diferencia en las retenciones solicitadas por el contribuyente, en cuantía de $9.472.000 y que fueron rechazadas por la Administración de Impuestos Nacionales, se anotó lo siguiente como resultado de la visita:
>
> La cuestionada suma no fue certificada por la Pagaduría del Acueducto puesto que según esta oficina no recibió los dineros a título de retención para ser consignados a la Administración de Impuestos, motivo por el cual debió darse traslado de la presente diligencia a la División de Estudios Económicos de la misma Empresa de Acueducto, dependencia encargada de gestionar los pagos a los diferentes contratistas y a su vez descontar los dineros correspondientes a retenciones y remesas, con el fin de constatar si a los contratos efectuados a la firma Dragados y Construcciones S.A., se le efectuaron las retenciones correspondientes a servicios y remesas que dicho contribuyente alega se les descontaron en cada uno de los pagos realizados en 1987 los cuales corresponden a ingresos en dólares para la firma contratista.

Al revisarse el expediente contentivo del contrato No. 359 con la firma Dragados y Construcciones S.A., efectivamente aparecen las cuentas de cobro del contratista, como también las órdenes de pago expedidas por la Empresa a través del interventor de la obra, así mismo **los comprobantes de pago donde efectivamente se pueden apreciar los descuentos realizados al contratista por concepto de retención en la fuente de servicios y remesas,** además de otro descuento por Ley 33 **consignándose el valor neto de cada una de las órdenes de pago a una cuenta corriente de un Banco en New York, tal y como lo solicita el contratista en cada una de sus cuentas de cobro puesto que estos pagos corresponden a cuentas giradas en dólares por parte de la Empresa de Acueducto, lo cual permite confirmar que los dineros por concepto de retenciones sí fueron descontados pero no figuran consignados por la entidad retenedora, en este caso la Empresa de Acueducto de Bogotá a la Administración de Impuestos Nacionales.**

Por este motivo el actual jefe de la División de Estudios Económicos, doctora Marisol Pulido, **acepta este hecho y solicita aclarar las cuantías retenidas con el fin de ordenar sus correspondientes pagos con los intereses y sanciones que conlleve esta omisión"** (subraya la Sala).

Todo lo anterior, así como las acertadas apreciaciones del Tribunal en torno a la errónea valoración probatoria efectuada por las oficinas de impuestos, llevan a la Sala a impartir confirmación a la sentencia apelada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario

Actor: Dragados y Construcciones S.A.

IMPORTACION EXCLUIDA/ARMAS Y MUNICIONES/IVA EN IMPORTACIONES/SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia

Con apoyo tan solo en el sentido natural y obvio de las palabras, a falta de definición especial por parte del legislador, puesto que el Gobierno no la cita, surge a simple vista, de manera manifiesta, una ampliación indebida del concepto de "armas y municiones" que es el que exonera de impuesto la ley, puesto que en ninguno de los significados y acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) de los vocablos armas y municiones pueden incluirse los objetos mencionados en el citado numeral 4o., que por lo tanto habrá de suspenderse provisionalmente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5806. *Actor: Jesús Vallejo Mejía.* Decretos Gobierno Nacional - AUTO

El doctor JESUS VALLEJO MEJIA, en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. demanda la nulidad del numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 0695 de 1983 (marzo 8).

La demanda debe admitirse por reunir los requisitos formales y procede decidir sobre la SUSPENSION PROVISIONAL que también solicita el actor.

La norma acusada es una de las disposiciones contenida en el Decreto Reglamentario 695 dictado el 8 de marzo de 1983 por el Presidente de la República con el objetivo, según reza su título, de determinar "...el material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional". En los considerandos se refiere a dos conceptos y fuentes legales que aunque tienen terminología distinta, consagran a favor del Ejército Nacional regímenes especiales: en materia de impuesto sobre las ventas en el cual, según el artículo 17 del Decreto Ley 2368 de 1974 no lo causan "las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional" y en materia de contratación administrativa en el cual el Decreto Ley 222 de 1983 contemplaba normas especiales para contratos relativos a "material de guerra o reservado".

Aunque el artículo 17 del Decreto Legislativo 2368 de 1974 no fue expresamente derogado por el Decreto Extraordinario 3541 de 1983 (diciembre 29) según la enumeración del literal b) del artículo 93, lo cierto es que fue reproducido su contenido en el artículo 61 que dispuso:

> "ART. 61. Las siguientes importaciones no causan el impuesto sobre las ventas:
>
> a) ..... b) ..... c) .....
>
> d) Las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional".

Esta es la norma de naturaleza sustancial que se encuentra vigente e incorporada en el Estatuto Tributario (Decreto 624/89), en su artículo 428 d).

La Sala parte de la base de que el decreto acusado es el que regula en la actualidad la materia, en razón de la subsistencia del contenido normativo a que hizo referencia en el campo tributario exclusivamente y sin consideración alguna al aspecto contractual.

Se observa que el artículo 3o. del decreto acusado le atribuyó efectos de exoneración del impuesto a las ventas a "los elementos detallados en los artículos anteriores" los cuales, según el mismo artículo, "constituyen el conjunto **de armas y municiones** de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a que se refiere el artículo 17 del Decreto 2368 de 1974" (se destaca).

Dentro del listado de elementos que comprende la disposición se encuentra la que es objeto de demanda, a saber:

> "4. Material blindado y de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios y repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesario para el transporte de personas y materiales".

Para la Sala con apoyo tan sólo en el sentido natural y obvio de las palabras, a falta de definición especial por parte del legislador, puesto que el Gobierno no la cita, surge a simple vista, de manera manifiesta, una ampliación indebida del concepto de "armas

y municiones" que es el que exonera de impuesto la ley, puesto que en ninguno de los significados y acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) de los vocablos armas y municiones pueden incluirse los objetos mencionados en el citado numeral 4o., que por lo tanto habrá de suspenderse provisionalmente.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

1o. ADMITESE la demanda de nulidad del numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 695 de 1983, entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano JESUS VALLEJO MEJIA a quien se tendrá como parte demandante.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante esta Corporación.

b) Notifíquese personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y Defensa Nacional o a sus delegados para recibir notificaciones.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes pueden contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese a los Ministerios de Defensa y Hacienda el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del Decreto 695 de 1983 e informe sobre su vigencia.

Término cinco (5) días.

2o. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos del numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 0695 de 1983 (marzo 8) publicado en el D.O. 36.220.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

Actor: Jesús Vallejo Mejía.

ACTIVIDAD PETROLERA/ACTIVIDAD NO SUJETA/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Barranquilla

Contrario a lo que sostiene la apoderada judicial del municipio de Barranquilla, la exención que contempla la cláusula contractual, constituye una clara y expresa aplicación de la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos. Se trata de una exención de carácter objetivo, pues recae directamente sobre la materia imponible o presupuesto fáctico económico del impuesto de industria y comercio, para el caso la actividad relacionada con la "construcción, mantenimiento y explotación del gasoducto" cuya actividad por disposición legal se excluyó directamente del impuesto de industria y comercio, independientemente de la persona natural o jurídica que la realiza, puesto que no se concede por la persona que la realiza *(intuitu personae)* sino en consideración a la actividad.

FACULTAD PARA EXENCION MUNICIPAL/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/IMPUESTO A LOS GASODUCTOS/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Barranquilla

No puede pretenderse que el art. 183 de la C.N. de 1886, esté protegiendo derechos e impuestos que por razón de la misma ley, eran inexistentes en virtud de las exenciones reconocidas o de las prohibiciones de gravar con impuestos algunas actividades, ya que no puede considerarse como bien propio del municipio el derecho a la percepción de un tributo que no existía, "pues el orden lógico de las cosas requiere como supuesto básico para que se dé cumplimiento a la prohibición

contenida en el artículo 183 de la Constitución Nacional, que previamente a la vigencia del artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, existiera el gravamen de industria y comercio para los gasoductos, pues no puede exencionarse el gravamen que no existe sobre determinada actividad específica. Por tanto la Sala reitera que es improcedente el desconocimiento de la exención consagrada en el artículo 16 del Código de Petróleos, aplicada en el contrato celebrado entre la actora y la Nación, so pretexto de una garantía constitucional mal interpretada.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Ref.: Expediente No. 5333. *Actor: Promotora de la Interconexión de los Gaseoductos de la Costa Atlántica S.A. "Promigas S.A.".* Impuestos Industria y Comercio. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Barranquilla, contra la sentencia del 13 de octubre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASEODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA S.A. "PROMIGAS S.A.", para impugnar la operación administrativa a través de la cual el Municipio de Barranquilla, le determinó el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1985. (vigencia 1986).

ANTECEDENTES:

La sociedad Promigas S.A., presentó declaración de industria y comercio por el año gravable de 1985 (vigencia 1986), el día 28 de mayo de 1986, ante la Secretaría de Hacienda del Municipio de Barranquilla, en cuya liquidación privada determinó un impuesto mensual a cargo por valor de $65.042.

Por medio de la resolución No. 00005 del 2 de octubre de 1987, la Secretaría de Hacienda de Barranquilla, con fundamento en los Acuerdos 034 de 1983 y 002 de febrero de 1984, modificó la base gravable y por ende el impuesto privadamente liquidado, determinando una base gravable de $196.445.750.oo y un impuesto mensual a cargo por valor de $785.783.

La sociedad presentó los recursos de reposición y en subsidio de apelación, aduciendo la exención establecida en el artículo 16 del Código de Petróleos y la consagrada en los artículos 25 del Acuerdo 34 de 1983 y 39 de la Ley 14 de 1984, de acuerdo con la cláusula 24 del Contrato suscrito para la construcción de un Gaseoducto Público destinado a transportar gas natural desde la Guajira hasta Barranquilla, cuya escritura acompañó.

Por medio de la resolución No. 05000 BIS de marzo 25 de 1988, la Secretaría de Hacienda Municipal, confirmó en todas sus partes la resolución No. 05000 del 2 de octubre de 1987, porque del Contrato entre la empresa Promigas y la Nación, se derivaba obligaciones del orden nacional y no municipal, razón por la que concluyó que las exenciones pactadas en la cláusula 24 de dicho contrato no se hacían extensivas a los tributos del Municipio de Barranquilla, puesto que por mandato constitucional y legal, sólo los Municipios podían otorgar exenciones en materia de tributos municipales.

Por compartir íntegramente el criterio anterior, el Alcalde Mayor de Barranquilla al resolver el recurso de apelación, confirmó en todas sus partes la resolución recurrida, proceder plasmado en la Resolución No. 296 del 5 de mayo de 1989, que agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Considera que los actos administrativos anteriormente reseñados violan ostensiblemente las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículos 43, 57, 76 numerales 13 y 14, 183, 191, 197 y 214 de la Constitución Nacional; artículos 25 y 26 del Acuerdo 34 de 1983 del Concejo Municipal de Barranquilla y el artículo 39 de la Ley 14 de 1983; cuyo concepto se concreta a los siguientes aspectos:

a) La soberanía financiera sólo la posee el Estado por mandato de la Carta Magna: Los departamentos y los municipios gozan de una soberanía financiera subordinada.

El impuesto de industria y comercio fue autorizado y cedido por medio de la Ley 97 de 1913 para el municipio de Bogotá y el artículo 1o. de la Ley 84 de 1915 extendió a los demás municipios de Colombia la facultad de establecer el impuesto de industria y comercio dentro del marco legal, dicho impuesto fue cedido por la Nación a los municipios y por medio de otra ley estableció limitaciones como lo hizo con la Ley 14 de 1983, respecto a la exención invocada, que no se opone a la soberanía tributaria del municipio de Barranquilla.

b) Gobierno Nacional: El artículo 183 de la Constitución Nacional le prohíbe al Gobierno Nacional conceder exenciones respecto a los impuestos de tales entidades pero tanto la exención concedida por la Ley 14 de 1983, como la consagrada en el Acuerdo 34 de 1984, y artículo 16 del Código de Petróleos (Decreto Ley 1056 de 1953), fueron concedidas por ley y no por el Gobierno Nacional.

c) La exención consagrada en los artículos 16 del Código de petróleos, 39 de la Ley 14 de 1983, y 25 del Acuerdo 034 de 1984, se encuentra vigente, por cuanto ninguna de estas disposiciones ha sido declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, encargada del control constitucional de las leyes conforme al artículo 214 de la Constitución Nacional.

d) El Municipio de Barranquilla sólo podrá gravar los ingresos brutos obtenidos en esta ciudad, en conformidad con los artículos 1o. y 15 del Acuerdo 34 de 1983, por lo que la Secretaría de Hacienda de Barranquilla carece de Jurisdicción y competencia para gravar los ingresos obtenidos en jurisdicciones municipales distintos a su propio territorio.

e) De conformidad con el artículo 26 del Acuerdo 34 de 1983, las exenciones deben ser demostradas, para lo cual Promigas S.A., acompañó la Escritura Pública No. 1629 del 16 de septiembre de 1976, en donde consta el contrato celebrado entre Promigas S.A., y la Nación, en cuya cláusula vigésima cuarta, aparece pactada la exención del Impuesto de Industria y Comercio durante el tiempo de duración del contrato.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico en sentencia del 13 de octubre de 1993, acogió las súplicas de la demanda con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación emitida en otros procesos iniciados por la misma sociedad actora, en donde se discutió la vigencia y procedencia de la misma exención que ahora se discute pero con relación a otras vigencias fiscales (1985, 1988 y 1989) expedientes Nos. 3190, 3468 y 3576, sentencias del 5 de abril, 13 de septiembre de 1991 y 12 de junio de 1992, con ponencias de los Magistrados: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, Dra. Consuelo Sarria Olcos y Dr. Jaime Abella Zárate, en cuya jurisprudencia se reconoció la vigencia y procedencia de la exención invocada sobre el supuesto básico de considerar que para el cumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 183 de la Constitución Nacional se requiere que previamente a la vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 1968, exista el gravamen de industria y comercio para los Gaseoductos, toda vez que no puede exencionarse un gravamen que no tiene existencia. No considerando válido el desconocimiento de la exención prevista en el artículo 16 del Código de petróleos consignada como cláusula en el contrato administrativo celebrado entre la Nación y Promigas S.A., conforme a la Escritura Pública 1629 de septiembre 16 de 1976, ratificada en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y reproducida en el artículo 25 del Acuerdo 34 de 1983.

LA APELACION

La apoderada judicial del Municipio de Barranquilla, oportunamente apela la sentencia del Tribunal manifestando que se aparta de ella por considerar que se está en presencia de una división del concepto de exenciones en dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo, donde el primero establece la noción de presupuesto del hecho de la obligación tributaria, y el segundo hace relación a las personas obligadas a cumplir el impuesto.

Considera, que lo dispuesto en el artículo 16 del Código de petróleos evidencia un tipo de exención objetiva, por no referirse a personas sino a actividades que a todas luces es contraria a la prevista en el objeto social de la actora que es la "compra, beneficio y venta de gas natural y en general la explotación de la industria del gas en todas sus formas, construir y operar oleoductos para el transporte del petróleo y productos refinados, en desarrollo de este objeto pondrá instalaciones para la transformación de gas, establecer los sistemas de distribución que mejor convengan, celebrar los contratos a que halla lugar-sic-"; y la norma se refiere a "...exploración y explotación del petróleo, el patrimonio que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias

y los demás elementos que se necesitasen para el beneficio y para la construcción y conservación de las refinerías y oleoductos, quedan exentos de toda clase de impuestos Departamentales y Municipales".

Por tanto estima que las actividades del objeto social se encuentran al margen de las previstas en el artículo 16 del Código de petróleos, de donde estima que la Nación representada en el Gobierno Central sustituye el contenido y alcance del tipo legal exenciones-objetivas, para conceder una exención tributaria subjetiva como lo es la del artículo 24 del Contrato y concede exenciones de renta municipales violando la garantía constitucional en favor de los municipios que consagra el artículo 183 de la Constitución Nacional.

Advierte por otra parte, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 104 del 12 de septiembre de 1991, expediente No. 2305, señala que no sólo el Gobierno Nacional no tiene permitido afectar rentas municipales, sino también otras ramas del poder público como el Congreso, al afirmar: "De ahí que a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1886 se hubieran consagrado normas en tal sentido (...) y que a partir del Acto Legislativo No. 2 de 1987, se predicara la prohibición de ingerir en los derechos e impuestos departamentales y municipales, no sólo del Gobierno sino también del Congreso, con lo cual se puso término a las discrepancias interpretativas que tuvieren lugar en la jurisprudencia de los máximos organismos judiciales, a propósito del alcance de la voz "Gobierno Nacional" utilizada hasta antes de la mencionada enmienda constitucional...".

Indica finalmente, que los derechos presuntos en el Contrato se hallan vencidos por tener más de diez años la exención, gracia no otorgada por el Concejo.

Con base en las consideraciones que anteceden, la apelante solicita a la Corporación revocar la sentencia del Tribunal.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, estima que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada por cuanto las personas naturales o jurídicas no son generadoras por sí solas de la obligación tributaria, sino que se convierten en sujetos pasivos en la medida en que realicen una de las actividades presupuestadas en la ley como gravables. En el evento de una exención, "se confronta la situación sustraída de ser gravada por la norma legal vigente que la contempla y su resultado será la exoneración respectiva...".

Observa, que el artículo 183 de la Constitución Nacional (artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1968) consagró la prohibición al Gobierno de conceder exenciones respecto a los impuestos de los entes territoriales, pero que como lo anota la sentencia del Tribunal, tal restricción es hacia el futuro.

Por otra parte, manifiesta que no puede ser de recibo considerar por igual al Gobierno que al Congreso, puesto que cada rama del Poder Público estaba clara y separadamente definida en el artículo 55 de la Constitución Nacional: por lo que al

contratar el Gobierno a través de su Ministro respectivo con la actora, lo hacía como Poder Público ejecutivo emanado de la Nación, conforme al artículo 2o. de la Constitución Nacional, refrendando lo estipulado en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, a fin de que la exención en cuestión persevera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Fundamenta la apelante su inconformidad con la sentencia del Tribunal, en el hecho de considerar que el artículo 16 del Código de petróleos, contempla una exención de naturaleza objetiva, que la Nación representada por el Gobierno Nacional, sustituye por una exención de carácter subjetivo en la cláusula 24 del contrato administrativo celebrado con Promigas S.A., con lo que además, estima se violan las garantías constitucionales establecidas a favor de los municipios en el artículo 183 de la Constitución Nacional de 1886.

La Sala no está de acuerdo con la argumentación anterior por lo siguiente:

De conformidad con el artículo 16 del Código de petróleos. "La exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, **sus derivados y su transporte,** las maquinarias y demás elementos que se necesitaren para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, **quedan exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial".**

Por su parte la cláusula 24 del contrato administrativo celebrado entre la Nación y la sociedad Promigas S.A., elevado a escritura pública ante la Notaría Dieciocho del Círculo de Bogotá, con fecha 16 de septiembre de 1976, establece:

> "CLAUSULA VIGESIMA CUARTA. Exenciones. **La construcción, mantenimiento y explotación del gasoducto;** las tuberías, maquinarias y demás elementos necesarios para el funcionamiento del mismo **estarán exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código de petróleos.** (fl. 70 del c.p. lápiz rojo).

Contrario a lo que sostiene la apoderada judicial del municipio de Barranquilla, la exención que contempla la anterior cláusula contractual, constituye una clara y expresa aplicación de la exención prevista en el artículo 16 del Código de petróleos antes transcrito. Se trata de una exención de carácter objetivo, pues recae directamente sobre la materia imponible o presupuesto fáctico económico del impuesto de industria y comercio, para el caso la actividad relacionada con la "construcción, mantenimiento y explotación del gasoducto" cuya actividad por disposición legal se excluyó directamente del impuesto de industria y comercio, independientemente de la persona natural o jurídica que la realiza, puesto que no se concede por la persona que la realiza *(intuitu personae)* sino en consideración a la actividad.

Ahora bien, la aplicación de la mencionada exención en el contrato administrativo celebrado entre la actora y la Nación por intermedio del Ministro respectivo, a juicio de la Sala, tampoco constituye un desconocimiento de la garantía constitucional que establecía el artículo 183 de la Constitución Nacional de 1886, puesto que es claro que la exención tiene sustento en la Ley (Decreto 1056 de 1953) por lo que no puede pretenderse que en el presente caso, la Nación representada por el Ministro del Ramo, al contratar con Promigas S.A., la "construcción, mantenimiento y explotación del gasoducto" esté creando una exención diferente, se trata de la exención prevista en el Código de petróleos tal y como de manera expresa lo señala la correspondiente cláusula contractual al remitirse al artículo 16 del Código de petróleos. (Decreto Ley 1056 de 1953).

Por esta razón, como ya lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala, no puede pretenderse que la norma constitucional en cita, esté protegiendo derechos e impuestos que por razón de la misma ley, eran inexistentes en virtud de las exenciones reconocidas o de las prohibiciones de gravar con impuestos algunas actividades, ya que no puede considerarse como bien propio del municipio el derecho a la percepción de un tributo que no existía, "pues el orden lógico de las cosas requiere como supuesto básico para que se dé cumplimiento a la prohibición contenida en el artículo 183 de la Constitución Nacional, que previamente a la vigencia del artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, existiera el gravamen de industria y comercio para los gasoductos, pues no puede exencionarse el gravamen que no existe sobre determinada actividad económica específica (expediente 3190, sentencia del 5 de abril de 1991, Magistrado Ponente. Dr. Guillermo Chahín Lizcano).

Por lo demás, cabe señalar el principio constitucional, según el cual el poder tributario o facultad impositiva, es del Congreso, en quien radica la facultad originaria de crear impuestos y que la facultad municipal es derivada, lo que significa que ésta debe ejercerse dentro del ámbito de las leyes expedidas por el Congreso, de ahí que el Acuerdo Municipal 034 de 1983, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, en sus artículos 24 y 25, recoge las disposiciones contenidas en los artículos 38 y 39 de la Ley 14 de 1983, en materia de exenciones y prohibiciones, al señalar:

"EXENCIONES:

"El Concejo Municipal de Barranquilla, sólo podrá otorgar exenciones por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez (10) años, todo de conformidad con los planes de desarrollo municipal".

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exentas del Impuesto de Industria y Comercio:

"1). Las obligaciones contraídas por el Gobierno en virtud de tratados o convenios internacionales que haya celebrado o celebre en el futuro, y las contraídas por la **Nación, los Departamentos o los Municipios mediante contratos celebrados en desarrollo de la legislación anterior".**

Por tanto, la Sala reitera que es improcedente el desconocimiento de la exención consagrada en el artículo 16 del Código de petróleos, aplicada en el contrato celebrado entre la actora y la Nación, so pretexto de una garantía constitucional mal interpretada.

En lo que concierne al término de la exención, la Sala observa que tampoco tiene razón la apelante, puesto que la exención discutida de creación legal, es de plazo ilimitado, puesto que el artículo 16 del Código de petróleos no consagró un término limitado para su vigencia.

En consecuencia, no existe fundamento legal alguno para que la Sala modifique la jurisprudencia que sobre el tema debatido se ha expuesto en las sentencias que sirvieron de respaldo al Tribunal *a-quo,* motivo por el cual se impone confirmar la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre dela República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Florez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en providencia de 18 de noviembre de 1994, Exp. 5660, Actor: PROMIGAS S.A. Consejero Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

INGRESOS VARIOS/ENTIDAD FINANCIERA/P.V.C. PARA EL SECTOR FINANCIERO/BASE GRAVABLE PARA BANCOS/INDUSTRIA Y COMERCIO EN SECTOR FINANCIERO

Se demuestra que la no exclusión del renglón E-Ingresos varios en el art. 207 del Decreto 1333 de 1986 no se trató de un error de imprenta o tipográfico y ante la falta de cualquier otra explicación debe presumirse que fue voluntad del Ejecutivo suprimir tal rubro. T, si de conformidad con lo expuesto el citado artículo 207 no incluía el rubro "E-Ingresos Varios", mal podría mencionarlo en la circular acusada cuyos destinatarios eran el Banco de la República y las entidades usuarias del plan único de cuentas para el sistema financiero de todo el país, por lo que sus instrucciones debían ceñirse a las disposiciones de rango legal y no a las de nivel local y menos aún a alguna de ellas, cuya importancia no se desconoce. En síntesis, por considerar que la Superintendencia ha debido atender primordialmente el texto del Decreto 1333 de 1986 como estatuto legal posterior, las instrucciones que dictó separándose de su tenor literal, deben ser retiradas del ordenamiento que rige para los BANCOS.

INTERESES FINANCIEROS/BASE GRAVABLE PARA BANCOS/INGRESO OPERACIONAL/INDUSTRIA Y COMERCIO EN SECTOR FINANCIERO

Dentro de la política que caracteriza la reforma plasmada en la Ley 14 de 1983 y sostenida en el Decreto 1333 de 1986, en cuanto que la base de este impuesto para el sector financiero está conformada por los "ingre-

sos operacionales anuales" (art. 42) no hay justificación para que fueran excluidos los intereses que precisamente constituyen los ingresos operacionales por excelencia o típicos de la actividad financiera. No hay duda en cuanto que los intereses provenientes de operaciones en moneda nacional o extranjera (clasificación importante para otros fines) o de operaciones con entidades oficiales y cualquiera que sea el código de la cuenta contable utilizada, deben formar parte de la base imponible con Industria y Comercio y por ende de la información que debe suministrar la Superintendencia con base en los datos de las entidades vigiladas.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Función Informadora/CONCEJO MUNICIPAL/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/BASE GRAVABLE EN INDUSTRIA Y COMERCIO

No debe perderse de vista que es a los Concejos Municipales y del Distrito a los que corresponde la facultad de determinar "la base impositiva para la cuantificación del impuesto" mediante los actos administrativos de carácter general y a la Superintendencia la de pedir la información correspondiente a las entidades vigiladas, con las explicaciones que sean necesarias respecto de los rubros que estime técnicamente necesarios y remitir tal información a las respectivas entidades locales, sin que de allí pueda afirmarse que por orden de la Superintendencia se incluyen rubros no previstos en los preceptos vigentes. "Una cosa es el hecho de que la Superintendencia haya expuesto opiniones acerca de los rubros que deben integrar la base impositiva y otro muy distinta es la información, con carácter obligatorio, de esa misma base".

AJUSTE POR DIFERENCIA EN CAMBIO/POSICION PROPIA/AJUSTES POR INFLACION SOBRE INGRESOS/CUENTA CORRECCION MONETARIA/BASE GRAVABLE PARA BANCOS/INDUSTRIA Y COMERCIO EN SECTOR FINANCIERO

Introduce la circular un nuevo concepto (el ajuste de cambios), a la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio no contemplado en las normas superiores porque efectivamente antes de la vigencia de los ajustes integrales por inflación (1o. de enero de 1992) y como consecuencia de lo previsto en el Estatuto Tributario, artículo 269, el incremento del valor en pesos de los bienes y créditos en monedas extranjeras, estimado en moneda nacional en el último día del año o período gravable de acuerdo con la tasa oficial de cambios afectaba la cuenta patrimonio y sólo a partir del 1o. de enero de 1992 el ajuste de los activos expresados en moneda extranjera, en UPAC o con pacto de reajuste, que deben reexpresarse a la tasa de cambio, deben llevarse como un

crédito (ingreso) a la cuenta de corrección monetaria e incrementar por el mismo valor el activo. "En consecuencia cuando la Circular 007 del 18 de febrero de 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria determina los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de las entidades del sector financiero, incluyendo en la "posición propia" (Código 413505)" y "certificado de cambio"(Código 413510) el ajuste por cambios, viola el artículo 207 numeral 2o. literal a) del Decreto 1333 de 1986, que no los contempla, porque si bien descuenta el ajuste por inflación señalado en los códigos 410599 (intereses), 411599 (comisiones honorarios) y 419599 (otros), estos se refieren al ajuste por inflación de la cuenta de resultado (ingresos) que como se indicó es diferente del ajuste por inflación, que con base en la tasa de cambio se aplica para bienes representados en monedas diferentes al peso colombiano, que se lleva como ingreso a la cuenta de corrección monetaria, como mayor valor del activo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 4919. *Actor: Asociación Bancaria contra Superintendencia Bancaria. Circular Externa - FALLO -*

Procede la Sala a resolver la acción de nulidad ejercida mediante apoderado por la ASOCIACION BANCARIA DE COLOMBIA, contra algunos apartes, del numeral 1 de la Circular Externa 007 del 12 de febrero de 1993 y de la Carta Circular 018 del 3 de marzo de 1993, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

EL ACTO DEMANDADO

Se solicita que se declare la nulidad de:

1. "Las expresiones que se presentan subrayadas del numeral 1 de la Circular Externa número 007 de 18 (sic) de febrero de 1993 expedida por la Superintendencia Bancaria mediante la cual se determinan los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de las entidades del sector financiero:

"1. INFORMACION A REPORTAR

"De conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 46 de la Ley 14 de 1983 y en los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986, los destinatarios de la presente circular deberán remitir a la Superintendencia

Bancaria - División de Estadística - para cada municipio donde se tengan oficinas abiertas al público (incluyendo aquellos municipios en los cuales los Concejos Municipales hayan establecido exenciones para el pago del impuesto), el número de oficinas que tiene la entidad en ese municipio y **el valor acumulado,** para el año correspondiente, de **las cuentas que a continuación se relacionan.**

1.1. **BANCOS,** INSTITUCIONES OFICIALES ESPECIALES Y ORGANISMOS COOPERATIVOS DE GRADO SUPERIOR DE CARACTER FINANCIERO.

"Todos los Bancos, las Instituciones Oficiales Especiales y los Organismos Cooperativos de Grado Superior de Carácter Financiero, con excepción de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la FEN **deben reportar en Moneda Legal (Moneda Legal + Moneda Extranjera) las siguientes cuentas:**

"CUENTA		OBSERVACIONES
"Código	Descripción	
"4105	**Intereses**	
"410704	Operaciones de Descuento de Inversiones	Bajo este código se reportará únicamente el valor proveniente de Descuento de la Sección de Ahorro.
"411074	Corrección Monetaria -UPAC- Inversiones	Se debe reportar únicamente el rendimiento de Inversiones de la Sección de Ahorros.
"4115	Comisión y/o Honorarios	
"4125	Utilidad en Venta de Inversiones	Bajo este código se reportará únicamente el valor proveniente de la Sección de Ahorros.
"413505	**Posición propia**	
"413510	**Certificados de Cambio**	
"4140	Dividendos y Participaciones	Bajo este código se reportará únicamente el valor de los Dividendos y Participaciones provenientes de la Sección de Ahorros.

"4195	**Diversos**	
"410599	Ajustes por Inflación	
"999990	Ajuste por Inflación	Bajo este código se reportará únicamente el ajuste por Inflación correspondiente al código 410704. Este código no corresponde a ninguna cuenta del PUC; se ha asignado únicamente para permitir el envío de la información en medio magnético, según lo indicado en el documento SB-DS-006 de diciembre de 1989.
"411599	Ajuste por Inflación	
"412599	Ajuste por Inflación	
"414099	Ajuste por Inflación	
"419599	Ajuste por Inflación	

"Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio, la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera:

"Base Gravable = **4105** + 410704 + 411010 + 4115 + 4125 + **413505** + **413510** + 4140 + **4195** - (410599 + 999990 + 411599 + 412599 + 414099 + **419599**)".

2. "Los apartes que a continuación se transcriben pertenecientes a la Carta Circular número 018 de marzo 3 de 1993 expedida por la Superintendencia Bancaria por la cual se precisan las consideraciones que inspiran la Circular Externa número 007 de 1993:

"1. ...

"Se ha planteado que los intereses provenientes de inversiones que no se efectúan con recursos de la sección de ahorros estarían excluidos de la base gravable. Sin embargo, ello no resulta apropiado, toda vez que los mismos forman parte de los intereses de **operaciones** en moneda nacional, moneda extranjera y con entidades públicas, los cuales están expresamente incorporados en la base determinada en las normas legales correspondientes. Por consiguiente, dado que

son intereses derivados de las operaciones antes reseñadas, los intereses de inversiones de la sección bancaria, llamada también comercial, forman parte de la base para la determinación del Impuesto de Industria y Comercio. En consecuencia, debe reportarse la totalidad del valor registrado en el código 4105 del PUC".

"2. El ingreso por ajuste en cambios que se registra en los códigos 413505 y 413510 del PUC, de acuerdo con las reglas establecidas en las normas legales que regulan la materia, forma parte de la base gravable. No se trata, por lo tanto, de un ingreso no gravado anteriormente, que por aplicación de los ajustes por inflación, se haya convertido en gravable, como sí ocurriría si se hubiera incluido el ingreso por corrección monetaria -PAAG.. Por lo tanto, en la medida en que el ingreso por ajuste de cambios se realice, se genera el Impuesto de Industria y Comercio correspondiente, siendo del caso reiterar que tal ingreso es gravable desde la expedición de la Ley 14 de 1983".

"Antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La modificación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados. El hecho gravable, desde la óptica del Impuesto de Industria y Comercio, se mantiene inalterado y, por tanto, no resultaría procedente la exclusión que al respecto ha sido solicitada".

"Por otra parte, teniendo en cuenta que el impuesto en comento grava los **ingresos** brutos de los contribuyentes, la excepción consagrada en el inciso tercero de artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992, de no incluir el efecto de los ajustes, hace referencia exclusivamente al incremento de que son objeto estos ingresos por razón del ajuste mensual por el PAAG. Conviene aclarar, sin embargo, que en la actualidad, de acuerdo con lo instruido en el plan único de cuentas, tales conceptos no están siendo ajustados por el PAAG" (las subrayas son del texto).

LA DEMANDA

El apoderado de la actora consideró vulnerados los artículos 207 y 212 del Decreto Ley 1333 de 1986; 330 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989); 12 y 26 del Decreto 2912 de 1991 y, 1o. inciso final del Decreto 2075 de 1992.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. El régimen normativo bajo el cual pueden los municipios gravar a los bancos y otras entidades financieras con el Impuesto de Industria y Comercio está consagrado en el artículo 207 del Decreto Extraordinario 1333 de 1986 y con fundamento en tal norma pueden los municipios establecer la base gravable a cargo de las mencionadas entidades.

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 212 del citado decreto, compete a la Superintendencia Bancaria obtener la información respecto de los rubros previstos en el artículo 207 Ibid, para realizar su reporte a los municipios y al Distrito Capital, para efectos del recaudo de impuestos.

3. Al expedirse la Ley 14 de 1983 los ingresos generados por las entidades financieras se reflejaban en el formato de pérdidas y ganancias prescrito por la Superintendencia Bancaria, denominado anexo No. 3, compuesto de veintiún (21) renglones o ítems. Al señalarse en el artículo 42 de la misma ley la base impositiva se señalaron para los bancos los siguientes:

"1) Para los Bancos, los ingresos operacionales anuales representados en los siguientes rubros:

"A. Cambios **posición y certificado de cambio**

"B. Comisiones de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"C. Intereses de operaciones con entidades públicas

de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"D. Rendimiento de **inversiones de la Sección de Ahorros**

"E. Ingresos varios

"F. Ingresos en operaciones con Tarjetas de Crédito"(las subrayas no son del texto).

Como puede observarse, el legislador no tomó todos los rubros componentes del estado de Pérdidas y Ganancias sino sólo algunos. Por su parte, el Decreto 1333 de 1986 que incorporó la citada ley dispuso en el artículo 207 una enumeración de rubros prácticamente igual a la de la Ley 14 con excepción del renglón E- ingresos varios, según el siguiente texto:

"1) Para los Bancos, los ingresos operacionales anuales representados en los siguientes rubros:

"A. Cambios **posición y certificado de cambio**

"B. Comisiones de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"C. Intereses de operaciones con entidades públicas

de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"D. Rendimiento de **inversiones de la Sección de Ahorros**

"F. Ingresos en operaciones con tarjetas de crédito" (las subrayas no son del texto).

En forma igual a como lo disponía la Ley 14 en su artículo 47, el artículo 212 del Decreto 1333 de 1986 dispone que la Superintendencia Bancaria informará al Distrito y a cada Municipio en los primeros cuatro meses de cada año, "...el monto de la base descrita en el artículo 207 de este decreto, para efectos de su recaudo".

Concluye que la información de que se trata no puede incluir otros rubros de los señalados en el citado artículo 207, pues estaría dando lugar a variar la base gravable señalada por la ley.

En resumen, considera que los actos acusados incluyeron indebidamente los siguientes rubros:

- Ingresos, por abarcar rendimientos distintos a los de la Sección de Ahorros.

- Ingresos diversos o varios por no estar incluidos en la relación del artículo 207 del Decreto 1333 de 1986.

- Y el que se origina en ajustes por inflación, que se explica a continuación:

4. A partir de 1992 entró en vigencia el sistema de "Ajustes Integrales por Inflación", en virtud del cual se pretende medir la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, ordenándose ajustar los activos no monetarios (incluyendo los expresados en moneda extranjera) y el patrimonio.

Para efectos contables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2912 de 1991, el ajuste a los activos en moneda extranjera (activos no monetarios) se debe registrar como un ingreso financiero, motivo por el cual, el ajuste a los activos en moneda extranjera no se registra en la cuenta de corrección monetaria. Por el contrario, para los efectos del impuesto de renta y complementarios, el ajuste de los activos en moneda extranjera se registra en la cuenta de corrección monetaria.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 335 del Estatuto Tributario y, 10 y 18 del Decreto 2075 de 1992, los activos expresados en moneda extranjera son materia de ajuste, el cual se debe efectuar con base en la tasa de cambio de la respectiva moneda en la que esté expresado el activo.

5. Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 330 del Estatuto Tributario y 1o. del Decreto 2075 de 1992, el sistema de ajustes integrales por inflación, en cuanto a los aspectos "fiscales" sólo tiene efecto en materia del impuesto sobre la renta y complementarios, toda vez que expresamente se indica que no surte efectos con respecto al Impuesto de Industria y Comercio. Como consecuencia de lo anterior, el

2. De acuerdo con lo establecido en el artículo 212 del citado decreto, compete a la Superintendencia Bancaria obtener la información respecto de los rubros previstos en el artículo 207 Ibid, para realizar su reporte a los municipios y al Distrito Capital, para efectos del recaudo de impuestos.

3. Al expedirse la Ley 14 de 1983 los ingresos generados por las entidades financieras se reflejaban en el formato de pérdidas y ganancias prescrito por la Superintendencia Bancaria, denominado anexo No. 3, compuesto de veintiún (21) renglones o ítems. Al señalarse en el artículo 42 de la misma ley la base impositiva se señalaron para los bancos los siguientes:

"1) Para los Bancos, los ingresos operacionales anuales representados en los siguientes rubros:

"A. Cambios **posición y certificado de cambio**

"B. Comisiones de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"C. Intereses de operaciones con entidades públicas

de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"D. Rendimiento de **inversiones de la Sección de Ahorros**

"E. Ingresos varios

"F. Ingresos en operaciones con Tarjetas de Crédito"(las subrayas no son del texto).

Como puede observarse, el legislador no tomó todos los rubros componentes del estado de Pérdidas y Ganancias sino sólo algunos. Por su parte, el Decreto 1333 de 1986 que incorporó la citada ley dispuso en el artículo 207 una enumeración de rubros prácticamente igual a la de la Ley 14 con excepción del renglón E- ingresos varios, según el siguiente texto:

"1) Para los Bancos, los ingresos operacionales anuales representados en los siguientes rubros:

"A. Cambios **posición y certificado de cambio**

"B. Comisiones de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"C. Intereses de operaciones con entidades públicas

de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

"D. Rendimiento de **inversiones de la Sección de Ahorros**

"F. Ingresos en operaciones con tarjetas de crédito" (las subrayas no son del texto).

En forma igual a como lo disponía la Ley 14 en su artículo 47, el artículo 212 del Decreto 1333 de 1986 dispone que la Superintendencia Bancaria informará al Distrito y a cada Municipio en los primeros cuatro meses de cada año, "...el monto de la base descrita en el artículo 207 de este decreto, para efectos de su recaudo".

Concluye que la información de que se trata no puede incluir otros rubros de los señalados en el citado artículo 207, pues estaría dando lugar a variar la base gravable señalada por la ley.

En resumen, considera que los actos acusados incluyeron indebidamente los siguientes rubros:

- Ingresos, por abarcar rendimientos distintos a los de la Sección de Ahorros.

- Ingresos diversos o varios por no estar incluidos en la relación del artículo 207 del Decreto 1333 de 1986.

- Y el que se origina en ajustes por inflación, que se explica a continuación:

4. A partir de 1992 entró en vigencia el sistema de "Ajustes Integrales por Inflación", en virtud del cual se pretende medir la utilidad o pérdida por exposición a la inflación, ordenándose ajustar los activos no monetarios (incluyendo los expresados en moneda extranjera) y el patrimonio.

Para efectos contables, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2912 de 1991, el ajuste a los activos en moneda extranjera (activos no monetarios) se debe registrar como un ingreso financiero, motivo por el cual, el ajuste a los activos en moneda extranjera no se registra en la cuenta de corrección monetaria. Por el contrario, para los efectos del impuesto de renta y complementarios, el ajuste de los activos en moneda extranjera se registra en la cuenta de corrección monetaria.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 335 del Estatuto Tributario y, 10 y 18 del Decreto 2075 de 1992, los activos expresados en moneda extranjera son materia de ajuste, el cual se debe efectuar con base en la tasa de cambio de la respectiva moneda en la que esté expresado el activo.

5. Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 330 del Estatuto Tributario y 1o. del Decreto 2075 de 1992, el sistema de ajustes integrales por inflación, en cuanto a los aspectos "fiscales" sólo tiene efecto en materia del impuesto sobre la renta y complementarios, toda vez que expresamente se indica que no surte efectos con respecto al Impuesto de Industria y Comercio. Como consecuencia de lo anterior, el

ajuste que se realice a los activos no monetarios y que se registra como ingreso, fundamentalmente en la cuenta de corrección monetaria, no debe ser tenido en cuenta para la determinación de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio.

6. Los actos acusados vulneraron las normas anteriormente citadas y analizadas, al señalar que se debe incluir en la base de reporte de ingresos operacionales, para la conformación de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de los bancos, el ingreso que corresponde al ajuste de cambios registrado en las cuentas 413505 (Posición Propia) y 413510 (Certificados de Cambio) del PUC (Plan Unico de Cuentas).

Tal violación surge porque en los actos impugnados se ordena incluir dentro de la base gravable el ingreso del ajuste de cambios producto de los ajustes por inflación.

7. Aunque la Superintendencia Bancaria reconoce que antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación, la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y que en virtud del nuevo sistema se lleva al estado de resultados, concluye que tal ingreso sí es parte de la base gravable, porque antes el ingreso del ajuste de cambios se incluía en el estado de pérdidas y ganancias "cuando se enajenaban las divisas", motivo por el cual, la modificación contable de registrarlo desde un principio, por causación, mantiene inalterado el hecho gravado. Al respecto señaló que la excepción consagrada en el artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992 se refiere al ajuste por el PAAG que se llegue a efectuar sobre estos ingresos, excepción no aplicable en este caso, porque tales ingresos no se ajustan por el PAAG.

El ingreso que antes de los ajustes integrales por inflación se podría llegar a registrar en el concepto gravable con Industria y Comercio de "cambios (posición y certicambios)", correspondía al de "utilidad" en la venta de posición en moneda extranjera, determinada tal posición por la diferencia entre activos y pasivos en moneda extranjera. En tal evento, se necesitaba que hubiera una venta, y que la venta fuera de la posición, esto es, del mayor valor de los activos sobre los pasivos en moneda extranjera. Si no había venta, el ajuste de cambios sobre la posición se registraba en el patrimonio.

Con el sistema de "ajustes integrales por inflación" surgieron dos modificaciones: se registra ingreso por causación y no hay que esperar la venta y, el ingreso que se registra por ajuste de cambios no es de la posición sino del activo en moneda extranjera. Tales modificaciones, a diferencia de lo expresado por la Superintendencia, **no** mantienen inalterada la base gravable porque, anticipan el momento de la gravación e incrementan sustancialmente y en cifra no despreciable la base gravable del impuesto.

8. De conformidad con lo anterior señala que la Superintendencia Bancaria al expedir los actos acusados, incluyó un concepto de ingreso en la base gravable a reportar, respecto del cual las normas citadas como vulneradas establecen que no puede ser tenido en cuenta para la determinación de la base mencionada.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El apoderado de la actora solicitó la Suspensión Provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, solicitud que fue negada por la Sala, mediante providencia del 13 de agosto de 1993 (fls. 57 a 66), con excepción de lo relativo a la inclusión en la base gravable a la Cuenta Código 4195 -DIVERSOS- por no corresponder a ninguna de las mencionadas en el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986. No se suspendió lo relativo a ingresos y a ingresos por ajustes por inflación por no ser manifiesta la transgresión invocada. El auto anterior fue confirmado pero aclarado en cuanto los apartes afectados se referían únicamente a BANCOS según Auto del 8 de octubre de 1993 (fl. 130).

LA OPOSICION

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opone a las pretensiones de la demanda, con argumentos y aspectos que se sintetizan así:

1. INTERESES - CODIGO 4105

Critica al actor por confundir los rubros de las cuentas de ingresos - intereses con la de rendimientos de las inversiones de la Sección de Ahorros y recuerda, con transcripción de los textos que tanto el artículo 42 de la Ley 14 de 1983 como el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 dentro de los rubros señalados como base del impuesto figuran:

Intereses de operaciones con entidades públicas

de operaciones en moneda nacional

de operaciones en moneda extranjera

y por aparte, en otro literal:

Rendimiento de Inversiones de la Sección de Ahorros.

Explica que la cuenta INGRESOS es el género y las especies son intereses y rendimientos, no pudiendo confundirse, para lo cual hace en capítulo aparte la diferenciación desde el punto de vista jurídico y contable.

2. DIVERSOS - CODIGO 4195

Basa su defensa en que la omisión del renglón de varios en el Decreto Ley obedece a un error tipográfico del Diario Oficial y además en que no es aplicable al Distrito Capital el citado Decreto 1333 de 1986.

Con la transcripción de los artículos 42 de la Ley 14 de 1983 y 207 del Decreto 1333 de 1986 resalta que en la relación de literales de este último A. B. C. D. F. se salta u omite el literal E., que correspondía a Ingresos Varios que no se explica sino por error

tipográfico y no como lo dijo el Consejo de Estado en fallo del 21 de mayo de 1993 (exp. 4578) que se trató de una sustitución, pues el F. subsistía en igualdad de términos. Se refuerza lo anterior con la observación que en la descripción de la base de las demás entidades financieras como las Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros, Seguros y Compañías de Financiamiento Comercial en su numeral 2) se encuentra el rubro de "Ingresos Varios" que de no computarse para los bancos, introduciría una discriminación odiosa entre tales entidades financieras. Se apoya en el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal así como el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887 sobre las reglas de hermenéutica para fijar el pensamiento del legislador y armonizar las disposiciones oscuras o incongruentes y el artículo 13 de la Constitución sobre el derecho a la igualdad.

Aún aceptando que no corresponde a error de imprenta, para determinar el impuesto sí sería aplicable la Ley 14 de 1983 y no el Decreto 1333 de 1986 ya que el Decreto 1421 de 1993 Estatuto de Bogotá señala la prelación de normas aplicables al Distrito Capital así:

1. Constitución Política- 2. Estatuto de Bogotá-

3. Leyes especiales- y 4. en subsidio el régimen general.

La Ley 11 de 1986, en virtud de la cual se expidió el Decreto 1333 de 1986 por las facultades extraordinarias para expedir un código de régimen municipal referido únicamente a los municipios, sin que tales facultades extraordinarias se extendieran al Distrito Especial hoy Distrito Capital, luego el Presidente se excedió en el uso de las facultades otorgadas al Gobierno, de donde se infiere la inconstitucionalidad del citado Decreto 1333 de 1986.

De ahí que la determinación del impuesto a los bancos debe hacerse en la forma como lo establece el artículo 42 de la Ley 14 de 1983, o sea, incluyendo el literal E-Ingresos Varios.

3. POSICION PROPIA - CERTIFICADOS DE CAMBIO -

CODIGOS 413505 Y 413510

Sintetiza la defensa en que el actor incurrió en error grave al afirmar que los ingresos por ajuste de cambios de posición propia y certificados de cambio, son resultado de la implantación del sistema de ajustes integrales por inflación, pues son anteriores y su fundamento se halla en la devaluación concepto que bajo ningún aspecto puede confundirse con el de la inflación.

La inclusión de tales ingresos data de la Ley 14 y del Decreto 1333 y la implantación del sistema de ajustes produjo un cambio de forma y de oportunidad de contabilidad de los ingresos sin alterar su naturaleza y origen.

En relación con las cuentas 413505, cuyo nombre en el Plan Unico de Cuentas es Ingresos - Operacionales - Cambios - Posición Propia y, 413510, cuyo nombre en el citado Plan es Ingresos - Operacionales - Cambios - Certificados de Cambio, contenidas en la Circular Externa 007, aclarada por la Carta Circular 018, es claro que se toma la misma cuenta para determinar la base gravable, lo que sucede es que las partidas (provenientes de la diferencia entre los activos en moneda extranjera y los pasivos en moneda extranjera) entran directamente a los ingresos en los rubros 413505 Posición Propia y 413510 Certificados de Cambio, a medida que se produce el ajuste en cambio por razón de la variación en la tasa de cambio. Por lo tanto, la modificación sólo fue a nivel contable frente a las normas que rigen esta materia, ya que la Superintendencia Bancaria tiene que tomar las partidas actuales para establecer correctamente la base gravable. Al respecto indicó que el aceptar lo que pretende la actora, conduciría a excluir de la base gravable establecida por el Decreto 1333 de 1986 dos conceptos claramente incluidos, por el simple hecho de anticiparse su contabilización, en virtud de la modificación de una norma puramente contable.

La Carta Circular por ello explica el punto al señalar que, antes la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La variación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados.

No se trata en estricto rigor legal, técnico y contable de un ajuste por inflación, sino de la simple reexpresión de activos y pasivos denominados en moneda diferente al peso colombiano, esto es, se están convirtiendo los distintos activos y pasivos en moneda extranjera a pesos colombianos (porque ésta es la moneda que se debe utilizar para registrar y revelar de acuerdo con la técnica contable, los distintos rubros contables). Resulta tan cierta la no inclusión de los ajustes por inflación en la base gravable del impuesto de Industria y Comercio que la Circular Externa 007 excluye expresamente por esta razón las cuentas 410599, 411599 y 419599.

Concluyó señalando que los actos acusados no vulneran ninguna de las normas señaladas por la actora, ya que tan sólo están sumando los rubros establecidos en la Ley 14 de 1983, hoy Decreto 1333 de 1986, para determinar el monto de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio deduciéndole a su vez los ajustes integrales por inflación, los cuales no son tenidos en cuenta para determinar tal impuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 330 del E. T. y 1o. del Decreto 2075 de 1992.

Por último critica la demanda de errores técnicos por incurrir en la conocida proposición jurídica incompleta en el sentido de que en caso de acceder a la anulación de las partes señaladas, los actos acusados quedarían sin sentido, fuera de que seguirían aplicándose para otras entidades, como es el rubro de "varios".

ALEGATOS DE CONCLUSION

1. El apoderado de la Superintendencia Bancaria reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en el tema de la cuenta cambios, sobre lo cual, expuso:

"- Código 4135 Cambios (413505 y 413510)

Sea lo primero recordar que el hecho generador del Impuesto de Industria y Comercio es el desarrollo de una actividad industrial, comercial o de servicios, dentro de la cual obviamente se incluye la actividad financiera. Así mismo, es preciso recordar que la base gravable de este impuesto está determinada por los ingresos operacionales anuales.

Ahora bien, teniendo lo anterior claro, si se observa el Plan Unico de Cuentas -PUC-, encontramos el código 4135 que corresponde a la cuenta de cambios, la cual contiene la 413505 -posición propia- y la 413510 -certificados de cambios- Esta cuenta 4135, pertenece al Grupo 41 -operacionales-, grupo este que a su vez forma parte de la Clase 4 correspondiente a ingresos.

En este orden de ideas, es fácil inferir que los códigos 413505 y 413510 están incluidos dentro de los ingresos operacionales, siendo entonces claro que los mismos deben formar parte de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio.

De otra parte, la cuenta Cambios cuyo código -reitero- es 4135, está descrita por el PUC (resolución 3600 de octubre 14 de 1988), como la cuenta que "Registra la **utilidad obtenida por la Entidad en la venta** y el ajuste de divisas, certificados de cambio de títulos canjeables por certificados de cambio y de otros títulos representativos de divisas", (subrayado ajeno al texto original), donde el ajuste en cambios responde a un concepto totalmente diferente a los ajustes por inflación, como detalladamente se explicó en escrito que obra en los folios 144-184 del expediente.

Así las cosas, y teniendo de presente que dentro de la cuenta Cambios 4135 se encuentran las subcuentas Posición Propia y Certificados de Cambio, resulta fácil concluir que dentro de estos códigos (413505 y 413510) están incluidos dos tipos de ingresos operacionales: de una parte, los ingresos provenientes de ajuste en cambios y de otro lado, la utilidad o ventaja obtenida de la enajenación efectiva de divisas, que como tal, forma parte de la base del Impuesto de Industria y Comercio, conforme lo indican los archivos 107 del decreto 1333 de 1986 y 42 de la Ley 14 de 1983.

Por consiguiente, no lo es dable pretender al libelista, excluir cuentas que claramente contiene ingersos operacionales, y como tales deben ser contabilizados para determinar la base gravable del impuesto en mención".

2. El apoderado de la actora en la etapa de alegatos de conclusión reiteró que la Superintendencia incluyó factores que no deben integrar la base gravable al expedir las instrucciones requeridas por el cambio en materia contable producido con la entrada en vigencia del sistema de Ajustes Integrales por inflación y las modificaciones correspondientes en el Plan Unico de Cuentas.

Los conceptos no previstos en el ordenamiento legal y que fueron indebidamente incluidos son:

- Los ingresos diversos o varios, código 4195

- El ajuste de cambios registrado en las cuentas 413505 y 413510 (posición propia y certificado de cambio) del PUG.

- Los intereses provenientes de inversiones efectuadas por sección distinta de Ahorros incluidos en la cuenta 4105 -Intereses del PUG.

Sobre el primer concepto refuerza su argumentación con cita de apartes de los Autos del 13 de agosto y octubre 8 de 1993 cuando se debatió la suspensión provisional en los cuales el Consejo encontró ciertas las afirmaciones de la demandante tanto en la inclusión del término varios, como en la aplicación del Decreto 1333 de 1986 al Distrito de Bogotá. Adujo a su favor también lo dicho en la sentencia del 21 de mayo de 1993.

En cuanto a los ingresos por ajuste por inflación bajo la premisa de que tal sistema no debe influir en el Impuesto de Industria y Comercio como lo predican las normas legales correspondientes, no hay duda que el tratamiento dado por los actos acusados sí produjeron un incremento de los ingresos y se anticipó el momento de causación del gravamen y se apoya en lo dicho en la sentencia del 14 de abril de 1994 -expediente 4950 en la cual se trató el mismo tema.

Igualmente reitera su argumentación sobre el tratamiento de los intereses provenientes de inversiones distintas a las realizadas por la Sección de Ahorros.

3. El Ministerio Público representado por el señor Procurador Octavo Dr. Jaime Ossa Arbeláez en su alegato hace un previo recuento de la evolución del gravamen sobre las entidades que prestan el servicio bancario y financiero en general en el cual, se avanzó en justicia y técnica.

En cuanto al rubro de ingresos **"varios"** o diversos se remite a lo dicho por esta Sección en fallo del 21 de mayo de 1993 (C.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano) y otras en las cuales se ha reiterado el concepto allí expresado de que no podía la Tesorería Distrital incluir dentro de los rubros que conforman la base del banco demandante lo correspondiente a ingresos varios "por no ser un factor incluido dentro de la definición del artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986", con base en lo cual, concluye que procede la nulidad respecto a este cargo formulado por la demanda.

No opina lo mismo respecto al rubro de **intereses** cuya inclusión no viola el precepto invocado por cuanto contempla en el literal c) los intereses de distintas fuentes, sin perjuicio de que en otro literal se incluyan los rendimientos de las inversiones de la Sección de Ahorros.

Y, en cuanto a las cuentas de **ajuste de cambios** (413505 y 413510) -posición propia y certicambios- observa que el Consejo de Estado en sentencia del 14 de abril de 1994 (exp. 4950) anuló disposiciones similares de los actos acusados, pero en cuanto estaban dirigidas a las Corporaciones Financieras.

Como las razones expuestas en tal fallo son aplicables al caso de los bancos pide que se adopte igual solución.

Como argumento adicional plantea diferencias en las facultades de los Concejos Municipales y la Superintendencia que serán materia de análisis posteriormente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se analizarán los tres aspectos materia de objeción, en su orden, así:

PRIMER PUNTO: EL RUBRO DE INGRESOS VARIOS

Uno de los principales argumentos de la oposición a la demanda consistió en que la exclusión del renglón **"E- Ingresos Varios"** al incorporar en el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 la norma fuente, o sea, el artículo 42 de la Ley 14 de 1983 (que sí lo contenía), se debió a un error tipográfico pues ni desde los puntos de vista técnico, histórico y de hermenéutica, se justifica la omisión. En atención a ello la Sala consideró necesario despejar este aspecto y a tal efecto mediante auto de fecha 11 de julio requirió de la Presidencia de la República "la copia auténtica del original completo del artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 (abril 25) que fuera remitido a la Imprenta Nacional para su publicación".

En respuesta a tal solicitud el Ministro de Gobierno remitió la copia que obra a folios 253 a 258 en la cual se observa que a la página 73 del texto del decreto el artículo 207 hace la relación de los rubros de los ingresos operacionales de los bancos identificándolos con los literales A, B, C, D y F, sin que allí aparezca el tantas veces citado literal E- Ingreso Varios, tal como fue publicado en el Diario Oficial 37.466 de mayo 14 de 1986.

En esta forma se demuestra que no se trató de un error de imprenta o tipográfico y ante la falta de cualquier otra explicación debe presumirse que fue voluntad del Ejecutivo suprimir tal rubro. Siendo ese el texto definitivo del decreto no resultan válidas para la Sala las lucubraciones para darlo por existente y de ello sacará las conclusiones correspondientes, no sin criticar antes la práctica del Ejecutivo de no conservar la motivación o historia de sus actos, cuando actúa como legislador extraordinario.

Por lo demás, observa la Sala que la función de la Superintendencia Bancaria consagrada en el artículo 212 del Decreto 1333 de 1986 (norma con fuerza de ley, posterior a la Ley 14 de 1983) se debe limitar a informar a cada municipio y al Distrito Especial de Bogotá "...el monto de la base descrita en el artículo 207 de este decreto, para efectos de su recaudo", sin que ello implique la determinación de las bases gravables que es función que le correspondía a los Concejos Municipales en competencia hoy claramente señalada en el artículo 338 de la Constitución.

Y, si de conformidad con lo expuesto anteriormente, el citado artículo 207 no incluía el rubro "E- Ingresos Varios", mal podía mencionarlo en la Circular acusada cuyos destinatarios eran el Banco de la República y las entidades usuarias del plan único de cuentas para el sistema financiero de todo el país, por lo que sus instrucciones debían ceñirse a las disposiciones de rango legal y no a las de nivel local y menos aún a alguna de ellas, cuya importancia no se desconoce.

En síntesis, por considerar que la Superintendencia ha debido atender primordialmente el texto del Decreto 1333 de 1986 como estatuto legal posterior, las instrucciones que dictó separándose de su tenor literal, deben ser retiradas del ordenamiento que rige para los BANCOS, dándole así prosperidad al cargo formulado para obtener la anulación de la inclusión del Código 4195 -Diversos en la Circular acusada.

SEGUNDO PUNTO: EL RUBRO DE INTERESES

Pretende el actor que de los actos acusados -Circular Externa y Carta Circular- se elimine la información relativa al Código 4105- Intereses, por cuanto analizado el anexo No. 3, prescrito por la Superintendencia para la discriminación de cuentas de la contabilidad, en relación a las disposiciones sobre la base imponible "...la Ley 14 de 1983 tan solo consideró que debía tomar para formar parte de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio a cargo de los bancos el número 10 (Rendimiento de inversiones de la Sección de Ahorros), dejando por fuera, se repite, los restantes conceptos, los cuales, por tal virtud no conformarían la base gravable del impuesto.

Para la Sala es claro que dentro de la política que caracteriza la reforma plasmada en la Ley 14 de 1983 y sostenida en el Decreto 1333 de 1986, en cuanto que la base de este impuesto para el sector financiero está conformada por los "ingresos operacionales anuales" (art. 42) no hay justificación para que fueran excluidos los **intereses** que precisamente constituyen los ingresos operacionales por excelencia o típicos de la actividad financiera. No hay duda en cuanto que los intereses provenientes de operaciones en moneda nacional o extranjera (clasificación importante para otros fines) o de operaciones con entidades oficiales y cualquiera que sea el código de la cuenta contable utilizada, deben formar parte de la base imponible con Industria y Comercio y por ende de la información que debe suministrar la Superintendencia con base en los datos de las entidades vigiladas.

Basta lo anterior para no dar prosperidad a este cargo.

TERCER PUNTO: LOS RUBROS POSICION PROPIA Y CERTIFICADOS DE CAMBIO

En la citada sentencia después de hacer algunas precisiones previas y de transcribir los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986 (invocados por la demanda y que para los efectos de este tema son iguales al 42 y 47 de la Ley 14 de 1983), refiriéndose a las informaciones que deben suministrar las Corporaciones Financieras (que en esencia son iguales a los de los bancos en el acápite correspondiente y demandado en este proceso) se expuso:

"1o. **Violación de los artículos 207 y 212 del Decreto 1333 de 1986.**

.....

.....

"En principio podría considerarse que los rubros objeto de reporte exigidos en la Circular, son similares a los previstos por el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 (art. 42 Ley 14 de 1983), sino fuera porque en dicha Circular se establecen los códigos en cuestión, referidos al Plan Unico de Cuentas: y según la Circular Externa 028 de 1992 que señala las modificaciones a dicho Plan para el sistema financiero, los códigos 413505 posición propia y 413510 certificados de cambio (pág. 31 c. de pruebas No. 3, pág. 272 del documento), se describen así:

> "Registra la utilidad obtenida por la entidad en la venta **y el ajuste de cambios de divisas,** certificados de cambio de títulos canjeables por certificados de cambio y de otros títulos representativos de divisas. (Se subraya).

"Introduce así un nuevo concepto (el ajuste de cambios), a la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio no contemplado en las normas superiores porque efectivamente antes de la vigencia de los ajustes integrales por inflación (1o. de enero de 1992) y como consecuencia de lo previsto en el Estatuto Tributario, artículo 269, el incremento del valor en pesos de los bienes y créditos en monedas extranjeras, estimado en moneda nacional en el último día del año o período gravable de acuerdo con la tasa oficial de cambios afectaba la cuenta patrimonio y sólo a partir del 1o. de enero de 1992, fecha de aplicación de los ajustes por inflación de que trata el título V del libro primero del Estatuto Tributario, el ajuste de los activos expresados en moneda extranjera, en UPAC o con pacto de reajuste, que deben reexpresarse a la tasa de cambio, deben llevarse como un crédito (ingreso) a la cuenta de corrección monetaria e incrementar por el mismo valor el activo (art. 332 Estatuto Tributario), ajuste que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4o. y 5o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, puede aplicarse en forma anual o mensual.

"En consecuencia el ajuste al crédito (ingreso) de la cuenta de corrección monetaria, por reexpresión de los bienes representados en divisas afecta el ingreso bruto de los contribuyentes y por lo tanto no debe tenerse en cuenta para efectos del Impuesto de Industria y Comercio conforme con lo ordenado por la ley.

"Tan evidente es el cambio con la apliación de los ajustes por inflación que la propia Superintendencia Bancaria en la Circular Externa 057 de 1990 vigente antes de la fecha de aplicación de los ajustes por inflación al expedir las instrucciones sobre la aplicación dinámica del Plan Unico de Cuentas -PUC-, adoptado por ella a través de la resolución 3600 de octubre 14 de 1988, no los considera ingreso. En efecto señala al describir el Código 4135, Grupo 41, Clase 4 Ingresos Operacionales, Cuenta Cambios:

"DESCRIPCION

"Registra la utilidad obtenida por la entidad en la venta de divisas, de títulos canjeables por Certificados de Cambio y de otros títulos representativos de divisas, así como la utilidad resultante de las operaciones de compra y venta de Certificados de Cambio, calculada en la forma y términos establecidos por la Superintendencia Bancaria.

"SUBCUENTAS

413505 Posición Propia

413510 Certificados de Cambio

413515 Títulos Canjeables por Certificados de Cambio

413595 Otros conceptos

"DINAMICA

CREDITOS	DEBITOS
1. Por la utilidad obtenida en las divisas efectivamente del ejercicio.	1. Por la cancelación de saldos al cierre del ejercicio.
2. Por la utilidad obtenida en operaciones de compra y venta de Certificados de Cambio, Títulos Canjeables por Certificados de Cambio y otros títulos representativos de divisas..."	

"Mientras que **el ajuste en cambios,** lo expresa en la cuenta Clase 3 Patrimonio, Grupo 34 **Superávit,** Código 3420, "Cuenta Ajuste de Cambios", así:

"DESCRIPCION

"Registra la diferencia entre el valor de adquisición de las divisas y de títulos representativos de divisas y el valor ajustado para el cierre del mes.

"Los registros contables correspondientes al ajuste de cambios deben ser reversados el primer día hábil siguiente al cierre del mes.

"SUBCUENTAS

342005	Posición Propia
342010	Inversiones en el Exterior
342015	Certificados de Cambio
342020	Títulos Canjeables por Certificados de Cambio
342025	Aportes en Sucursales Extranjeras
342030	Divisas (Res. 24/68)
342095	Otros Conceptos

"DINAMICA

CREDITOS	DEBITOS
1. Por el ajuste positivo de las posiciones de acuerdo con el tipo de cambio establecido para el cierre del mes.	1. Por el ajuste negativo de las posiciones de acuerdo con el tipo de cambio establecido para el cierre del mes.
2. Por la reversión del registro contable el primer día hábil siguiente al cierre del mes.	2. Por la reversión del registro contable el primer día hábil siguiente al cierre del mes".

"Si bien la modificación de la descripción de los códigos 413505 y 413510, del Plan Unico de Cuentas -PUC-, que se hace en la Circular Externa 028 de 1992, se ajusta a lo preceptuado en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 2075 de 1992, la **variación** proveniente del ajuste de los activos representados en divisas, cuentas por cobrar,

títulos, derechos, depósitos, inversiones y demás activos expresados en moneda extranjera, no puede tener el efecto para el Impuesto de Industria y Comercio, que pretendió darle la Superintendencia Bancaria en la Circular 007 de 1993 de manera evidente, cuando expresa que:

> "Con la expedición de la Circular Externa No. 028 de 1992 (Modificatoria del Plan de Cuentas para el Sistema Financiero) y atendiendo inquietudes formuladas por algunas entidades, se hace **necesario actualizar la base gravable para el cálculo del impuesto de industria y comercio de que tratan la Ley 14 de 1983 y el decreto 1333 de 1986, conforme al Decreto 2075 de 1992, relacionado con el sistema de ajustes integrales por inflación.** Por lo tanto, a continuación se imparten instrucciones sobre la información que para tales efectos deben remitir las entidades vigiladas a esta Superintendencia." (subraya la Sala).

"Lo mismo puede afirmarse respecto del punto 2o. de la Carta Circular 018 de 1993, transcrita inicialmente.

"Cuestión diferente es el ingreso proveniente de la enajenación efectiva de divisas, que como tal, forma parte de la base del Impuesto de Industria y Comercio conforme lo indican los artículos 107 del Decreto 1333 de 1986 y 42 de la Ley 14 de 1983.

"Si bien es cierto que, como lo afirma la Superintendencia Bancaria, el ajuste de los bienes expresados en moneda extranjera no se efectúa por el Porcentaje de Ajuste del Año Gravable PAAG, equivalente a la variación porcentual de Indice de Precios al Consumidor para empleados elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, que se haya registrado entre el 1o. de diciembre del año anterior al gravable y el 30 de noviembre del año gravable, sino a la tasa de cambio, tal expresión si corresponde al ajuste por inflación real que se hace con base a la devaluación del peso frente a las divisas, como puede deducirse del artículo 335 del Estatuto Tributario, ubicado en el Capítulo II del mismo Título V, Libro 1o. correspondiente al ajuste integral por inflación.

"Es tan evidente que el ingreso por diferencia en cambio que se realiza por los ajustes por inflación de los activos representados en divisas a la tasa de cambio, que se incluye en los códigos 413505 y 413510 afecta la determinación de la base gravable en el Impuesto de Industria y Comercio señalada en la Circular 007 de 1993 punto 2.3, que la propia Superintendencia Bancaria en la Carta Circular No. 18 de 1993, pretende darle justificación al estimar en su numeral 2o. parágrafo 2o. que:

> "Antes de la expedición del régimen de ajustes integrales por inflación la diferencia en cambio se llevaba al patrimonio y el ingreso derivado de ella se producía cuando se enajenaban efectivamente las divisas. La modificación que se produjo consistió en que se cambió la regla contable de causación de este ingreso, determinándose que las variaciones en la tasa de cambio se reflejarán desde un principio en el estado de resultados".

"No queda duda entonces que sí se incrementa la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio por efectos de los ajustes a tales bienes, que es distinto del ajuste en las cuentas de resultado que para los ingresos establece a partir del año gravable de 1994, para efectos del impuesto de renta y complementarios exclusivamente, el artículo 348-1 del Estatuto Tributario.

"Dicho incremento en la base gravable, es claro sí se tiene en cuenta que para efectos del Impuesto de Industria y Comercio, ésta se calcula sobre el ingreso bruto, sin descontar los egresos que por efectos de ajustes en los pasivos, costos y gastos, pudiesen afectar las cuentas de resultado del contribuyente, que sí se toman en consideración para determinar la utilidad o pérdida por efectos de la inflación en el impuesto sobre la renta.

"En consecuencia, cuando la Circular 007 del 18 de febrero de 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria determina los códigos de los ingresos operacionales que integran la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio de las entidades del sector financiero, incluyendo en la "posición propia" (código 413505) y "certificado de cambio" (código 413510) el ajuste por cambios, viola el artículo 207 numeral; 2o. literal a) del Decreto 1333 de 1986, que no los contempla, porque si bien descuenta el ajuste por inflación señalado en los códigos 410599 (intereses), 411599 (comisiones honorarios) y 419599 (otros), estos se refieren al ajuste por inflación de la cuenta de resultado (ingresos) que como se indicó es diferente del ajuste por inflación, que con base en la tasa de cambio se aplica para bienes representados en monedas diferentes al peso colombiano, que se lleva como ingreso a la cuenta de corrección monetaria, como mayor valor del activo y ante tal circunstancia la disposición demandada debe ser retirada del ordenamiento jurídico, al igual que debe anularse el numeral 2o. de la Carta Circular 018 de marzo 3 de 1993, la cual, al exponer "las consideraciones que inspiran la Circular Externa 007 de 1993", y aunque pudiera considerarse como puramente interpretativa, señala de manera imperativa que el ingreso por el ajuste en cambios incluido en los códigos 413505 y 413510 del Plan Unico de Cuentas -PUC-, forma parte de la base gravable.

"2. **Violación de los artículos 330 del Estatuto Tributario; 12 y 26 del Decreto Reglamentario 2912 de 1991 y 1o. del Decreto 2075 de 1992.**

"Como quedó analizado, cuando la Circular 07 de 1993, tal como lo explica la Carta Circular 018 del mismo año toma como ingreso para efectos de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio el valor causado del ajuste por inflación de los activos patrimoniales en moneda extranjera, por diferencia de cambio, contraría lo dispuesto en el artículo 330 del Estatuto Tributario que radicalmente preceptúa que "este sistema no será tenido en cuenta para la determinación del Impuesto de Industria y Comercio ni de los demás impuestos y contribuciones", precepto que reitera el último inciso del artículo 1o. del Decreto 2075 de 1992, que también resulta violado, así como los artículos 12 y 26 del Decreto 2912 de 1991, el cual reglamenta lo concerniente a los ajustes

integrales por inflación, al darles aplicación para efecto del Impuesto de Industria y Comercio en contradicción con lo expresado en la ley". Sentencia del 14 de abril de 1994, exp. No. 4950, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos.

De acuerdo con las anteriores consideraciones que se consignaron al resolver la misma controversia con relación a las Corporaciones Financieras, deben anularse las previsiones que, con relación a los BANCOS, hace la Circular demandada, concretamente en el aparte final del numeral 1.1. en donde relaciona las cuentas 413505 y 413510 para que no se tengan en cuenta éstas.

PUNTO ADICIONAL: LA FUNCION INFORMADORA DE LA SUPERBANCARIA

El señor Procurador Octavo, como argumento adicional, previo análisis de los artículos 42, 46 y 47 de la ley 14 (207, 212 Dcto. 1333/86) llama la atención sobre la diferencia que hay entre la facultad "de fijar la base impositiva para la cuantificación del impuesto" asignada a los Concejos Municipales y del Distrito, de la facultad otorgada a la Superintendencia Bancaria para exigir a las entidades financieras el envío de información acerca del "movimiento de sus operaciones" y la obligación impuesta a la Superintendencia de informar "a cada municipio y al Distrito Especial..." el monto de la base imponible.

Tal distinción la encuentra acertada e importante esta Sala, pues evidentemente no debe perderse de vista que es a los Concejos Municipales y el del Distrito a los que corresponde la facultad de determinar "la base impositiva para la cuantificación del impuesto "mediante los actos administrativos de carácter general y a la Superintendencia la de pedir la información correspondiente a las entidades vigiladas, con las explicaciones que sean necesarias respecto de los rubros que estime técnicamente necesarios y remitir tal información a las respectivas entidades locales, sin que de allí pueda afirmarse que por orden de la Superintendencia se incluyen rubros no previstos en los preceptos vigentes. "Una cosa es el hecho de que la Superintendencia haya expuesto opiniones acerca de los rubros que deben integrar la base impositiva y otra muy distinta es la información, con carácter obligatorio, de esa misma base".

Sobre este tema en la sentencia del 14 de abril transcrita ya en buena parte, se dijo en igual sentido:

"Estima la Sala conveniente aclarar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 la base impositiva para la cuantificación del Impuesto de Industria y Comercio del sector financiero debe establecerse por **los Concejos Municipales** de la forma como expresamente se indica en el artículo citado y no de otra manera, ya que la atribución de la Superintendencia Bancaria conforme lo indica el artículo 212 del Código de Régimen Municipal es meramente informativa, sin que en ninguna manera pueda desconocer lo previsto en el artículo 207 *ibídem*".

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. ANULANSE los códigos 413505 Posición propia, 413510 Certificados de cambio y 4195 Diversos, incluidos en la oración: "Con los valores reportados para cada una de las cuentas anteriores, para cada municipio la Superintendencia Bancaria calculará la base gravable de la siguiente manera: 4105 + 410704 + 411010 + 4115 + 4125 + **413505** + **413510** + 4140 + **4195** - (410599 + 999990 + 411599 + 412599 + 414099 + 419599)", contenida en el último párrafo de la Circular Externa 007 numeral 1, expedida el 12 de febrero de 1993 por la Superintendencia Bancaria pero en relación únicamente con los BANCOS, mencionados en el punto 1.1. de la Circular Externa 007 de 1993 de la Superintendencia Bancaria. (Subraya en las expresiones anuladas).

2. En cuanto al numeral 2o. de la Carta Circular No. 18 expedida el 3 de marzo de 1993 por la Superintendencia Bancaria, ESTESE a lo resuelto en la sentencia del 14 de abril de 1994 (exp. No. 4950), en la cual se decretó su nulidad.

3. DENIEGANSE las súplicas de la demanda por relación al Código 4105-Intereses.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

Actor: Asociación Bancaria C/Superbancaria.

PRUEBA FISCAL EN LO CONTENCIOSO/JUICIO DE REVISION DE IMPUESTOS/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/MEDIOS PROBATORIOS-Valoración

Con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, desapareció el "juicio de revisión de impuestos", el cual fue sustituido por la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" consagrada en el artículo 85, situación que significó que el contencioso de impuestos dejó de ser un juicio revisor para convertirse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuya virtud se eliminaron las restricciones probatorias, que únicamente permitían la estimación de las pruebas que hubieren sido presentadas en la vía gubernativa, dándose entrada al régimen probatorio consagrado en el Código de Procedimiento Civil.

SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS/COMPRAS CON TARJETA DE CREDITO/REQUERIMIENTO DE GASTOS NO EXPLICADOS

La Administración desde un principio ha debido caer en la cuenta que las compras con Tarjetas de Crédito comprueban simultáneamente la adquisición de un pasivo por igual valor, lo que constituye explicación según la norma. Pero, de otra parte, se observa con relación al artículo 663 del E.T. (art. 73 del Decreto 2503 de 1987) que aunque pretendió implantar un control de la declaración de ingresos tributarios, en especial de personas naturales sin contabilidad, a base de un sistema de auditoría al gasto, no fue afortunada la redacción puesto que no relaciona todos los posibles factores que deben intervenir en las correspondien-

tes operaciones matemáticas. De la norma se deduce que el requerimiento puede hacerse cuando de las mismas declaraciones no surja justificación alguna y que el contribuyente requerido debe dar explicaciones razonables justipreciadas más con sentido común que bajo un rígido sistema probatorio, porque al fin y al cabo, la disposición se fundamenta en la presunción elemental de que nadie puede gastar más de aquello que tiene o adquiere, a menos que se endeude.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Ref.: Expediente No. 5620. *Actor: Enrique Manuel Orozco Martínez.* Impuesto Renta - FALLO -

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 13 de mayo de 1994, estimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que impusieron sanción por gastos no explicados por el actor ENRIQUE MANUEL OROZCO MARTINEZ, durante el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de renta presentada por el contribuyente por el año gravable de 1988, la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar, previo Pliego de Cargos 0001 del 24 de octubre de 1991, produjo la resolución 0105 del 4 de mayo de 1992, mediante la cual impuso sanción por gastos no explicados (art. 663 E.T.), por cuanto el contribuyente en la declaración de renta reportó ingresos en cuantía de $1.820.000, suma que frente a los consumos realizados con Tarjeta de Crédito de $7.074.000 y tenido en cuenta el incremento de pasivos presenta una diferencia de $5.254.000.

Mediante resolución 020 del 11 de mayo de 1993, que desató el recurso de reconsideración, se redujo el monto de la sanción a $4.583.871, correspondiente al 100% de la diferencia no explicada.

Agotada la vía gubernativa, acudió el contribuyente a la jurisdicción en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual acusó la actuación administrativa, de ser violatoria de los artículos 663, 722 y 730 del E.T., 45 del C.C.A. y 29 de la Constitución Nacional.

Adujo que en el Pliego de Cargos la Administración se limitó a manifestar que "...mediante información exógena ha detectado que sus consumos con Tarjeta de

Crédito del Banco Cafetero, NIT 860.002.962 durante el año gravable de 1988 fueron superiores a los ingresos declarados con base en la siguiente fórmula:

Gastos informados por el Banco Cafetero	$7.074.000
Ingresos declarados.....	1.820.000
Diferencia.....	$5.254.000

Que la Administración violó el artículo 663 del E.T. por cuanto éste es claro en incluir dentro de la "fórmula" los pasivos adquiridos en el año, previsión que fue ignorada, pues no se tuvo en cuenta el pasivo a 31 de diciembre de 1988 que era de $8.963.000.

Ante la jurisdicción adjuntó certificados expedidos por el Banco Ganadero e Invercrédito y explicó que el actor adquirió pasivos con dichas entidades, de donde dedujo que el pasivo con el Banco Ganadero por $5.625.000, más el pasivo con Invercrédito por $2.215.345, más ingresos declarados de $1.820.000, para un total de $9.660.345, explican satisfactoriamente los gastos detectados por la Administración de $7.074.000.

De otra parte, alegó violación del artículo 722 del E.T. por cuanto la Administración admitió el recurso gubernativo sin que este cumpliera el requisito del pago previo. Y que el edicto a través del cual se notificó la resolución que agotó la vía gubernativa no fue fijado durante el lapso estipulado por el artículo 45 del C.C.A.

El apoderado de la Nación en el escrito de contestación de la demanda, manifestó que la Administración sí tuvo en cuenta los pasivos alegados por el contribuyente en la vía gubernativa, de los cuales se aceptó la suma de $342.000.

De otra parte alegó como excepción de fondo que la demanda contiene nuevos hechos, no discutidos en la vía gubernativa, los cuales hizo consistir en que en aquella etapa el actor no planteó los nuevos pasivos traídos en la demanda, como son los contraídos con el Banco Ganadero e Invercrédito, como se desprende de los memoriales y pruebas obrantes en los antecedentes.

Estimó que estos nuevos hechos no deben ser tenidos en cuenta por cuanto debieron ser debatidos en la vía gubernativa. En apoyo de su pedimento citó sentencia de esta Corporación del 20 de junio de 1986 y 20 de septiembre de 1991.

Finalmente, alegó la inexistencia de los vicios procedimentales expuestos en la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

Rechazó la excepción propuesta por la entidad demandada por cuanto las pruebas aportadas no constituyen un hecho nuevo sino unas pruebas complementarias para robustecer las aportadas en la vía gubernativa. Estimó que una cosa es una prueba y otra diferente la alegación de un hecho no presentado en la etapa gubernativa, y que la controversia siempre se ha centrado entre los ingresos, pasivos y compras del contribuyente.

A juicio del Tribunal, el cargo que se le formuló al actor para aplicarle el artículo 663 del E.T., fue desvirtuado plenamente con las pruebas aportadas en este proceso. Al efecto apreció los certificados expedidos por Invercrédito y el Banco Ganadero los cuales certifican pasivos en cuantía de $8.125.000, que superan la diferencia puesta de presente por la Administración.

Consecuencialmente, anuló los actos administrativos demandados.

EL RECURSO DE APELACION

La inconformidad del apoderado de la entidad demandada con la sentencia del *a-quo,* se centró en la desestimación de la excepción propuesta, pues no se trata de dilucidar si el contribuyente podía mejorar las pruebas aportadas, como lo hizo ver el *a-quo,* sino que las pruebas aportadas por el actor, constituyen hechos nuevos.

Previa transcripción de los motivos de inconformidad expuestos en el recurso gubernativo, señaló que en el mismo el contribuyente se limitó a explicar sus gastos realizados con Tarjeta de Crédito, sin hacer alusión alguna a los pasivos alegados ante la jurisdicción; que en el expediente no obra prueba alguna referente a aquellos. Sostuvo que se trata de hechos nuevos, pues la Administración no los conoció, relevándola de la posibilidad de revisar sus actuaciones administrativas y que respecto de ellos no se agotó la vía gubernativa. Apoyado en un texto de derecho procesal administrativo, sostuvo que la jurisdicción no puede ocuparse de cuestiones no planteadas en la vía gubernativa, "o sea que su función es **revisora".**

ALEGATOS DE CONCLUSION

Unicamente presentó escrito de conclusión la apoderada de la entidad demandada, quien insistió en que cada pasivo o deuda adquirida por el contribuyente en diferentes oportunidades constituye un hecho nuevo y que no se puede considerar cada deuda simplemente como una prueba, sino que cada pasivo constituye un hecho distinto realizado en diferente tiempo y con diferentes partes.

Reiteró que los pasivos que no fueron planteados en la vía gubernativa no deben tenerse en cuenta al momento de dictar sentencia. Seguidamente se refirió al monto de los pasivos y afirmó que si se tuvieran en cuenta los indicados por el contribuyente en la demanda, se estaría determinando que su monto a diciembre 31 de 1988, sería de $18.621.000, por lo que consideró que no se han desvirtuado los argumentos que tuvo la Administración para imponer la sanción debatida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

LAS PRUEBAS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En primer lugar, observa la Sala que el representante de la entidad demandada parte de la errónea apreciación de calificar como "hechos nuevos" las pruebas aducidas por el demandante ante la jurisdicción y que por no haber sido presentadas en la vía gubernativa, a juicio del apelante, no debieron ser consideradas por el juez contencioso

en virtud de la función "revisora" que atribuye a la jurisdicción y en consecuencia disiente de la valoración y reconocimiento que hace la sentencia de la prueba documental aportada con la demanda.

En innumerables oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre el tema que se debate precisando que con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, desapareció el "juicio de revisión de impuestos", el cual fue sustituido por la "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" consagrada en el artículo 85, situación que significó que el contencioso de impuestos dejó de ser un juicio revisor para convertirse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuya virtud se eliminaron las restricciones probatorias, que únicamente permitían la estimación de las pruebas que hubieren sido presentadas en la vía gubernativa, dándose entrada al régimen probatorio consagrado en el Código de Procedimiento Civil.

Estima la Sección pertinente transcribir, sobre el particular, lo expuesto en la sentencia del 1o. de octubre de 1993, proceso No. 4938, actor: Inmobiliaria Aguila S.A., C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, así:

> "...el procedimiento administrativo, en lo tocante a la valoración de pruebas en juicio, no admite otras limitaciones que las comunes del procedimiento general sobre preclusión de términos e inconducencia, impertinencia, ineficacia, inutilidad o prohibición legal de los medios aducidos.
>
> La tesis de la inadmisibilidad de la prueba en el contencioso fiscal, por falta de su presentación en el proceso gubernativo, pudo tener alguna relevancia mientras rigió el artículo 278 de la Ley 167 de 1941 (que, con todo, no siempre fue norma absoluta, pues permitía estimar las pruebas producidas en el juicio que tuvieran por objeto, "completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa"); pero no desde la vigencia del Decreto 01 de 1984, que no solamente no reprodujo tal restricción, sino que remitió expresamente al procedimiento civil, incluso en materia de las pruebas de oficio, aunque sin perjuicio de la taxatividad de las que esgrimieran las partes, según su artículo 214.
>
> Los argumentos de la apelante, aparte de su evidente carencia de fundamento legal, resultan contrarios, entre otros, a los principios de eficacia, utilidad e interés público de la prueba, no estando llamados a prosperar".

Así mismo, es conveniente precisarle al recurrente, que si al tiempo de impugnarse la resolución sancionatoria a través del recurso de reconsideración, el actor no logró quebrar la legalidad del acto impugnado, no significa que éste y el que lo confirmó, deban entenderse sujetos a la legalidad de manera "definitiva", puesto que en esas condiciones sobraría el control jurisdiccional de la actividad de la Administración y serían nugatorias las previsiones contenidas en la normatividad que lo regula.

SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS - ART. 663 E.T.

Observa la Sala que como las pruebas que acompañó el actor, para comprobar la financiación de sus gastos durante la vigencia fiscal de 1988, no fueron controvertidas

por razón diferente a no haber sido presentadas ante la Administración, concuerda la Sección con la valoración y consideraciones efectuadas por el Tribunal, máxime cuando la Administración desde un principio ha debido caer en la cuenta que las compras con Tarjetas de Crédito comprueban simultáneamente la adquisición de un pasivo por igual valor, lo que constituye explicación según la norma.

Pero, de otra parte, la Sala observa con relación al artículo 663 del E.T. (art. 73 Dcto. 2503/87) que aunque pretendió implantar un control de la declaración de ingresos tributarios, en especial de personas naturales sin contabilidad, a base de un sistema de **auditoría al gasto,** no fue afortunada la redacción puesto que no relaciona todos los posibles factores que deben intervenir en las correspondientes operaciones matemáticas como es el caso de la disposición de efectivo o cartera poseídos con anterioridad o incurre en impropiedades técnicas como sucede al referirse a 'los pasivos adquiridos en el año' y no al incremento de los mismos, o al tratamiento igual o simultáneo a las compras y a los costos y, otros que no es la oportunidad para analizarlos.

Dispone la norma que ante los supuestos allí mal expuestos, como se deja dicho, "el contribuyente podrá ser requerido por la Administración de Impuestos para que explique dicha diferencia" de lo cual se deduce que el requerimiento puede hacerse cuando de las mismas declaraciones no surja justificación alguna y que el contribuyente requerido debe dar explicaciones razonables justipreciadas más con sentido común que bajo un rígido sistema probatorio, porque al fin y al cabo, la disposición se fundamenta en la presunción elemental de que nadie puede gastar más de aquello que tiene o adquiere, a menos que se endeude.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,* ausente.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la sentencia de 1o. de octubre de 1993, proceso No. 4938, Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Actor: Enrique Manuel Orozco Martínez.

SANCION POR NO PRESENTAR DECLARACION-Improcedencia/DECLARACION DE RENTA NO PRESENTADA/FIRMA DE CONTADOR PUBLICO/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA

Los efectos de la firma del contador público en las declaraciones tributarias fue precisado en el artículo 16 del Decreto 3410 de 1983 para efectos de suplir información y pruebas en el denuncio. Pero, el Decreto Extraordinario 3410 de 1983, no contempló como sanción para la falta de firma del contador, que la declaración se tuviera como no presentada. Si bien la Ley 9a de 1983 (art. 71 inciso 2o.) consagraba tal sanción para las declaraciones tributarias, sólo lo hizo respecto de aquellas que no especificaban los factores necesarios para determinar la renta, el patrimonio gravable, las ventas gravables y sus correspondientes impuestos de acuerdo con las exigencias de los formularios oficiales. Fue sólo hasta la expedición del Decreto 2503 de 1987, artículo 14 - literal d) (hoy artículo 580, literal d) del Estatuto Tributario), cuando el legislador previó como consecuencia de la falta de firma del contador en aquellos denuncios que debieran contenerla, que la declaración se tendría por no presentada. En consecuencia, no podía la Administración dar aplicación retroactiva al año de 1985 a una disposición que sólo entró a regir el 29 de diciembre de 1987.

PERSONA NATURAL/SUCESION ILIQUIDA/SUJETO PASIVO DEL IMPORRENTA/PROFESION

En nuestro sistema jurídico tributario no puede afirmarse que la persona natural y la sucesión ilíquida frente al fisco sean idénticos, porque si así

fuera la ley no se había referido a la sucesión ilíquida para efectos impositivos como un sujeto distinto de la persona humana. El artículo 3o. del Decreto 2053 de 1974, precisa en su inciso 2o, que es ilíquida una sucesión, entre la fecha de la muerte del causante y aquella en la que se ejecutoríe la sentencia aprobatoria de la partición, precisando así su término de existencia que es distinta a la de la persona fallecida. De esta manera, mediante una ficción la ley tributaria prorrogó sobre el conjunto de bienes dejados por el decuyus el carácter de sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, para mantener en su cabeza la tributariedad de las obligaciones y derechos hasta la liquidación, pero sin que puedan entenderse también ficticiamente prorrogadas cualidades intrínsecas de la persona que termina con su muerte, como es el de su profesión u oficio.

SUCESION ILIQUIDA/PERSONA NATURAL/SUJETO PASIVO DEL IMPORRENTA/DECLARACION DE RENTA/FIRMA DE CONTADOR PUBLICO

A la sucesión, reconocida por la ley fiscal como contribuyente, no puede atribuírsele una cualidad o condición originada en el trabajo como es, según el artículo 10 del Código de Comercio la de comerciante; tratándose de personas naturales que "profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles..." La obligación de presentar la declaración tributaria con miras a fijar el monto del impuesto surge para cada contribuyente al fenecimiento del respectivo ejercicio fiscal, esto es, por norma general, a diciembre 31 de 1984, fecha en la cual, de acuerdo con las condiciones del sujeto pasivo de la obligación tributaria debe con los requisitos formales exigidos por la ley procedimental en su denuncio fiscal. Entonces si a diciembre 31 de 1984 el sujeto pasivo no era comerciante, no puede exigírsele que presente su declaración firmada por contador. La obligación de presentar declaración de renta firmada por contador público era para los contribuyentes obligados a llevar libros, como son los comerciantes, que pasarán de los correspondientes límites de activos o de ingreso, de donde deduce que no teniendo la calidad citada de comerciante (aún sobrepasando los límites citados), no quedaba obligado a presentarla con firma de contador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5702. Actor: JAIME JOSE ORTIZ BETANCUR C.C. 3.331.477 (Sucesión). Apelación de la sentencia de abril 28 de 1994. Tribunal Administrativo de Antioquia. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Sanción por no declarar año 1984. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 28 de abril de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda formuladas por el contribuyente JAIME JOSE ORTIZ BETANCUR C.C. 3.331.477 (sucesión), contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, le impuso sanción por no presentar declaración tributaria del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1984.

ANTECEDENTES

El 24 de mayo de 1985, con radicación 01147-1200 DIN se presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín un formulario diligenciado de declaración de renta y complementarios para personas naturales y sucesiones ilíquidas, a nombre de JAIME JOSE ORTIZ BETANCUR C.C. 3.331.477, con firma del declarante y espacio en blanco en la casilla destinada para nombre, firma y número de matrícula de contador.

El 24 de julio de 1985 radicación 003396-1191 DIN, se presentó en similares condiciones de firmas un nuevo formulario en el cual se corregía la información tributaria suministrada en el anterior, códigos 85, 93, 98 y 104.

Con posterioridad, el 23 de diciembre de 1985 se presentó un nuevo formulario, para incrementar el impuesto a cargo y el saldo a favor.

Mediante auto comisorio R-012 bis de febrero 19 de 1988 la Administración ordenó la práctica de una inspección tributaria al contribuyente, y como resultado de la misma concluyó que había incumplido el deber de declarar, en razón de que el formulario presentado carecía de la firma de contador público (arts. 12 y 17 Decreto 3410 de 1983 y Decreto 80 de 1984).

El 9 de junio expidió el emplazamiento por no declarar OAE R ED 009 con fundamento en el Decreto 2503 de 1987 artículos 55 y 56.

Emplazamiento al cual dieron respuesta los herederos y cónyuge del contribuyente fallecido alegando que no eran comerciantes y que por lo tanto la sucesión ilíquida no estaba obligada a hacer firmar la declaración de renta por contador.

LA DEMANDA

Agotada la vía gubernativa, acudió el contribuyente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, acusando

al acto administrativo de ser violatorio de los artículos 10o, 12, y 19 numeral 3o. del Código de Comercio; 94 del Código Civil; 7o. inciso 1o. y 580 literal d), 596; 643 y 683 del Estatuto Tributario.

Pues frente a las normas legales vigentes sí cumplió la sucesión con la obligación de presentar la declaración de renta.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda considerando, que si bien era cierto que la calidad de comerciante no se transmitía por causa de muerte, en el *sub-lite* se estaba frente a una situación diferente, en la cual para la fecha de la muerte del causante mayo 10 de 1984, ya se había configurado el presupuesto legal que obligaba a quien declaraba en su nombre, a cumplir con la exigencia prevista en las disposiciones contenidas en los artículos 55 y 56 del Decreto 2503 de 1987, transcritos.

LA APELACION

El apoderado de la actora al apelar la sentencia expresa que no comparte la conclusión a la que llegó el Tribunal, porque a pesar de reconocer "que la calidad de comerciante no se transmite por causa de muerte", equivocadamente sostiene que debía, quien declaró a nombre de la sucesión, cumplir con la exigencia de la firma del contador público en razón de para la fecha del fallecimiento del causante mayo 10 de 1984, ya se había configurado tal obligación, cuando realmente la obligación sólo se consolida al final del ejercicio gravable.

Insiste en el cumplimiento de los requisitos para presentar la declaración tributaria y pide que la sentencia se revoque y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora al alegar de conclusión precisa que es equivocado el argumento expuesto por el *a-quo* en el sentido de que a la fecha del fallecimiento causante ya había existido la obligación de que la declaración de renta del contribuyente fuera firmada por contador público, porque ni siquiera la obligación sustancial, a la cual accede la obligación formal de presentar la declaración, había surgido en tal oportunidad.

En efecto, tales obligaciones principal y accesoria de la sucesión ilíquida, relacionada con el año gravable de 1984, surgieron el 31 de diciembre de 1984, fecha para la cual el causante ya no era comerciante y por ende, no existía desde el 10 de mayo de 1984, uno de los presupuestos legales de hecho para que surgiera la obligación de la firma del contador público.

En otras palabras, las obligaciones tributarias surgieron en cabeza de un sujeto pasivo especial, una sucesión ilíquida, ficción jurídica que no puede tener la calidad de comerciante.

Reitera el cumplimiento de los requisitos exigidos para presentar en su caso la declaración de renta.

La demandada al alegar de conclusión se opone a los argumentos de la actora, porque la legislación tributaria establece una ficción legal, que, asimila fiscalmente a la persona física del causante con la sucesión ilíquida, ambas reguladas por idénticas normas en cuanto a plazos, y formalidades en la presentación de sus denuncios rentísticos; tan así es que se le reconocen a las sucesiones ilíquidas aquellos descuentos constituidos del mínimo vital que corresponderían al causante si estuviera en vida, y se le aplica la tarifa consagrada para las personas físicas.

Por lo tanto, y conforme a la ley, dicha regulación se aplica hasta la fecha en la cual quede ejecutoriada la sentencia aprobatoria de la partición (en este caso, el 5 de diciembre de 1986), como lo preceptúa el artículo 7o. del Estatuto Tributario (antes artículo 3o. del Decreto 2053 de 1974), los que transcribe.

Concluye que dada la igualdad en el tratamiento fiscal, de una parte, y que como en la declaración inicial como en la corrección informó un patrimonio e ingresos brutos por encima de los topes exigidos en la ley para los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, los cuales confome a la normatividad aplicable (artículos 12 y 17 Decreto 3410 de 1983), debía presentar la declaración de renta y complementarios firmada por contador público, lo cual no hizo el contribuyente de autos, a pesar de las solicitudes del 7 de diciembre de 1987, en la cual se le otorgó un plazo de 15 días para subsanar dicha deficiencia y del emplazamiento del 9 de junio de 1988, en donde se concedió un término de un mes para presentar la declaración en debida forma, la Administración obró ajustada a derecho al proferir la resolución No. 002 del 11 de abril de 1990, en donde, con fundamento en el artículo 56 del Decreto 2503 de 1987 se le impuso sanción al contribuyente, equivalente al 20% del valor de los ingresos brutos por $6.957.647, teniendo como base para aplicar la suma de $34.788.233, declarada.

Pide se confirme la sentencia o en subsidio se declare en firme la liquidación privada presentada por el contribuyente.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación no presentó actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tres son los aspectos sobre los cuales gira la controversia en este caso:

- La calidad de comerciante, su pérdida por el hecho de la muerte.

- Obligación de firma de la declaración por contador público.

- Consecuencias que se derivan del incumplimiento de tal obligación.

1o.- La calidad de comerciante - Fallecido de la persona natural.

La persona humana es sujeto de derecho y obligaciones y además le son inherentes una serie de cualidades que por ser inherentes a su condición humana perecen con ella porque "la existencia de las personas termina con la muerte...", según el artículo 94 del Código Civil. Distinto es el caso de los derechos y obligaciones que se les difieren a éstos, precisamente por causa de la muerte y que comprende los bienes, los derechos, las acciones y las obligaciones del difunto, de carácter patrimonial, pero en manera alguna puede predicarse que los atributos o cualidades intrínsecas a la persona humana, que desaparecen al fenecer el individuo, se transmitan también a los herederos.

En nuestro sistema jurídico tributario no puede afirmarse que la persona natural y la sucesión ilíquida frente al fisco sean idénticos, por que si así fuera la ley no se había referido a la sucesión ilíquida para efectos impositivos como un sujeto distinto de la persona humana.

En efecto el Decreto 2053 de 1974, vigente para el año de 1984, en su artículo 5o. numeral 1o., 7o., 9o. y 11 se refiere a las personas naturales, las sucesiones ilíquidas, y a los bienes destinados a fines especiales (asignaciones o donaciones modales) para someterlas a una misma tributación, pero sin que en manera alguna disponga que son un sujeto idéntico.

El mismo artículo 3o. del Decreto 2053 de 1974, precisa en su inciso 2o., que es ilíquida una sucesión, entre la fecha de la muerte del causante y aquella en la que se ejecutoríe la sentencia aprobatoria de la partición, precisando así su término de existencia que es distinta a la de la persona fallecida.

De esta manera, mediante una ficción la ley tributaria prorrogó sobre el conjunto de bienes dejados por el decuyus el carácter de sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, para mantener en su cabeza la tributariedad de las obligaciones y derechos hasta la liquidación, pero sin que puedan entenderse también ficticiamente prorrogadas cualidades intrínsecas de la persona que termina con su muerte, como es el de su profesión u oficio.

A la sucesión, reconocida por la ley fiscal como contribuyente, no puede atribuírsele una cualidad o condición originada en el trabajo como es, según el artículo 10 del Código de Comercio la de comerciante; tratándose de personas naturales que "profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles..."

La obligación de presentar la declaración tributaria com miras a fijar el monto del impuesto surge para cada contribuyente al fenecimiento del respectivo ejercicio fiscal,

esto es, por norma general, a diciembre 31 de 1984, fecha en la cual, de acuerdo con las condiciones del sujeto pasivo de la obligación tributaria debe cumplir con los requisitos formales exigidos por la ley procedimental en su denuncio fiscal. Entonces si a diciembre 31 de 1984 el sujeto pasivo no era comerciante, no puede exigírsele que presente su declaración firmada por contador.

2o.- Para la fecha en que la actora presentó su declaración tributaria se encontraba vigente el artículo 12 del Decreto Extraordinario 3410 de 1983 que disponía:

> "Para efectos de cumplir con el deber formal de declarar los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar la declaración de renta y complementarios firmada por el revisor fiscal, cuando de acuerdo con el Código de Comercio y demás normas vigentes sobre la materia, estén obligados a tener revisor fiscal.
>
> "Para los mismos efectos, **los demás contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad** deberán presentar la declaración de renta y complementarios firmada por contador público, vinculado o no laboralmente a la empresa, cuando el patrimonio bruto en el último día del año o período gavable sea superior a veinte millones de pesos ($20.000.000), o cuando los ingresos brutos anuales sean superiores a treinta millones de pesos (hoy ($30.000.000) (Subraya la Sala).

La obligación de presentar declaración de renta firmada por contador público era para los contribuyentes obligados a llevar libros, como son los comerciantes, que pasaran de los correspondientes límites de activos o de ingreso, de donde se deduce que no teniendo la calidad citada de comerciante (aún sobrepasando los límites citados), no quedaba obligado a presentarla con firma de contador.

3o.- Además, los efectos de la firma del contador público en las declaraciones tributarias fue precisado en el artículo 16 del Decreto 3410 de 1983 (*ibídem*), para efectos de suplir información y pruebas en el denuncio. Pero, el Decreto Extraordinario 3410 de 1983, no contempló como sanción para la falta de firma del contador, que la declaración se tuviera como no presentada.

Si bien la Ley 9a. de 1983 (artículo 71 inciso 2o.) consagraba tal sanción para las declaraciones tributarias, sólo lo hizo respecto de aquellas que no especificaban los factores necesarios para determinar la renta, el patrimonio gravable, las ventas gravables y sus correspondientes impuestos de acuerdo con las exigencias de los formularios oficiales.

Fue sólo hasta la expedición del Decreto 2503 de 1987, artículo 14, literal d) (hoy artículo 580 literal d) del Estatuto Tributario), cuando el legislador previó como consecuencia de la falta de firma del contador en aquellos denuncios que debieran

contenerla, que la declaración se tendría por no presentada. En consecuencia, no podía la Administración dar aplicación retroactiva al año de 1985 a una disposición que sólo entró a regir después del 29 de diciembre de 1987.

Presentada entonces la declaración del impuesto sobre la renta por el contribuyente antes de la expedición de dicha norma, el emplazamiento para declarar con invocación del artículo 55 del Decreto 2503 de 1987, que efectuó la Administración, no fue legal, como tampoco lo fue la sanción impuesta con invocación del artículo 56 del mismo decreto, pues tales sanciones sólo podían imponerse para declaraciones presentadas con posterioridad a su vigencia.

Se concluye así, que efectivamente la Administración al expedir los actos acusados, incurrió en violación por indebida aplicación de los artículos 580 literal d) y 646 del Estatuto Tributario; 10, 12 y 19 del Código de Comercio, normas que identifica la demanda. En consecuencia los actos administrativos deberán ser anulados, previa revocación de la sentencia del Tribunal que los confirmó.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.- **REVOCASE** la sentencia apelada.

2.- **ANULANSE** las resoluciones E.D. 002 de abril 11 de 1990 y 0051 del 8 de mayo de 1991 expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

3.- A título de restablecimiento del derecho declárese que Jaime José Ortiz Betancur C.C. 3.331.477 (sucesión) no está obligado a pagar la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($6.957.647) impuesta en los actos anulados a título de sanción por no presentar declaración de renta correspondiente al año gravable de 1984.

4.- **RECONOCESE** personería al doctor Luis Alberto Sandoval Navas a términos del poder que obra a folios 123 del cuaderno principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SENTENCIA JUDICIAL-Obligatoriedad/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia/**BONOS DE GUERRA**-Deducción/**BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA**

Como una de las normas aducidas como violadas es la sentencia de la Corte Constitucional 149 de 22 de abril de 1993 mediante la cual se ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público "reintegrar en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del art. 17 de la Ley 6 de 1992. Considera la Sala que la sentencia citada no puede ser materia de estudio para la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional; pues, no se trata de una norma y sabido es que el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo establece como requisito para decretar la suspensión provisional que basta que haya una violación de una norma superior a través de una simple confrontación, por lo tanto, no cumple con las exigencias del artículo citado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5804. Actor: Gabriel Cuero Vallecilla. C/La Nación. Nulidad y suspensión provisional. Auto.

Decide la Sala sobre la admisión de la demanda de nulidad presentada por el ciudadano GABRIEL CUERO VALLECILLA contra el Decreto Reglamentario 841

de 1993 expedido por el Gobierno Nacional del cual se demanda el inciso último del artículo 6o.

ACTO ACUSADO

El demandante allegó un ejemplar del Diario Oficial No. 40.864 del 7 de mayo de 1993 en 8 páginas, en el cual aparece publicado el Decreto Reglamentario No. 841 de 1993 "por el cual se adoptan medidas para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional" y del que se demanda el precepto que a continuación se transcribe.

"Art. 6: Reintegro de la Inversión.

"....

"Los tenedores que no soliciten el reintegro en la oportunidad indicada en el inciso segundo de este artículo podrán obtenerlo de conformidad con el procedimiento ordinario de devoluciones de impuestos."

LA DEMANDA

Solicita el actor, que se decrete la nulidad del precepto citado por violación del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991; artículo 189, ordinal 10 de la Constitución Política por cuanto es un desacato a una providencia judicial, que por mandato del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, el señor Presidente y el Ministro de Hacienda y Crédito Público estaban obligados a acatar.

Con relación a las normas que se predican como violadas se expone el concepto de la violación.

Se admite la demanda por cuanto reúne los requisitos formales.

SUSPENSION PROVISIONAL

De modo expreso en la demanda, se solicita la suspensión provisional del acto acusado considerando que tal medida debe recaer sobre el precepto citado por cuanto "viola la sentencia C-149 de abril 22 de 1993 de la Corte Constitucional y del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 por cuanto de una simple confrontación de este acto administrativo con la parte resolutiva de la sentencia citada se quebrantó la ley al no acatar la orden expresa y de obligatorio cumplimiento que impartió la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo prevé los requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, aspecto que examina la Sala a continuación.

En primer lugar, la solicitud de suspensión provisional se presentó con la demanda y fue sustentada conforme lo prevé la norma antes mencionada (ver folios 4/5).

En segundo lugar debe aparecer manifiesta la violación de las normas que sirvieron de fundamento al acto demandado, precepto respecto del cual, esta Corporación ha dicho de manera reiterada que tal violación debe surgir *prima facie,* sin que sean necesarios profundos análisis o complejas reflexiones para poder establecerla.

El ciudadano demandante al sustentar la solicitud de suspensión provisional del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 841 de mayo 6 de 1993, afirma que se violó la sentencia de la Corte Constitucional y el artículo 21 del Decreto 2067 de 1961 que establece la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias proferidas por la Corte para todas las autoridades y los particulares.

Analiza la Corporación que como una de las normas aducidas como violadas es la sentencia de la Corte Constitucional 149 del 22 de abril de 1993 mediante la cual se ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público "reintegrar en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6a. de 1992". Considera la Sala que la sentencia citada no puede ser materia de estudio para la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional; pues, no se trata de una norma y sabido es que el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo establece como requisito para decretar la suspensión provisional que: basta que haya una violación de una norma superior a través de una simple confrontación, por lo tanto, no cumple con las exigencias del artículo citado.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

En segundo lugar, de la confrontación del Decreto Reglamentario demandado y el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 no salta a la vista la violación alegada, como exige el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la norma acusada se dictó según reza su epígrafe para adoptar "medidas para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional", y aparentemente, por lo menos, el Ejecutivo estaría cumpliendo con lo que ella estableció.

En conclusión no es evidente la vulneración manifiesta exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo; por consiguiente, no prosperan los cargos y en consecuencia, no se accederá a decretar la suspensión provisional de la norma acusada.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1o.- **ADMITESE** la demanda presentada por el ciudadano **GABRIEL CUERO VALLECILLA** contra el Decreto Reglamentario 841 de 1993 expedido por el Gobierno Nacional del cual se demanda el último inciso del artículo 6o.

Se dispone:

a) **NOTIFIQUESE** al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Agente del Ministerio Público.

b) **FIJESE** en lista por el término legal.

c) **SOLICITESE** al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, la remisión con destino a este expediente de los antecedentes administrativos si los hubiere.

2o.- **NIEGASE** la suspensión provisional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

BENEFICIO DE AUDITORIA-Facultad Potestativa/**INFORMACION TRIBUTARIA/DECLARACION DE RENTA**

No cabe duda que apartir de la expedición de la Ley 50 de 1984, el beneficio de auditoría, sufrió modificación, en el sentido de que se estableció con carácter potestativo del Gobierno Nacional, esto es, que podía establecerlo o no, para estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, "en los reglamentos" expedidos para efectos de las informaciones requeridas para las declaraciones tributarias, por ello la citada ley, modificó de manera expresa los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983. Con esta nueva regulación, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto Reglamentario 3834 de 1985, en cuyos artículos 9 y 10, consagró el beneficio de auditoría, para el año gravable de 1985, indicando el porcentaje, condiciones y requisitos para el efecto. Y, para el año gravable de 1986, en el Decreto Reglamentario 451 de 1987, relacionado con las declaraciones tributarias del año gravable de 1986, no lo estableció. Así las cosas, a juicio de la Sala, y como quiera que de conformidad con la Ley 50 de 1984, la facultad de conceder el beneficio de auditoría era potestativo del Gobierno Nacional, no obligatorio, el no haberlo establecido en el decreto reglamentario para efectos de las declaraciones de renta del año gravable de 1986, significa que fue voluntad del Gobierno no otorgarlo para la vigencia fiscal de 1986, lo cual es acorde con lo previsto en la citada ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5124. Actor: Inmobiliaria Progreso S.A. Impuesto Renta y Complementarios. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contra la sentencia del 22 de junio de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la sociedad INMOBILIARIA PROGRESO S.A., para impugnar la operación administrativa por la cual la Administración Especial de Impuestos Nacionales -Personas Jurídicas- de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1986.

ANTECEDENTES:

Con base en el resultado de inspección contable y requerimiento especial No.000118 del 27 de julio de 1989, al que la sociedad no dio respuesta, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos-Personas Jurídicas de Bogotá, le practicó la liquidación de revisión No.00001 del 25 de enero de 1990, en la cual modificó su liquidación privada del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1986, determinándole mayores impuestos y sanción por inexactitud, como consecuencia de lo siguiente: 1) adición de ingresos, 2) desconocimiento de costos y deducciones, 3) desconocimiento de costos y gastos diferidos.

Inconforme con el acto liquidatorio de los impuestos, la sociedad interpuso el recurso de reconsideración alegando improcedencia de la inspección contable, del requerimiento especial y por ende la liquidación de revisión por encontrarse amparada con el beneficio de auditoría. De manera subsidiaria impugnó los hechos que originaron los mayores impuestos y la sanción por inexactitud.

Por medio de la Resolución No. 0021 del 18 de enero de 1991, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración decidió el recurso incoado en forma parcialmente favorable al peticionario. Señaló que la sociedad no tenía derecho al beneficio de auditoría alegado, por cuanto para el año gravable de 1986, el Gobierno no había expedido las normas tendientes a reglamentar dicho beneficio. Por lo demás, confirmó la mayor parte de los hechos que originaron los mayores impuestos, excepto lo relacionado con costos en construcción que reconoció, por lo que practicó nueva liquidación de impuestos.

LA DEMANDA:

El apoderado de la sociedad actora consideró vulneradas las siguientes disposiciones:

Los artículos 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983 (norma general sobre auditoría); artículos 9 y 10 del Decreto 3834 de 1985; artículo 689 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario); artículos 71 y 72 del Código Civil (vigencia de la Ley) y, artículos 2, 3 y 8 de la Ley 153 de 1887; en cuanto se desconoció el beneficio de auditoría argumentando que el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 había derogado los artículos 13 y 14 del Decreto Extraordinario 3410 de 1983, siendo que dichas normas rigieron hasta el año gravable de 1986, por cuanto a la fecha de su derogatoria (17 de diciembre de 1987) ya había transcurrido el año fiscal de 1986.

Los artículos 683, 742, 754, 743, 745, 746, 750, 752, 777 del Estatuto Tributario; artículos 174, 176, 187, 248 del Código de Procedimiento Civil y 26 de la Constitución Nacional, por cuanto la Administración adicionó las ventas declaradas con la suma de $ 4.625.000, fundamentada en simples presunciones e indicios sin demostración legal alguna, y pasando por alto la presunción de veracidad que ampara la declaración tributaria.

El artículo 49 del Decreto 3803 de 1982 (hoy artículo 647 del Estatuto Tributario) en la medida en que la Administración no demostró la inexactitud, puesto que según sentencia del Consejo de Estado "...no basta establecer que la contabilidad no cumple con los requisitos legales; tal deficiencia la priva de efectos probatorios en favor de quien la eleva, pero no implica por sí sola la inexactitud de la declaración".

LA SENTENCIA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 22 de junio de 1993, acogió las súplicas de la demanda encaminadas a obtener la nulidad de los costos administrativos acusados, y la confirmación de la liquidación privada.

Precisó el Tribunal, que el artículo 14 del Decreto 3410 de 1983, estableció el beneficio de auditoría y que a su vez el artículo 18 de la Ley 50 de 1984, indicó que "Con el fin de estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes el Gobierno Nacional en los reglamentos, podrá reducir la información tributaria de la declaración de renta para aquellos contribuyentes que incrementen su tributación en los porcentajes que al respecto se señalen".

Que para los años gravables de 1984 y 1985, según la propia Administración, se expidieron los Decretos 3139 de 1984 y 3834 de 1985, y aunque el artículo 9o. de este último hace referencia al año gravable de 1985, el artículo 10 ib., es de carácter general, "y por ende aplicable aún en el caso de que no se expida reglamento para el año fiscal posterior (1986) pues el beneficio se derogó expresamente sólo con la expedición del Decreto 2503 de 1987, que cubría la vigencia fiscal de 1987, pero no la de 1986..."

Así consideró que para el año gravable de 1986, estaba vigente el beneficio de auditoría, por lo que el mismo debió aplicarse de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto 3834 de 1985, sin limitación de año gravable, pues el mismo preámbulo expresa que además de fijar los plazos y lugares para la presentación de las declaraciones tributarias para el año gravable de 1985, se dictan otras disposiciones, y agrega, que como la Administración en el presente caso no demostró que la sociedad incumplió los requisitos estipulados en los artículos 9 y 10 ib. surge que el requerimiento especial no provino de la selección de programas de computador, razón por la cual estimó que la actuación administrativa violó las normas que establecen el beneficio de auditoría por lo que debe confirmarse la liquidación privada.

Contrario a esta decisión es el salvamento de voto que obra al folio 223 del C. P. según el cual "... para la vigencia fiscal de 1986 no eran aplicables los porcentajes relativos al beneficio de auditoría por falta de reglamentación, por ello consideró que la accionante no podía aplicar para 1986, el artículo 9o. del Decreto 3834 de 1985, referente al año gravable de 1985".

LA APELACION:

La entidad demandada solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las súplicas de la demanda por cuanto que en ella el Tribunal desconoce los motivos y requisitos que estableció el legislador ordinario al establecer el beneficio de auditoría.

Seguidamente reproduce los artículos 10 y 11 del Decreto 3410 de 1984 y 18 de la Ley 50 de 1984, para señalar que el beneficio de auditoría fue consagrado como un incentivo tributario para los contribuyentes que incrementaran el impuesto liquidado en el año inmediatamente anterior de acuerdo con el monto fijado por el Gobierno Nacional. Que dicho beneficio parte de la base que el contribuyente declara la totalidad de sus ingresos y que solicita sólo los costos y gastos autorizados en la ley, y que por haber incrementado su procentaje de tributación sólo puede ser fiscalizado cuando "la investigación que dio origen al requerimiento especial provino de la selección basada en programas de computador. Que no puede aceptarse que el Decreto 3834 de 1985, se aplique al año gravable de 1986, porque dicha disposición es reglamentaria de la Ley 50 de 1984, única y exclusivamente para el año gravable de 1985, y siendo un decreto reglamentario no puede dársele un alcance diferente de permitir el cumplimiento del beneficio de auditoría para el año gravable de 1985.

Al señalar la ley que correspondía al Gobierno Nacional establecer mediante reglamento las condiciones que permitieran garantizar que la investigación que diera origen a la liquidación de revisión proviniera de una selección basada en programas de computador imponía la obligación de señalar mediante decreto reglamentario para cada año gravable los porcentajes en los cuales debía incrementarse la tributación con relación al año anterior.

Por ello el Gobierno Nacional expidió los Decretos 3410 de 1984 y 3834 de 1985, para los años gravables de 1984 y 1985, pero no para el año gravable de 1986, porque para establecer el índice de incremento se requería haber realizado los programas de computador basados en los índices de tributación del año gravable de 1985; en consecuencia al no existir reglamento para el año gravable de 1985, no es procedente el beneficio de auditoría para este año gravable, y por ende no se configura violación de las normas que no eran aplicables al año gravable de 1985.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El representante judicial de la sociedad actora se opone a las pretensiones del apelante y para refutar los argumentos expuestos, manifiesta en síntesis que:

El beneficio de auditoría por el año gravable de 1986, era procedente de conformidad con lo establecido en el Decreto 3410 de 1983, norma de carácter general que estuvo vigente hasta el 29 de diciembre de 1987, fecha en al cual fue derogado por el artículo 154 de Decreto 2503 del mismo año.

El hecho de que no hubiera sido reglamentado para el año gravable de 1986, no le resta eficacia a la norma general, "porque no se puede alegar la falta de reglamentación de una norma para hacer nugatoria su aplicación"; porque la norma general en ninguna parte señala que debe reglamentar para cada año gravable; y porque si no se reglamentó esta deficiencia no puede afectar al contribuyente que actuó de buena fe.

Por tanto, solicita a la Corporación como petición principal, confirmar la sentencia del Tribunal; subsidiariamente, solicita se tengan en cuenta los costos y deducciones con fundamento en el artículo 781 del Estatuto Tributario.

La entidad demandada al alegar de conclusión reitera que el beneficio de auditoría se estableció en el Decreto 3410 de 1983, pero que para el año gravable de 1986, no operaba porque el mismo fue modificado de manera expresa en los artículos 18 y 22 de la Ley 54 de 1984, en donde se modificaron las normas que la establecían, los artículos 10, 13 y 14 del citado Decreto 3410 de 1983; y la nueva norma exigió que para efectos del beneficio de auditoría el Gobierno debía reglamentar las condiciones y requisitos, lo que sólo hizo para los años gravables de 1984 y 1985, pero no para 1986, no obstante haber expedido el correspondiente Decreto 451 para las formalidades de las declaraciones del año gravable de 1985.

Por tanto, considera equivocado la aplicación que del artículo 10 del Decreto 3410 de 1983, hizo el Tribunal en la sentencia apelada. Adicionalmente se refiere a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 1983 (sic) que declaró la inexequibilidad del artículo 10 del Decreto 3410 de 1983.

Con los argumentos que anteceden ratifica la improcedencia de aplicación del beneficio de auditoría para el año gravable de 1986, por falta de reglamentación requerida para el efecto.

La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado no intervino en este proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El problema jurídico que debe resolver la Sala, en virtud de la apelación interpuesta por la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales, se contrae a determinar si para el año gravable de 1986, era procedente aplicar el denominado "beneficio de auditoría" de que tratan los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983, 9 y 10 del Decreto 3834 de 1985, y la Ley 54 de 1984.

Observa la Sala, que el Decreto Extraordinario 3410 de 1983, fue el que inicialmente estableció el denominado beneficio de auditoría para los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios, a través del cual se exoneraba de algunas informaciones las declaraciones tributarias, en la medida en que el contribuyente se autoliquidara un mayor impuesto en el porcentaje estipulado para el efecto; lo que a su vez lo exoneraba de liquidación de revisión, excepto, que la investigación base del requerimiento especial proviniera de selección basada en programas de computador.

Fue así como el Decreto 080 de 1984, por el cual el Gobierno Nacional, dictó las "... disposiciones reglamentarias en materia de declaración de renta y complementarios por el año gravable de 1983..." en sus artículos 13 y 14, señaló las condiciones y requisitos para efectos del llamado beneficio de auditoría para el año gravable de 1983. Por su parte el Decreto 3139 de 1984, lo reglamentó para el año gravable de 1984.

Posteriormente, mediante la Ley 50 del 27 de diciembre de 1984, se modificaron los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983, en el artículo 22, y en el artículo 18 se concedió facultad al Gobierno Nacional para reducir la información tributaria de las declaraciones de los contribuyentes que incrementen su tributación (de manera potestativa) al señalar:

> "Artículo 18. Con el fin de estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, **el Gobierno Nacional, en los reglamentos, podrá reducir la información tributaria de la declaración de renta para aquellos contribuyentes que incrementen su tributación** en los porcentajes que al respecto se señalen.
>
> "El Gobierno señalará, mediante reglamentos, las condiciones, en virtud de las cuales, se garantice a tales contribuyentes que la investigación que da origen a la liquidación de revisión, debe provenir de una selección basada en programas de computador" (Subraya la Sala).

Para la Sala, no cabe duda que a partir de la expedición de la Ley 50 de 1984, el beneficio de auditoría, sufrió modificación, en el sentido de que se estableció con

carácter potestativo del Gobierno Nacional, esto es, que podía establecerlo o no, para estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, "en los reglamentos" expedidos para efectos de las informaciones requeridas para las declaraciones tributarias, por ello la citada ley, modificó de manera expresa los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983.

Con esta nueva regulación, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto Reglamentario 3834 de 1985, en cuyos artículos 9 y 10, consagró el beneficio de auditoría, para el año gravable de 1985, indicando el porcentaje, condiciones y requisitos para el efecto. Y, para el año gravable de 1986, en el Decreto Reglamentario 451 de 1987, relacionado con las declaraciones tributarias del año gravable de 1986, no lo estableció.

Así las cosas, a juicio de la Sala, y como quiera que de conformidad con la Ley 50 de 1984, la facultad de conceder el beneficio de auditoría era potestativo del Gobierno Nacional, no obligatorio, el no haberlo establecido en el decreto reglamentario para efectos de la declaraciones de renta del año gravable de 1986, significa que fue voluntad del Gobierno no otorgarlo para la vigencia fiscal de 1986, lo cual es acorde con lo previsto en la citada ley.

Por tanto, no es correcto la aplicación que del artículo 10 del Decreto 3834 de 1985, hizo el Tribunal, para aceptar el beneficio de auditoría por el año gravable en discusión (1986) pues esta disposición no tiene el carácter general que le endilga y junto con el artículo 9 ib. establece el beneficio de auditoría para el "año gravable de 1985" atendiendo a la nueva regulación de la Ley 54 de 1985, que como se vio modificó los artículos 10, 13 y 14 del Decreto 3410 de 1983, aspecto que no tuvo en cuenta el apoderado de la actora, y tampoco el Tribunal *a-quo*, al resolver la controversia que al respecto se planteó.

En efecto, los artículos 9 y 10 del Decreto 3410 de 1985, consagran:

> "Cuando los contribuyentes incrementen su impuesto a cargo, por concepto de renta, ganancias ocasionales y patrimonio **por el año gravable de 1985** por lo menos en un 29% con relación al impuesto autoliquidado por los mismos conceptos en el año gravable de 1984, solamente deberán presentar la información tributaria a que se refieren los siguientes artículos del Decreto 3410 de 1983..."
>
> "**Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios** obligados a llevar libros de contabilidad **cuyo impuesto a cargo cumpla los requisitos establecidos en el artículo anterior** y presente su declaración de renta firmada por contador público o revisor fiscal, según corresponda, solamente podrá ser objeto de liquidación de revisión cuando la investigación que sirvió de fundamento al requerimiento especial provenga de una selección basada en programas de computador elaborados mediante la aplicación de índices de tributación y siempre y cuando el contribuyente se encuentre por debajo del respectivo índice.".

"Los contribuyentes que no presenten su declaración de renta firmada por contador público o que no estén obligados a llevar libros de contabilidad gozarán del beneficio establecido en este artículo siempre y cuando incrementen su impuesto a cargo por lo menos en un 34% y cumplan los démas requisitos previstos en el artículo anterior" (Subraya la Sala).

Es evidente que las normas anteriores consagran el beneficio de auditoría para el año gravable de 1985, y que dados los presupuestos que deben tenerse en cuenta para la concreción de tal beneficio (información tributaria a exonerar, porcentaje del impuesto a incrementar, índices de tributación, etc.) es improcedente como lo pretende el demandante la aplicación de las normas que consagran de manera clara y expresa dicho beneficio para otra vigencia fiscal, el cual además como se observó, podía o no establecerlo el Gobierno Nacional, y en el primer caso, debía expedir la correspondiente reglamentación, conforme a lo ordenado en la Ley 50 de 1984, y al no haberlo hecho debe colegirse que para el año gravable de 1986, no operó el beneficio de auditoría.

En consecuencia, la objeción formulada por la representante judicial de la entidad demandada está llamada a prosperar, por lo que habrá de revocarse la decisión del Tribunal.

Respecto a la inconformidad que plantea el apoderado de la sociedad actora, bajo el acápite de "petición subsidiaria", en el alegato de conclusión presentado en la segunda instancia, relacionada con los cargos expuestos en el libelo demandatorio tendiente a desvirtuar el desconocimiento de los costos y gastos por parte de las oficinas de impuestos, la Sala observa que no es procedente avocar el conocimiento de tales puntos en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, armónico con el artículo 353 ib. aplicables al proceso contencioso por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Conforme a la primera disposición citada, la competencia del superior para conocer de la apelación "...se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso, salvo que en razón de la reforma fuera indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

Como en el presente caso, la parte actora no adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, quien apeló sólo en lo que la desfavoreció, de acuerdo con la regla procesal anterior no es procedente avocar el conocimiento sobre los puntos que en forma subsidiaria formula el apoderado de la actora en el alegato de conclusión.

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia del 22 de junio de 1993, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad INMOBILIARIA EL PROGRESO S.A., contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1986.

2o. Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

LEY POR ANALOGIA-Improcedencia/**PRINCIPIO DE DERECHO PENAL**-Improcedencia/**PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL**-Improcedencia

Conforme al artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, hay lugar a la aplicación analógica del derecho "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido" aplicación extensiva que tiene por objeto llenar los vacíos que se encuentren en los textos, acudiendo a las disposiciones que "regulan casos o materias semejantes", y en su derecho, a la "doctrina constitucional y las reglas generales del derecho", según las voces de la disposición, presupuestos que evidentemente no se configuran en el asunto *sub-júdice* porque en la normatividad que regula el caso *sub-lite* no existe vacío normativo alguno, que requiera la aplicación analógica de los principios del derecho punitivo, invocado por la sociedad actora. Tampoco es posible dar aplicación, como lo solicita la sociedad actora, al artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en materia de rebaja de penas, puesto que tal disposición indica la forma en que debe aplicarse la previsión del artículo 44 *ibídem*, que está referida de manera exclusiva a la materia penal, en la forma como claramente lo prevé así: "En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere..."

LEY SUSTANTIVA/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO/PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DEL IMPUESTO/LEY-Vigencia

Teniendo el carácter de "ley sustantiva" las disposiciones regulan conductas e imponen sanciones y las cuantifican, éstas deben ser preexistentes al hecho sancionado y su aplicación en manera alguna puede ser retroactiva, en virtud de los principios de legalidad e

irretroactividad, consagrados en el ordenamiento positivo aún antes de la expedición de la Carta de 1991. Conforme al principio de irretroactividad, la ley rige hacia el futuro y la norma sustancial se aplica a los hechos o situaciones de hecho ocurridas bajo su vigencia, y su observancia es obligatoria en virtud de su promulgación del modo como lo establecen los artículos 52 a 56 del C. de R. P. y M. Conforme al artículo 363 de la Constitución de 1991, "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"; por tanto, darle aplicación a una disposición dictada con posterioridad a la ocurrencia del hecho sancionado, so pretexto de aplicar el principio de favorabilidad en materia penal -que es excepción al de irretroactividad-, constituiría violación del canon que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las disposiciones tributarias.

LEY SUSTANTIVA-Aplicación/**LEY PROCEDIMENTAL**-Aplicación/**LEY EN EL TIEMPO**

Otra es la situación en relación con las normas procedimentales o instrumentales, que conforme su carácter de orden público (art. 6o. del C.P.C.) son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, según las voces del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, con la excepción que él mismo contempla. De manera que las previsiones contenidas en normas sustantivas se aplican a los hechos ocurridos bajo su vigencia, y los procedimientos aplicables para hacer efectivas sus disposiciones son los vigentes en la época en que éstos se adelanten. Aún cuando los actos determinativos se dicten, discutan y definan con posterioridad a la derogatoria o modificación de la ley sustancial que les dio fundamento.

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD-Procedencia/**LEY SUSTANCIAL/ CORRECCION DE DECLARACION/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

El hecho de que la Ley 49 de 28 de diciembre de 1990, hubiese modificado, para atenuarlo, el monto de la sanción, por extemporaneidad en la presentación de la declaración no variaba la situación de la sociedad actora, pues lo cierto es que desde mucho tiempo antes de su vigencia había ocurrido el hecho sancionado y en nada afectaba su sustento ni cuantificación la expedición de la nueva ley. De esta forma, la actuación administrativa se ajustó a la legalidad, pues si el hecho sancionado fue la presentación extemporánea de la declaración en el año de 1990 y no su corrección hecha a instancias de la Administración en 1992, mal podía la norma vigente a la época de la corrección, pues justamente el cumplimiento extemporáneo de la obligación formal de declarar es el hecho sancionado; y conforme se ha precisado a lo largo de esta providencia, la disposición sustantiva aplicable era la vigente en el

momento en que se configuró tal hecho, en forma independiente de que con posterioridad se haya adelantado el proceso oficial de fiscalización y revisión de la liquidación efectuada por la sociedad actora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5658. Actor: Sociedad Exportadora de Café de las Cooperativas de Caficultures Ltda. "Expocafé Ltda." Sanción por Extemporaneidad. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial de la demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de marzo de 1994, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que reliquidaron la sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración del impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre de 1990, a cargo de la actora.

ANTECEDENTES

La sociedad EXPORTADORA DE CAFE DE LAS COOPERATIVAS DE CAFICULTORES LTDA., presentó extemporáneamente la declaración del impuesto sobre las ventas por el bimestre mayo-junio de 1990, el día 22 de agosto de 1990, en el Banco de Caldas Sucursal Avenida Chile. En dicha declaración la sociedad se liquidó y canceló sanción por extemporaneidad en cuantía de $16.000.

En atención a la solicitud efectuada por la Administración, en sentido de que se corrigiera la declaración y se liquidaran correctamente las sanciones por extemporaneidad y corrección, la sociedad procedió a corregir su denuncio el día 5 de febrero de 1992, liquidándose la sanción de conformidad con lo previsto en el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, en cuantía de 10'421.000.

El 30 de marzo de 1992, mediante resolución 009, la División de Liquidación de la Administración de Grandes Contribuyentes de Santafé de Bogotá, reliquidó incrementadas a $36'544.000, las respectivas sanciones, en consideración a que "no se puede aplicar el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, sobre un hecho sucedido bajo la vigencia normativa del artículo 641 del E.T. y en tal virtud debió proceder a corregir conforme a dicha disposición". Actuación que fue confirmada a través de la resolución 47047 del 21 de septiembre de 1992, que desató el recurso de reconsideración interpuesto.

DEMANDA

Adujo el señor apoderado de la sociedad que la Administración pretende aplicar el artículo 641 del E.T., sin tener en cuenta la modificación que le introdujo el artículo

53 de la Ley 49 de 1990, aplicando una sanción más gravosa que la vigente al momento en que la sociedad corrigió su declaración inicial del impuesto sobre las ventas.

Explicó violado el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 en materia de insubsistencia de disposiciones, por cuanto para la fecha en que la Administración aplicó la sanción por reliquidación de sanciones, el artículo 641 del E.T. había sido subrogado parcialmente por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, de manera que no podía con base en una norma que ya había perdido su vigencia, liquidar la sanción, haciendo más gravosa la situación de la sociedad.

Manifestó en la demanda que el artículo 53 de la Ley 49, atenuó el efecto de la sanción por extemporaneidad cuando en la declaración no resulte impuesto a cargo, base para liquidar la sanción, fijando varias opciones de las cuales el contribuyente debe optar por la más favorable. Que la Administración al aplicar una sanción más gravosa desconoció las razones que indujeron al Congreso a modificarla, disminuyendo su efecto económico a cargo del contribuyente.

A juicio de la demanda la nueva disposición por ser más favorable debe aplicarse a situaciones por definir o en proceso de reclamación aún cuando se hayan producido en vigencia de la ley anterior, de no procederse así se viola el artículo 29 de la Constitución que consagra el principio de aplicación de la ley favorable así sea posterior. Que en ese sentido lo sostuvo esta Corporación en sentencias del 4 de octubre de 1991 y 13 de diciembre de 1991, cuyos apartes transcribió.

OPOSICION

La representante judicial de la Administración en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, pues estimó que contrariamente a lo que ella sostiene, en materia fiscal no procede la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que tal disposición es clara en señalar su aplicabilidad únicamente en materia penal, y por excepción en otras ramas del derecho tendría aplicación en la medida en que así lo haya consagrado el legislador, circunstancia que no puede predicarse en relación con el derecho tributario, puesto que en tal materia no existe consagración ni legal ni constitucional del mencionado principio.

Sobre la inaplicabilidad analógica de los principios del derecho penal a las sanciones de tipo administrativo, transcribió apartes de jurisprudencia de esta Corporación de fecha 6 de mayo de 1987 y 29 de mayo de 1992.

Señaló que no debe olvidarse que el principio de favorabilidad constituye una excepción al principio de irretroactividad de la ley tributaria consagrado en el artículo 363 de la Constitución; que por esa razón mal puede pretenderse la aplicación retroactiva de normas tributarias. Consecuencialmente, las disposiciones del artículo 53 de la Ley 49 de 1990, expedida el 28 de diciembre, sólo pueden ser aplicadas hacia el futuro respecto de hechos que se verifiquen dentro de su vigencia; que el hecho cuestionado (presentación extemporánea de la declaración) ocurrió antes de la

expedición de dicha ley, por tanto la sociedad ha debido liquidarse la sanción en la forma como disponía el artículo 641 en su redacción inicial.

En oposición a la citada de la demanda en el sentido de que se debe aplicar la ley vigente al momento de la sentencia y no al hecho, transcribió apartes de jurisprudencia de esta Corporación de fecha 30 de marzo de 1990, conforme a la cual rige la norma vigente a la época de los hechos sancionados, puesto que éstos están regulados por las normas existentes al tiempo de su ocurrencia.

LA SENTENCIA

Adoptó el pronunciamiento del Tribunal en el proceso No. 9318, entre las mismas partes, sobre la misma materia pero por distinto bimestre, conforme al cual la Administración no indicó a la sociedad la cuantificación de la sanción que consideraba correcta, sino que únicamente se refirió a la norma , esto es al artículo 641, que había sido modificado por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, por lo cual la norma original no estaba vigente y mal podía la Administración exigir que se aplicara, si cuando se exigió la corrección de la declaración ya no producía efectos jurídicos.

Igualmente manifestó acoger la jurisprudencia sobre aplicación de la favorabilidad de la ley, invocada por la actora.

En consecuencia declaró la nulidad de los actos administrativos.

De la decisión anterior, discreparon los Magistrados Manuel Bernal Arévalo y Julio E. Correa. Para el Dr. Bernal Arévalo, no resultan válidos los argumentos expuestos por la sociedad actora, por cuanto en materia de sanciones las disposiciones aplicables son aquellas que estaban vigentes a la época de ocurrencia de los hechos; que en el caso *sub-júdice* la disposición aplicable era el inciso 3o. del artículo 641 del E.T. y no el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, no obstante que el monto de la sanción allí determinada sea más favorable al contribuyente. Que tampoco admite la retroactividad de la ley, ya que en el derecho administrativo tributario, no son de recibo los principios que orientan el derecho penal. Agregó que tampoco son de recibo las citas jurisprudenciales por regular situaciones diferentes a las que son motivo de controversia y que se debe tener presente la reciente sentencia de esta Corporación del 6 de agosto de 1993 (exp. No. 4111, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva).

Para el Magistrado Correa Restrepo, en el derecho tributario sancionatorio, debe tenerse en cuenta un criterio objetivo y en ese sentido aplicarse la norma vigente en la época en que ocurrieron los hechos, que para el caso era el inciso 3o del artículo 641, antes de ser modificado por la Ley 49 de 1990. Consideró que han debido negarse las pretensiones de la damanda, puesto que no puede aplicarse una norma de manera retroactiva.

APELACION

Solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, puesto que el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de la aplicación del principio de favorabilidad de la ley y

justamente en referencia al caso *sub-lite*, ha sostenido que tal principio no puede aplicarse al derecho tributario en el que debe respetarse el principio de irretroactividad consagrado en la Constitución (sentencia del 6 de agosto de 1992, exp. No. 3899. C.P. Dr. Jaime Abella Zárate).

Que también esta Corporación se pronunció en el sentido de que las disposiciones sancionatorias son normas sustantivas y por tanto su aplicación no puede ser inmediata, debiéndose aplicar la norma vigente en el momento de la comisión del hecho sancionado. (sentencia del 11 de diciembre de 1992, exp. No.4355, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Finalmente, señaló cómo la decisión contenida en la sentencia no fue unánime, manifestándose de acuerdo con lo expuesto en los salvamentos de voto.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad la apoderada de la Administración, reiteró lo expuesto a lo largo del proceso reafirmando el carácter sustantivo de las normas sancionatorias y su aplicación a hechos ocurridos durante su vigencia, en tanto que las disposiciones procedimentales deben aplicarse en forma inmediata.

Agregó que el hecho sancionado se produjo bajo la vigencia del artículo 641 del E.T. y en consecuencia ésta era la disposición aplicable para que la contribuyente liquidara su sanción por extemporaneidad en la declaración tributaria y no como lo sostuvo el Tribunal, al pretender que la norma aplicable era la vigente en el momento de solicitar la corrección de la declaración por parte de la Administración.

Estimó que según el artículo 4o. del C.C. la ignorancia de la ley no sirve de excusa y por ello mal puede el Tribunal basar su fallo adverso a los intereses de la Nación, con el argumento de que la Administración no indicó al contribuyente la cuantificación de la sanción, cuando él mismo acepta que se señaló la norma en la cual debía fundar su corrección, hecho suficiente para que la contribuyente procediera de acuerdo a lo requerido; que si la sociedad no aplicó la disposición correcta, esto no es excusa para anular los actos administrativos. Apoyada en jurisprudencia de esta Corporación reiteró la inaplicación del principio de favorabilidad en materia tributaria.

Por su parte, el señor apoderado de la actora explicó que como la declaración de la sociedad arrojó saldo a favor, en la declaración de corrección presentada el 5 de febrero de 1992, se determinó la sanción por extemporaneidad, limitándola al doble del saldo a favor, tal como lo disponía la norma vigente al momento de la corrección. Que procedimiento contrario implicaría una doble violación, pues se estaría dando vigencia a una disposición que fue derogada el 26 de diciembre de 1990 y se estaría inaplicando la norma vigente, que era el artículo 53 de la Ley 49 de 1990.

Agregó, que como en la fecha no se ha definido la situación del contribuyente la norma aplicable es la vigente al momento de definirse la situación del contribuyente y no la vigente en la fecha de ocurrencia del hecho controvertido.

Tesis que ha sido aceptada por esta Corporación, en sentencia del 13 de diciembre de 1991, exp. No. 3649, la cual ha sido compartida por eminentes tratadistas del Derecho Tributario como Manuel Andreozzi que explica que la ley tributaria penal posterior más benigna es de rigurosa aplicación porque ella traduce la voluntad del Estado de reducir sus créditos con el administrado, tesis que también es compartida por el tratadista Héctor Villegas en su obra "Régimen Penal Tributario".

Precisó que si bien es cierto que el régimen sancionatorio tributario tiene como finalidad reprimir o castigar el incumplimiento de las obligaciones tributarias en cuanto éste ataca e impide el normal desenvolvimiento de la acción de la Administración, en el caso controvertido, no existe daño al Estado porque la actora presentó la declaración tributaria con la finalidad de obtener la devolución del impuesto sobre las ventas que ha tenido que pagar para efectuar las ventas de exportación, por lo cual la única afectada en su patrimonio es la propia sociedad, sin que la extemporaneidad afecte los intereses del Estado.

MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Séptima ante la jurisdicción, consideró que dentro del amplio esquema tributario son múltiples las obligaciones que deben cumplir los contribuyentes en el tiempo y forma indicados por la ley y cuyo desacato acarrea las sanciones coetáneas a los hechos que la misma prevé, para lo cual tiene fundamento su vigencia en los artículos 52 y 53 del C.R.M.

Estimó que la sociedad no podía ampararse bajo la favorabilidad porque la vigencia de Ley 49 de 1990, al ser aplicada como lo hizo la sociedad, contraría el sentido claro y preciso del artículo 2o. de la Ley 153 de 1887. Que por mucho que se haya discurrido entre las tesis de aplicación analógica de la favorabilidad penal, ésta es absolutamente inaplicable, pues por mandato constitucional sólo lo es en materia criminal, que para otras áreas no lo dispuso así el legislador y por el contrario, la restringió al tenor del artículo 31 del C.C.

Precisó que de acceder a la liquidación presentada por la sociedad se estaría permitiendo incumplir con lo previsto en el artículo 641 del E.T. que no difería la sanción en el tiempo, pues indicaba que "deberán liquidar y pagar", es decir al presentar la declaración, sin esperar indicaciones de ninguna índole como erradamente lo sostuvo el Tribunal.

Concluyó el concepto fiscal precisando que el denuncio privado corregido debió contener la liquidación indicada en el artículo 641 vigente al momento en que se presentó la extemporaneidad y que al no hacerlo así, fue legal la actuación de la Administración. Pidió en consecuencia revocar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En torno al asunto que se debate, aplicación analógica del principio de favorabilidad y vigencia de la ley, la Sección estima pertinente hacer las siguientes precisiones:

Sobre la naturaleza de las sanciones administrativas y la inaplicabilidad de los principios y normas por los cuales se rigen las infracciones a la ley, como los de favorabilidad, que es materia de esta *litis*, la Sala ha venido reiterando su criterio expuesto entre otras, en las siguientes jurisprudencias: del 9 de marzo de 1987, exp. No. 0290, C.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana, actor: Singer Sewing Machine Company, en el sentido de que la infracción a las disposiciones de las normas tributarias por regla general no constituyen infracciones a la ley penal, y por ende no le son aplicables los principios y normas por las cuales se rigen las infracciones de naturaleza estrictamente penal.

"La revisión oficiosa de una liquidación, no constituye *per se* sanción, sino corrección de un cálculo liquidado. Pretender que tal facultad decisoria sea una cuestión penal y por tanto que ella no puede ejercerse sino dentro del plazo de un año, por considerar que en él precluye la acción penal, como si se tratara de contravención de este tipo, no halla respaldo ni en la lógica ni en la doctrina, ni tampoco al alcance que pueda darse al cúmulo de fallos invocados en su defensa por la actora.

En efecto, la corrección de la liquidación hecha por la Administración corresponde a un poder rectificar, no a ejercicio de facultades penales o penalizadoras. De ahí que la apelación al expediente de aplicar analógicamente -o como se dice en los fallos citados- directamente, la previsión respecto de prescripción de contravenciones no se compadece con la naturaleza de la acción administrativa.

Tampoco se ajusta a la finalidad de la medida, represiva en el caso de contravención simplemente de ajuste o corrección, en el caso de la liquidación de revisión.

En el derecho comparado, se entiende que las infracciones ameritadas son fiscales, no penales y por tanto el régimen de favorabilidad para el contribuyente tiene propio fundamento, sin necesidad, por improcedencia, de acudir a los principios penales generales.

Las medidas de corrección del impuesto no pueden asimilarse a sanciones penales, sin contrariar la naturaleza de las cosas.

Las infracciones a la ley penal, decía el Código vigente por la época a que los hechos se refieren, se dividen en delitos y contravenciones y respecto de unos y otros, prevé términos de prescripción.

Podía decirse, entonces, que los fraudes, incumplimiento o burlas a la ley tributaria son también delitos o contravenciones y que por tanto a aquellos se deben aplicar los términos de prescripción favorables para éstos? Naturalmente que no.

Las normas administrativas, su manera de ejecutarse y los procedimientos, son diferentes del ramo penal en tal virtud no pueden aplicarse a aquellas, por el mecanismo novedoso de la extensión, principios propios de otras tutelas jurídicas.

> Es vieja la afirmación de que "muy a menudo los Tribunales son llamados a apreciar la regularidad de una sanción fiscal proferida por la Administración, contra la cual protesta un contribuyente"... su intervención (la del juez) no puede tener el efecto de transformar en penal la sanción fiscal que él debe examinar.
>
> Esto, sin excluir que ciertas conductas de los contribuyentes pueden constituir verdaderas infracciones a la ley penal, en cuyo caso, obviamente los preceptos de este derecho serían aplicables.
>
> Resulta de ello, que todas las teorías jurídicas valederas en derecho penal no son aplicables a este caso, y se ve por ejemplo, que el juez fiscal descarta el principio, no obstante ser clásico, de la aplicación de la ley penal más benigna, o de no acumulación de penas, porque las "reglas particulares especialmente aplicables a la represión de contravenciones a las leyes y reglamentos propios de las contribuciones indirectas constituyen excepción en este punto a los principios generales del derecho" (Poltiers, 20 dc. 1929, D.H. 1930, 122). Es lo que explica que la competencia en materia de aplicación de esas sanciones se atribuye a veces al juez fiscal, quien decide, "como en materia de contravenciones". (Trotabas Louis Précis de Sciende ot Legislation Financieres, Dalloz 1935 No. 404 *et pas sim*)".

Igualmente, en sentencia del 26 de junio de 1987, exp. No. 1028, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, la Sala reiteró su posición y precisó que:

> "...el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia de simple orden público económico.
>
> Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas..."

Concretamente sobre la inaplicabilidad del principio de favorabilidad, en la misma providencia se dijo:

> "No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque éstas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal. Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse esto como ley posterior favorable que exonere del cumplimiento de la norma que con aterioridad regía el encaje o la inversión.

Y menos aún, los plazos que nuevas normas den para cumplir obligaciones similares en años posteriores, que la demandante alega para justificar el incumplimiento de las dictadas años atrás."

En sentencia del 23 de octubre de 1987, exp. No. 0292, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Adolfo Urdaneta Laverde, la Sala expresó:

"No se acepta el criterio del Tribunal *a-quo*, de dar aplicación al artículo 44 de la Ley 153 de 1887, toda vez que dicha norma se refiere a la aplicación de la ley favorable en materia penal, y ya ha quedado establecido cómo no se puede confundir el ámbito penal con el puramente administrativo.

Si en el presente caso, hay una norma expresa, que establece una obligación tributaria y prevé las sanciones para quienes incumplan, esas son las sanciones procedentes cuando se compruebe su violación. Por ello, la sanción impuesta por la Administración en los actos demandados fue la correcta y así habrá de declararse en la presente providencia."

Recientemente en sentencia del 21 de enero de 1994, exp. No. 5049, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, la Sala expresó:

"c) Las situaciones y actuaciones administrativas se regulan de manera general por las normas para ellas establecidas en el Decreto 01 de 1984, como lo ordena su artículo 1°, a menos que exista una disposición expresa que las regule de manera especial. No existiendo dicha reglamentación especial, se aplica el mismo estatuto que en su artículo 3°, consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29). Sin que pueda inferirse entonces, que el artículo 375 del Código Penal, deba aplicarse obligatoriamente por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional.

Además, no se advierte de las actas de la comisión redactora del Código Penal, que haya sido voluntad del legislador someter las sanciones administrativas al régimen previsto en este código, desconociendo el elemento prontitud que se requiere para manejar el derecho económico que exigen normas de control y

coerción de efectos inmediatos. Por el contrario, de las actas de la propia comisión redactora del Código Penal, se advierte, que la referencia que hace al artículo 375 del Código Penal, se refiere en forma restrictiva a las contravenciones penales, que dada la conducta humana que involucran, requieren sujeción a los principios y normas establecidas en el Código Penal, pero no a las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas por transgresión a la normatividad propia del sector financiero u otros, en los cuales no resultan aplicables aquellos."

Tal ha sido en general, la línea jurisprudencial predominante en la Sección y reiterada en innumerables providencias, tales como las fechadas el 29 de mayo de 1992, exp. 3871, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Caja Agraria; 31 de julio de 1992, exp. 3395, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Guillermo León Victoria; diciembre 11 de 1992, exp. 4355, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Román de Jesús Gómez García; abril 2 de 1993, exp. 4617, C.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano, actor: Sociedad Española de Pesca; abril 30 de 1993, exp. 4469, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Granahorrar; agosto 6 de 1993, exp. 4479, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Granahorrar; agosto 6 de 1993, exp. 4111, C.P. Dr. Carmelo Martínez Conn, actor: Hacienda del Valle Paz Bautista; julio 1° de 1994, exp. 5433, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación Social de Ahorro y Vivienda, Colmena y septiembre 9 de 1994, exp. 5233, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva, actor: Jorge Luis Martínez.

De las sentencias invocadas por la parte actora en respaldo de sus tesis, se observa que en las dictadas en los expedientes números 2562 y 3512 en realidad se reafirmó el principio de legalidad del impuesto y de las sanciones en el sentido de que la ley que las consagra y regula debe ser preexistente y sobre esta base se resolvieron los casos planteados, anulando la actuación en el primero y confirmándola, en el segundo.

Respecto a la dictada en el expediente 3649 se aceptó la petición subsidiaria de límite a la sanción bajo el presupuesto aplicar la ley vigente cuando se resolvió la reclamación en sede gubernativa.

De otra parte, conforme al artículo 8° de la Ley 153 de 1887, hay lugar a la aplicación analógica del derecho "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido" aplicación extensiva que tiene por objeto llenar los vacíos que se encuentren en los textos, acudiendo a las disposiciones que "regulan casos o materias semejantes", y en su defecto, a la "doctrina constitucional y las reglas generales del derecho", según las voces de la disposición, presupuestos que evidentemente no se configuran en el asunto *sub-júdice*, en la forma como ha quedado consignado en las transcritas jurisprudencias y porque en la normatividad que regula el caso *sub-lite* no existe vacío normativo alguno, que requiera la aplicación analógica de los principios del derecho punitivo, invocados por la sociedad actora.

Tampoco es posible dar aplicación, como lo solicita la sociedad actora, al artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en materia de rebaja de penas, puesto que tal disposición indica la forma en que debe aplicarse la previsión del artículo 44 Ib., que está referida de

manera exclusiva a la materia penal, en la forma como claramente lo prevé, así: "**En materia penal** la ley favorable o permisiva prefiere..."

Precisado lo anterior, observa la Sala que teniendo el carácter de "ley sustantiva" las disposiciones que regulan conductas e imponen sanciones y las cuantifican, éstas deben ser preexistentes al hecho sancionado y su aplicación en manera alguna puede ser retroactiva, en virtud de los principios de legalidad e irretroactividad consagrados en el ordenamiento positivo aún antes de la expedición de la Carta de 1991. Conforme al principio de irretroactividad, la ley rige hacia el futuro y la norma sustancial se aplica a los hechos o situaciones de hecho ocurridas bajo su vigencia, y su observancia es obligatoria en virtud de su promulgación del modo como lo establecen los artículo 52 a 56 del Código de Régimen Político y Municipal. Así mismo los artículo 71 y 72 del C.C. y 3° de la Ley 153 de 1887, regulan la derogación, expresa, tácita y la insubsistencia de la ley.

Conforme al artículo 363 de la Constitución de 1991, "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad"; por tanto, darle aplicación a una disposición dictada con posterioridad a la ocurrencia del hecho sancionado, so pretexto de aplicar el principio de favorabilidad en materia penal -que es excepción al de irretroactividad-, constituiría violación del canon que prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las disposiciones tributarias, en concordancia con el artículo 52 del C.R.P.M., que señala el tiempo preciso de vigencia de la ley, que como quedó dicho atrás, va desde su promulgación hasta su derogatoria.

Otra es la situación en relación con las normas procedimentales o instrumentales, que conforme su carácter de orden público (art. 6° C.P.C.) son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, según las voces del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, con la excepción que él mismo contempla. De manera que las previsiones contenidas en normas sustantivas se aplican a los hechos ocurridos bajo su vigencia, y los procedimientos aplicables para hacer efectivas sus disposiciones son los vigentes en la época en que éstos se adelanten. Aún cuando los actos determinativos se dicten, discutan y definan con posterioridad a la derogatoria o modificación de la ley sustancial que les dio fundamento.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se observa que la sociedad actora presentó extemporáneamente su declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al bimestre MAYO-JUNIO de 1990, el 22 de agosto de 1990. Para esa época, la presentación extemporánea de las declaraciones tributarias se hallaba regulada en el artículo 641 del E.T. que disponía:

> "**Extemporaneidad en la presentación.**
>
> Las personas o entidades obligadas a declarar, que presenten las declaraciones tributarias en forma extemporánea, deberán liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, equivalente al cinco por ciento

(5%) del total del impuesto a cargo o retención objeto de la declaración tributaria, sin exceder del ciento por ciento (100%) del impuesto o retención, según el caso.

.....

Cuando en la declaración tributaria no resulte impuesto a cargo, la sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, será equivalente al medio por ciento (0.5%) de los ingresos brutos percibidos por el declarante en el período objeto de declaración, sin exceder del cinco por ciento (5%) de dichos ingresos..."

Como quiera que el hecho sancionado está constituido por la presentación extemporánea de la declaración tributaria, era el artículo 641 transcrito la disposición aplicable, pues esta norma daba fundamento a la sanción en el momento de su configuración e indicaba en qué forma debía ser liquidada por la sociedad actora.

El hecho de que la Ley 49 del 28 de diciembre de 1990, publicada en el Diario Oficial 39615 del 31 de diciembre de 1990, hubiese modificado, para atenuarlo, el monto de la sanción, por extemporaneidad en la presentación de la declaración no variaba la situación de la sociedad actora, pues lo cierto es que desde mucho tiempo antes de su vigencia había ocurrido el hecho sancionado y en nada afectaba su sustento ni cuantificación la expedición de la nueva ley.

De esta forma advierte la Sala, que la actuación administrativa se ajustó a la legalidad, pues **si el hecho sancionado fue la presentación extemporánea de la declaración en el año de 1990 y no su corrección hecha a instancias de la Administración en 1992,** mal podía aplicarse la norma vigente a la época de la corrección, pues justamente el cumplimiento extemporáneo de la obligación formal de declarar es el hecho sancionado; y conforme se ha precisado a lo largo de esta providencia, la disposición sustantiva aplicable era la vigente en el momento en que se configuró tal hecho, en forma independiente de que con posterioridad se haya adelantado el proceso oficial de fiscalización y revisión de la liquidación efectuada por la sociedad actora.

De esta forma, la Sala comparte las consideraciones expuestas en los salvamentos de voto, así como el criterio de la Procuraduría en las dos instancias, y consecuente con las consideraciones precedentes, procederá a revocar la sentencia apelada y a declarar la legalidad de los actos acusados.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1° REVOCASE la sentencia apelada.

2° NIEGANSE las súplicas de la demanda.

3° RECONOCESE personería a la Dra. IVONNE EDITH GALLARDO GOMEZ, para representar a la Nación en el presente juicio.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera además, las providencias de fechas 9 de marzo de 1987, Exp. 0290, Ponente: Dr. HERNAN GUILLERMO ALDANA; 26 de junio de 1987; Exp. 1028, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE; 23 de octubre de 1987, Exp. 0292, Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS; 21 de enero de 1994, Exp. 5049, Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

NOTA DE RELATORIA: Reiterado en la providencia de 30 de septiembre de 1994, Exp. 5635, Consejero Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

SANCION BANCARIA-Gradualidad/**SANCION POR EXCESO EN COLOCACIONES**

La ley concede facultad discrecional para graduar o regular la sanción que ha de imponerse, estableciendo como parámetro la gravedad de la sanción o el beneficio económico obtenido, o la combinación de ambos factores; dentro de un límite mínimo y máximo de cuantía, igualmente preestablecida, ajustada anualmente en el mismo porcentaje de variación del índice de precios al consumidor que determine el Dane. Como se observa los excesos registrados en el año de 1988, fueron ligeramente decrecientes y sucesivos, aspecto que obviamente determinaron en un momento dado la gravedad de la infracción para la fijación de su cuantía, cuyo valor está dentro de los límites fijados en la norma, cuyo valor mínimo para la época de los hechos, no era de $500.000, puesto que hay que tener en cuenta que anualmente las cuantías mínima y máxima se ajustan en el mismo porcentaje de variación del índice de precios al consumidor.

ESTABLECIMIENTO BANCARIO/ACTIVIDAD DE CAPTACION Y COLOCACION DE RECURSOS/CAJA SOCIAL DE AHORROS-Naturaleza

La resolución cuestionada es aplicable a la Caja Social de Ahorros, a pesar de que esta entidad no corresponda propiamente a un establecimiento bancario, pues al realizar actividades de captación y colocación de dineros del público está sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria por virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1923 y literal a) del artículo 2o. del Decreto Ley 1939 de 1986, por lo que es un establecimiento análogo a los establecimientos bancarios y en tal virtud, le

son aplicables las mismas normas que regulan tal actividad para el sector bancario, así se infiere sin mayores lucubraciones del ordenamiento contenido en el artículo 19 de la Ley 57 de 1931. Por tanto la Caja Social de Ahorros como establecimiento análogo a los establecimientos bancarios, en cuanto que éstas realizan algunas de las actividades propias del sector bancario, como la captación y colocación de dineros del público, le son aplicables las normas propias del sector bancario en la medida en que no resulten incompatibles con las normas que regulan su actividad.

SANCION POR EXCESO EN COLOCACIONES/COMPETENCIA FUNCIONAL/SUPERINTENDENTE DELEGADO-Facultades.

El Decreto Ley 1939 de 1986, vigente cuando se impuso la sanción (25 de septiembre de 1990) consagra la competencia funcional para aplicarla en cabeza del Superintendente Delegado para las Instituciones Financieras y para seguros y capitalización, en relación con las personas naturales y jurídicas bajo su ámbito de vigilancia. Es esta forma, el Superintendente Delegado para las Instituciones Financieras, era el funcionario competente para aplicar la sanción por exceso en colocaciones de recursos captados mediante la expedición de CDTS a la Caja Social de Ahorros, Institución Financiera bajo el ámbito de vigilancia de este funcionario delegado, por tal razón carece de fundamento el cargo de falta de competencia puesto que no tiene en cuenta la norma que precisamente otorga la competencia funcional, al mencionado funcionario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5345. Actor: CAJA SOCIAL DE AHORROS C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la CAJA SOCIAL DE AHORROS contra la sentencia del 14 de octubre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, denegó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada entidad contra las resoluciones Nros. 3458 y 4273 del 25 de septiembre y 21 de noviembre ambas de 1990, por las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso una sanción pecuniaria por exceso en colocaciones con recursos captados mediante la expedición de CDTS durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1988, y abril de 1989, por las cuantías de $2.500.000.oo, $2.500.000.oo, $2.500.000,oo y $ 2.000.000,oo respectivamente.

ANTECEDENTES :

La Superintendencia Bancaria por medio de su Delegado para las Instituciones Financieras, profirió la resolución número 3458 del 25 de septiembre de 1990, por medio de la cual, previo estudio del balance consolidado de la entidad, impuso a la actora varias sanciones pecuniarias por exceso en colocaciones con recursos captados mediante la expedición de CDTS correspondiente a los meses de julio, agosto, septiembre de 1988, y abril de 1989, sustentando la decisión en que la "entidad bancaria no dio cumplimiento a los artículos 2o. y 5o. de la precitada resolución 10 de 1980 de la máxima autoridad monetaria, toda vez que presentó exceso de colocación de recursos provenientes de la captación de CDTS en las cuantías de la referencia, razón por la cual se le solicitaron explicaciones".

Contra la anterior resolución, la CAJA SOCIAL DE AHORROS interpuso recurso de reposición, y mediante resolución No. 4273 del 21 de noviembre de 1990, dispuso rechazar el recurso interpuesto y declarar agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA:

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la actora acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, alegando que la Superintendencia Bancaria al expedir la resolución sancionatoria, y la que rechazó el recurso de reposición, violó lo prescrito en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, la resolución 10 de 1980 de la Junta Monetaria en su integridad, artículos 2o; 77 de la Ley 45 de 1923 y el artículo 1o. inciso 2o. del Decreto Extraordinario 3416 de 1950.

Explica el concepto de la violación del artículo 22 de Decreto 2920 de 1982 y de la resolución 10 de 1980, por falsa motivación manifestando que la Superintendencia Bancaria convirtió a la Caja Social de Ahorros en un Banco, siendo una caja social de ahorros, como se observa en sus estatutos, aprobados por la propia Superintendencia Bancaria, para lo cual textualmente expuso "Las anteriores restricciones, como lo veremos más adelante, tratándose de una caja de ahorros, no tienen la importancia que la Superintendencia Bancaria quiso dar y por eso la propia resolución 10 de 1980, la limita en su aplicación, a los bancos".

La violación del artículo 22 de Decreto 2920 de 1982, la concreta en que el artículo 12, literal b del Decreto Ley 1939 de 1986, otorgó directa y exclusivamente al Superintendente Bancario y no a sus delegados como subalternos de este la facultad sancionatoria.

Se incurrió, con la expedición de la resolución No. 3458, en falsa motivación, al calificar, la Superintendencia Bancaria, a la Caja Social de Ahorros como Establecimiento Bancario, "y al darle a la resolución 10 de 1980 de la Junta Monetaria una aplicación o alcance que no tenía tratándose de una Caja de Ahorros como la CAJA SOCIAL DE AHORROS, lo cual la lleva a tomar una decisión errada y que comporta en consecuencia violación de la resolución 10 de 1980 de la Junta Monetaria".

Y hubo error en la motivación ya que "al invocar el Superintendente Bancario delegado, el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 como fuente de su competencia y en especial al calificar erróneamente" que se " había violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otro legal a que deba estar sometido el establecimiento", incurrió en su violación, pues evalúo o califico equivocadamente que la CAJA SOCIAL DE AHORROS había incurrido en infracción de los artículos 2o. y 5o. de la resolución 10 de 1980 de la Junta Monetaria".

En relación a la violación del artículo 50 del C.C.A; la fundamenta en que el Superintendente Delegado para Instituciones Financieras denegó el recurso de apelación que subsidiariamente se había interpuesto.

OPOSICION A LA DEMANDA

Se opone a las pretensiones de la demanda aduciendo, para cada caso, lo siguiente:

En relación con la naturaleza jurídica de la Caja Social manifestó que ella era "un establecimiento análogo a los establecimientos bancarios, participa del régimen común de éstos, pero conserva su propia autonomía, por lo que a ella se le aplicaban, en principio las disposiciones que regulaban su actividad y, en su defecto, las disposiciones propias de los establecimientos bancarios".

En cuanto a la competencia que tenía la Junta Monetaria para intervenir en estos asuntos, anotó que "ésta dictó la resolución No.10 de 1980 con base en las facultades consagradas en el Decreto Ley 2206 de 1963 y la ley, por lo tanto es de imperativo cumplimiento y en el caso *sub-exámine* no se está debatiendo su legalidad".

En relación a la violación del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 expresó que "no existe disposición legal alguna que ordene que debe ser necesariamente el Superintendente Bancario el encargado de expedir estos actos administrativos, ya que rayaría en lo absurdo una disposición que encadenara a los Superintendentes Delegados para el cumplimiento de las funciones que la propia ley les ha encomendado".

Respecto al argumento de falsa motivación, se remite a las consideraciones expuestas en la resolución, pero, aclarando en cuanto al rechazo del recurso "que tal acto tiene fundamento en que no fue el recurso de reposición impetrado por la Caja Social de Ahorros contra la Resolución No. 3458 de 1990, presentado personalmente en la Secretaría General de la Superintendencia Bancaria".

En cuanto a la violación del artículo 50 del C.C.A, manifiesta que tanto el Superintendente como sus delegados son agentes del Presidente de la República, y "cuando un Superintendente Delegado expide un acto administrativo lo hace en su calidad de agente del Presidente de la República y con arreglo a la distribución funcional de competencia que la ley ha establecido. Por tanto, la relación existente entre los Superintendentes Delegados y el Superintendente Bancario es funcional y no jerárquica en cuanto al ejercicio de las funciones conferidas por la ley". Y agrega que: "Las

anteriores consideraciones llevan a concluir que el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo en forma alguna fue quebrantado con la expedición del acto impugnado."

LA SENTENCIA APELADA:

El *a-quo,* en providencia de 14 de octubre de 1993, denegó las súplicas de la demanda expresando:

En cuanto a la competencia de la Junta Monetaria, en razón de la naturaleza jurídica de la Caja, consideró que el cargo no prosperaba, transcribiendo apartes de la sentencia de ésta Corporación de 16 de octubre de 1987, expediente No. 1150, Magistrado ponente doctor Jaime Abella Zárate.

Respecto a la violación del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, en concordancia con la resolución 10 de 1980 de la Junta Monetaria, señaló: "Del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, se infiere que la facultad allí otorgada es reglada, de manera que ocurrida la violación de la ley por parte de la entidad demandante, sin que existiera justificación alguna, que la eximiera de responsabilidad, es forzoso concluir que a la administración -Superintendencia Bancaria, no le queda otro camino que proceder a la imposición de la sanción pecuniaria allí consagrada". Para reafirmar y rechazar el cargo transcribe apartes de la sentencia, de 19 de octubre de 1989, Expediente No. 886-D-3063, magistrada ponente doctora Myriam Guerrero de Escobar.

Rechazó así mismo el cargo de la no proporcionalidad entre el monto de las multas impuestas y la infracción cometida, aduciendo que "la Superintendencia obro de manera discrecional al graduar las multas, las cuales se tasaron en la menor cuantía imponible al tiempo de la ocurrencia de la infracción, habida cuenta que, como lo señala el demandado "las mismas no revestían mayor gravedad y el beneficio obtenido, no podía ser alto precisamente en razón al monto de los excesos en la colocación de recursos captados a través de CDT, en varios meses consecutivos", y, por tanto, al expedirse el acto sancionatorio se dio cumplimiento, al contenido y requisitos y límites previstos en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 y el literal f) del artículo 12 del Decreto 1939 de 1986. Para reafirmar esta decisión transcribe apartes de la sentencia de esta Corporación, de 23 de marzo, expediente No. 0272, Magistrada ponente doctora Consuelo Sarria Olcos.

Aunque el *a-quo* acepta que prospera el cargo de falsa motivación que tuvo la Superintendencia Bancaria para rechazar el recurso de reposición oportunamente interpuesto, ya que del acervo probatorio llegó a la conclusión de que la reposición fue presentada el día 22 de octubre y no el 23 como lo indica la Superintendencia, manifiesta "Es muy claro para esta Sala, que la interposición del recurso, y lo resuelto respecto del mismo, no se relaciona con la materia principal de estudio pero si tiene que ver con la oportunidad o término legal dentro de la cual puede ejercerse el derecho de accionar ante la justicia contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento

del derecho, o presupuesto procesal de la acción relativo a la consecuencia de caducidad para solicitar en sede jurisdiccional el examen de legalidad del acto administrativo".

En relación con la violación del artículo 50 del C.C.A. denegó este cargo, afirmando: "Ahora bien, tal como quedó establecido, las funciones de los Superintendentes Delegados provienen de la ley, respecto a la facultad que tienen en el ejercicio de la vigilancia y control que ejercen sobre personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades económico financieras. En segundo lugar, estos funcionarios son directos colaboradores del Superintendente Bancario al efecto de la dirección de la entidad. Y por último tienen competencia para proferir actos administrativos cuyos efectos tienen la misma categoría de los proferidos por el Superintendente Bancario, por tal razón, tales actos, no son susceptibles del recurso de apelación, por mandato expreso de la ley, toda vez que el artículo 50 del C.C.A., en su parágrafo dice: "No habrá apelaciones de las decisiones de los Ministros, jefes de los Departamentos Administrativos **SUPERINTENDENTES** y representantes legales de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica."

EL RECURSO DE APELACION:

Funda su inconformidad en tres aspectos:

a) En que la resolución No. 10 de 1980 de la Junta Monetaria es una norma dirigida exclusivamente a los establecimientos bancarios y que por tanto sus disposiciones no le podían ser aplicables a la Caja Social de Ahorros "pues tal Entidad tenía la naturaleza Jurídica de Caja de Ahorros al tenor de lo establecido en el artículo 1 del Decreto Extraordinario 3416 de 1950, esto es una persona jurídica sin ánimo de lucro organizada bajo los auspicios de la fundación Círculo de Obreros, hoy Fundación Social, con finalidades de asistencia e interés social".

b) Falta de competencia del Superintendente Delegado para Instituciones Financieras al imponer la sanción mediante la resolución 3458 de 1990, con violación al artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, ya que él invocó el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, la cual sólo da la facultad para aplicar sanciones a las instituciones financieras sometidas a su vigilancia al Superintendente Bancario y no a sus delegados, y

c) La falta de proporcionalidad en la sanción ya que en ninguna parte de la resolución impugnada se hace referencia, ni se prueba el supuesto beneficio pecuniario que eventualmente hubiera reportado la Caja Social, con base en el cual debe la autoridad graduar el monto de la pena.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Parte actora: Reitera casi en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda y en su escrito de apelación en lo relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad

actora consistente en que ésta no es una entidad bancaria y por tanto no le era aplicable la resolución 10 de 1980, expedida por la Junta Monetaria, ni siquiera por analogía, ya que son normas de aplicación restrictiva, agrega que, el fallo del Tribunal, conlleva al absurdo de concluir, con base en la interpretación del artículo 19 de la 57 de 1931, que la Caja Social de Ahorros, operaba "bajo las mismas modalidades y condiciones de los establecimientos bancarios".

Reitera su inconformidad en lo relativo a la proporcionalidad de la sanción.

Manifiesta en esta oportunidad que al aceptar el Tribunal que el recurso de reposición fue interpuesto en tiempo y por tanto declarar la nulidad de la resolución No. 4273, se está aceptando que se negó a la actora el derecho de defensa y el derecho del debido proceso, "razón por la cual y tomando en cuenta que existe un hilo conductor y unas etapas que debe tener la posibilidad el sancionado de agotar -lo cual no sucedió en el caso presente-, al declararse la nulidad de la citada resolución debe declararse la nulidad de los otros actos administrativos, por no haberse podido debatir la legalidad en vía gubernativa, derecho que no podía arbitrariamente quitarse a la Caja Social de Ahorros.

Parte demandada: Al alegar de conclusión el representante judicial de la Superintendencia Bancaria solicita a la Corporación confirmar la sentencia apelada aduciendo en síntesis que: es cierto que la Caja Social de Ahorros no era un establecimiento Bancario "pero tampoco es menos cierto que mediante resolución No. 3345 de 1981 se le aprobó a dicha entidad el reglamento de depósitos de ahorro a la vista y el reglamento de depósitos a término, que es el punto que se debate en el caso *sub-júdice*" operación típica de los establecimientos bancarios a la luz de las disposiciones vigentes desde el año de 1923, por tanto le era aplicable la resolución 10 de 1980, pues de no ser así se estaría violando el principio de igualdad constitucional. Además afirma que la actora manifiesta que mediante comunicación radicada en la Superintendencia con el número 8905705-0 reconoció expresamente que "la Caja Social de Ahorros viene dando de tiempo atrás, estricto cumplimiento a lo dispuesto en la resolución No.10 de 1980 de la Junta Monetaria..."

Reitera, así mismo, lo expuesto en relación con la facultad sancionatoria de que trata el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982. Reafirma su alegato transcribiendo apartes de la sentencia de 19 de octubre de 1989. Sección Tercera, magistrada ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

En cuanto a la proporcionalidad de la infracción considera que: "debe entenderse que el ejercicio de la facultad de control y vigilancia de que es titular la Superintendencia Bancaria está sometida en forma estricta a los límites que señala la ley y bajo ningún supuesto podrá ir más allá de lo que la misma ley le autorice".

El Ministerio Público: No alegó en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. Indebida aplicación de la resolución No. 10 de 1980 de la Junta Monetaria, por cuanto la Caja Social de Ahorros no es un establecimiento bancario:

Para la Sala, como lo estimó el Tribunal, este cargo no está llamado a prosperar. La resolución cuestionada No.10 de 1980, "Por la cual se dictan medidas sobre depósitos captados por los establecimientos bancarios a través de "Certificados de Depósitos a Término", es aplicable a la Caja Social de Ahorros, a pesar de que esta entidad no corresponda propiamente a un establecimiento bancario, pues al realizar actividades de captación y colocación de dineros del público está sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria por virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1923 y literal a) del artículo 2o. del Decreto Ley 1939 de 1986, por lo que es un establecimiento análogo a los establecimientos bancarios y en tal virtud, le son aplicables las mismas normas que regulan tal actividad para el sector bancario, así se infiere sin mayores lubricaciones del ordenamiento contenido en el artículo 19 de la Ley 57 de 1931, que al respecto ordena:

> "Las instituciones organizadas o que se organicen bajo los auspicios y con la cooperación de entidades de beneficencia social para fomentar el ahorro entre las clases laboriosas, haciendo pequeños préstamos... pueden usar la palabra 'ahorros' como parte del título de sus libretas, avisos y otros papeles impresos, siempre que para ello obtengan permiso de la Superintendencia Bancaria, lo cual podrá darlo con conocimiento de causa.
>
> "Dichas instituciones necesitarán estar investidas de personería jurídica y quedarán sujetas a la inspección y vigilancia del Superintendente Bancario, **de la misma manera que otros establecimientos análogos.**"

Por tanto la Caja Social de Ahorros como establecimiento análogo a los establecimientos bancarios, en cuanto que éstas realizan algunas de las actividades propias del sector bancario, como la captación y colocación de dineros del público, le son aplicables las normas propias del sector bancario en la medida en que no resulten incompatibles con las normas que regulan su actividad.

La confusión realmente se ha originado por el error en el que incurrió la Superintendencia Bancaria, en el considerando "primero" de la resolución acusada, al señalar que: "La entidad mencionada es un establecimiento bancario..." premisa que indudablemente es equivocada, puesto que la Caja Social como establecimiento de crédito que es, es análogo conforme a la ley a los establecimientos bancarios, pero no es un establecimiento bancario, como incorrectamente lo señala la resolución, este error sin embargo, no modifica en nada la situación de la actora frente al cargo planteado, puesto que como se observó anteriormente es la propia ley la que asimila las Cajas de Ahorros, como lo es la actora, a los establecimientos bancarios, para efectos del control

y vigilancia que sobre la actividad realizada por ellas, le corresponde al Superintendente Bancario, de donde surge con claridad meridiana la correcta aplicación de la resolución No. 10 de 1980 de la Junta Monetaria a la actividad de la actora relacionada con la captación y colocación de "Certificados de Depósito a Término".

2o. Falta de competencia del Superintendente Delegado para las Instituciones Financieras, para imponer la sanción:

Conforme se observa de la resolución acusada, El Superintendente Delegado para Instituciones Financieras, impuso la sanción "en uso de las atribuciones legales que le confiere el artículo 22 del Decreto Ley 2920 de 1982 y la letra f) del artículo 12 del Decreto Ley 1939 de 1986".

El artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, otorga facultad al Superintendente Bancario para imponer previas explicaciones, a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, por violación de una norma de su estatuto reglamento. Pero, el artículo 12, literal f) del Decreto Ley 1939 de 1986, vigente cuando se impuso la sanción (25 de septiembre de 1990) consagra la competencia funcional para aplicarla en cabeza del Superintendente Delegado para las Instituciones Financieras y para seguros y capitalización, en relación con las personas naturales y jurídicas bajo su ámbito de vigilancia, al señalar: "Aplicar las sanciones y medidas a que haya lugar conforme a la ley."

En esta forma, el Superintendente Delegado para las Instituciones Financieras, era el funcionario competente para aplicar la sanción a la Caja Social de Ahorros, Institución Financiera bajo el ámbito de vigilancia de este funcionario delegado, por tal razón carece de fundamento este cargo, puesto que no tiene en cuenta la norma que precisamente otorga la competencia funcional, al mencionado funcionario. Por consiguiente, tampoco está llamado a prosperar este cargo como correctamente lo estimó el Tribunal *a-quo*.

3o. Falta de proporcionalidad de la sanción:

Expresa el apelante que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, la cuantía de la multa debe ser graduada por el Superintendente Bancario según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido o según ambos factores, proporcionalidad que en su concepto no ha sido aplicada en la resolución acusada, y que además en ninguna parte se prueba o se hace referencia al supuesto beneficio pecuniario que eventualmente hubiera reportado la Caja Social.

El artículo 22 citado prescribe:

> "Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o a cualquier otra legal a que deba estar sometido, impondrá al

establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional, no menor de $500.000 ni mayor de $2.000.000, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción, o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE."

"Las multas previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsiste el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20."

De la norma antes transcrita, se colige que la ley concede facultad discrecional para graduar o regular la sanción que ha de imponerse, estableciendo como parámetro la gravedad de la sanción, o el beneficio económico obtenido, ó la combinación de ambos factores; dentro de un límite mínimo y máximo de cuantía, igualmente preestablecida, ajustada anualmente en el mismo porcentaje de variación del índice de precios al consumidor que determine el DANE.

En el *sub-lite,* la Superintendencia Bancaria impuso sanciones "sucesivas" por los meses de julio, agosto, septiembre de 1988 y abril de 1989, por los excesos registrados en colocaciones por los recursos captados mediante la expedición de CDT, sanciones que estableció en las sumas de $2.500.000, para cada uno de los excesos registrados en los meses del año de 1988, y de $2.000.000, para el mes de 1989, en donde el exceso comparativamente con el registrado en el año anterior, fue mucho menor. En efecto, los excesos registrados fueron de la siguiente cantidad:

MES	EXCESO	MULTA APLICADA
Julio-1988	$ 631.568.481.16	$ 2.500.000,00
Agosto-1988	515.958.165.31	2.500.000,00
Septiembre-1988	335.387.935.93	2.500.000,00
Abril-1989	119.359.249.96	2.000.000,00

Como se observa los excesos registrados en el año de 1988, fueron ligeramente decrecientes y sucesivos, aspectos que obviamente determinaron en un momento dado la gravedad de la infracción para la fijación de su cuantía, cuyo valor está dentro de los límites fijados en la norma, cuyo valor mínimo para la época de los hechos, no era de $500.000, como parece entenderlo la libelista, puesto que hay que tener en cuenta que anualmente las cuantías mínima y máxima se ajustan en el mismo porcentaje de variación del índice de precios al consumidor . Por tanto, la sanción impuesta en los meses del año de 1988, excedieron ligeramente la mínima, y la impuesta en el año de 1989, según lo afirma el representante de la entidad demandada fue la mínima, incidiendo obviamente el hecho de que el exceso fue mucho menor que el registrado en los meses del año de 1988, aspecto que lógicamente debió influir en la disminución de la misma.

Sobre la afirmación de la apelante, en el sentido de que no se demuestre el factor del posible beneficio obtenido, la Sala observa, que la apelante interpreta incorrectamente la norma puesto que si bien se refiere a ese elemento, no es obligatorio considerarlo, la Superintendencia discrecionalmente y atendiendo a la clase de infracción, determinará el parámetro a seguir, bien por la gravedad de la infracción que aparece ser el elemento tenido en cuenta en el *sub-júdice*; el beneficio obtenido, o la combinación de estos dos.

Por consiguiente, en este aspecto tampoco le asiste razón al apelante, y como quiera que la apelación se circunscribió a los cargos anteriormente analizados, se impone confirmar la sentencia del Tribunal, ya que conforme a lo expuesto no existe fundamento alguno para modificar la decisión apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 14 de octubre de 1993, originaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Floréz Rojas, Secretario.

SOCIEDAD FIDUCIARIA/OPERACION DE FIDEICOMISO-Plan de Ajuste

De conformidad con los términos del artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986, las sociedades fiduciarias que, como la representada por el actor, hubieran convenido con sus clientes condiciones diferentes a las previstas en la resolución, deberían someter a consideración de la Superintendencia Bancaria un "plan de ajuste" de sus operaciones de fideicomiso de inversión, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de publicación de la resolución y, abstenerse de realizar prórrogas o renovaciones que globalmente excedieran los topes previstos en el plan de ajuste. Está comprobado en el expediente que la Fiduciaria Scala S.A., no obstante las comunicaciones que le fueron enviadas por la Superintendencia Bancaria contravenían las previsiones de la resolución 3914 de 1986 y por lo tanto, era necesario que la fiduciaria procediera a la presentación de un nuevo modelo de contratación, durante el período comprendido entre Enero y Septiembre de 1988 suscribió nuevos CIS, y realizó prórrogas y renovaciones, que resultaban "imprescindibles" en el plan de ajuste, desconociendo así el artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986.

SOCIEDAD FIDUCIARIA-Deberes/**FIDEICOMISO INMOBILIARIO**

Resultan inaceptables las argumentaciones del apelante en el sentido de que tratándose de un fideicomiso inmobiliario se puede "encargar a un tercero el manejo temporal de los dineros" vinculados al mismo, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1234 numeral 1o. del C. de Co., la realización diligente de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, constituye uno de los "deberes indelegables del

fiduciario". De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el hecho no discutido por el actor, consistente en que la Sociedad Fiduciaria Scala S.A., suscribió un "encargo fiduciario" con el Banco Cafetero, resulta claro que la delegación de la administración encomendada originariamente a la Fiduciaria Scala S. A., configuró la transgresión del artículo 1234 del C. de Co.

FONDO COMUN ESPECIAL-Autorización/**FIDEICOMISO INMOBILIARIO/ OPERACION DE FIDEICOMISO DE INVERSION/SUPERINTENDENCIA BANCARIA**-Facultades

El fondo que la fiduciaria constituyó con los dineros recibidos de los fideicomitentes a través de los CIS, con la finalidad de invertirlos en los respectivos fideicomisos inmobiliarios revistió el carácter de un "fondo común especial" respecto del cual, en los términos del artículo 4o. de la resolución 3914 de 1986, la sociedad fiduciaria representada legalmente por el actor, debió haber obtenido la previa autorización de la Superintendencia Bancaria, requisito que, como está demostrado en el proceso y no se controvirtió por la parte actora, no se cumplió. De conformidad con lo anterior, se concluye que, como dentro del *sub-lite* se encuentra plenamente demostrado que durante el período comprendido entre Enero y Septiembre de 1988, la Sociedad Fiduciaria Scala S.A., presidida y representada legalmente para tal época por el actor, desconoció por los motivos anteriormente expuestos, la normatividad contenida en la resolución 3914 de 1986, reglamentaria de las Operaciones de Fideicomiso de Inversión, la Superintendencia Bancaria obró conforme a derecho al imponer mediante las resoluciones acusadas la multa al actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5607. Apelación sentencia de 9 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: ENRIQUE TAFUR TAFUR. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor ENRIQUE TAFUR TAFUR, el actor, contra la sentencia de 9 de diciembre de 1993, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el Contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 1822 de 13 de junio y 4451 de 29 de diciembre de 1989, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

Previa la práctica de visitas de inspección y solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria, mediante la resolución número 1822 de 13 de junio de 1989, multó al actor con la suma de $1.500.000.

Contra el anterior acto administrativo el actor interpuso recurso de reposición y la entidad de vigilancia lo resolvió a través de la resolución número 4451 de 29 de diciembre de 1989, confirmando la resolución 1822, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado del actor consideró vulnerados los artículos 20 y 26 de la Constitución de 1886, 8o. y 9o. de la resolución 3914 de 1986, 2o. literal n) del Decreto 1939 de 1986, 3o. del Decreto 01 de 1984, 23 del Decreto 2920 de 1982 y, 1o., 3o., 4o., 5o., 35, 39-4 y 46 del Código Penal.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. La Superintendencia Bancaria transgredió el artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986 ya que, no obstante la claridad de tal norma, resolvió interpretar la expresión "proceso de desmonte progresivo y paulatino de las operaciones no ajustadas a la citada resolución" como prohibición total y absoluta de desarrollar nuevas operaciones o de prorrogar las existentes, contrariando así el espíritu y sentido de la norma, que determinó la necesidad de estructurar un plan de ajuste o de desmonte.

Mediante las resoluciones acusadas, la entidad de vigilancia desconoció los esfuerzos realizados por el actor para cumplir con las exigencias hechas por la Superintendencia, en cuanto al desmonte de la cuenta CIS, utilizando procedimientos y mecanismos conocidos por ella y respecto de los cuales nunca se pronunció o lo hizo en forma equivocada.

2. Durante el proceso de desmonte de la cuenta CIS, la Superintendencia tuvo suficiente información sobre los procedimientos utilizados por la sociedad fiduciaria, no obstante lo cual, sólo formuló reparos a los procedimientos utilizados en 1989, cuando el proceso de desmonte estaba prácticamente concluido.

3. La Superintendencia Bancaria no tuvo en cuenta la buena fe con la que actuó la administración de SCALA, logrando la disminución paulatina y gradual de los rubros hasta llegar a su casi completa liquidación.

Además, la Superintendencia no podía sancionar al actor por una posible violación de lo establecido en la resolución 214 de 1975 porque, para la época de ocurrencia de los hechos, tal norma estaba derogada y que, no es posible afirmar válidamente que una norma de menor jerarquía como la mencionada resolución continúe existiendo al lado de una norma de mayor rango como el Decreto 1939 de 1986.

4. Respecto de la no destinación, por parte de la actora, de los recursos entregados en virtud de los encargos números 01383, 01329 y 01389 a inversiones en obra de los fideicomisos señalados por los constituyentes de aquellos, sino al pago de pasivos por cuenta y a nombre de esos mismos fideicomisos, conducta que la Superintendencia encontró censurable, se observa que la entidad de vigilancia no tuvo en cuenta que las instrucciones no señalaban específicamente un concepto de inversión dentro de los respectivos fideicomisos, sino que se limitaban a autorizar su colocación en los mismos, de tal forma que dentro de ellos se podía disponer libremente el fin último para el cual se utilizarían.

La fiduciaria se limitó a ejecutar las instrucciones de sus mandantes, entregando los recursos a cada uno de los fideicomisos señalados expresamente por ellos.

5. En forma equivocada, la Superintendencia Bancaria asimiló la expresión "fondo de estabilización" a lo de un Fondo Común Especial constituido sin la previa autorización de ese organismo, sin tener en cuenta que tal expresión no correspondía a ningún fenómeno jurídico, sino al manejo unificado de los recursos provenientes del Certificado Inmobiliario CIS, esto es, una cuenta creada con un criterio únicamente contable, así como consta en la contabilidad de la sociedad fiduciaria y se explicó en su oportunidad a la entidad de vigilancia.

6. Existe diferencia entre las obligaciones contraídas por una sociedad fiduciaria con su clientela y aquellas propias de los fideicomisos o patrimonios autónomos en favor **de los mismos fideicomitentes** o de terceros y al desarrollar el encargo conferido es posible que la fiduciaria invierta en operaciones que produzcan un rendimiento fijo, evento en el que no actúa asumiendo responsabilidad directa en relación con la operación respectiva en la medida en que la ejecuta a nombre y por cuenta de terceros (el respectivo patrimonio autónomo y el cliente inversionista), y no puede argumentarse como equívocamente lo hizo la Superintendencia, que la fiduciaria estuviere garantizando rendimientos a su clientela, pues el mismo criterio tendría que adoptarse en las hipótesis en que un fiduciario invierte recursos en cualquier otro documento de renta fija.

Tal situación se presentó en relación con los pagarés que reemplazaron buena parte de los Certificados Inmobiliarios Scala -CIS-, en relación con los cuales la fiduciaria vinculó directamente a los inversionistas con los fideicomisos inmobiliarios administrados por ella misma. Y en los citados pagarés, la fiduciaria siempre actuó a nombre y por cuenta de los patrimonios que manejaba, nunca a nombre propio.

7. Respecto del criterio de la Superintendencia Bancaria, en el sentido de que dentro de un fideicomiso inmobiliario la fiduciaria no podía encargar a un tercero, ni aún bajo su responsabilidad, el manejo de los recursos vinculados al mismo, se advierte que la Superintendencia no tuvo en cuenta que el objeto de un fideicomiso inmobiliario no está constituido por la inversión ni el manejo de dineros, sino por la coordinación y el

ordenamiento de los recursos técnicos, inmobiliarios, humanos y financieros, tendientes a la ejecución de un proyecto de construcción.

De acuerdo con lo anterior, nada impide que la fiduciaria, en cumplimiento de su obligación de procurar los medios adecuados para el cumplimiento de la finalidad establecida por su cliente, "delegue a un tercero" la ejecución de determinada actividad, sin perjuicio de la responsabilidad directa del fiduciario (artículo 1234 del C. de Co.).

En el caso del proyecto inmobiliario "EL PINAR DEL NOGAL" la fiduciaria delegó en el Banco Cafetero el manejo de los recursos de tesorería, pero no la coordinación ni el manejo del fideicomiso inmobiliario, respecto del cual la fiduciaria conservó sus facultades, prerrogativas y responsabilidad total por los resultados de su gestión.

8. Como la Superintendencia Bancaria no se ha manifestado en relación con la forma como el fiduciario debe cumplir con lo establecido en el numeral 8o. del artículo 1234 del Código de Comercio, sobre la rendición de cuentas a los fideicomitentes, deben tomarse los informes de los estados financieros semestrales de cada uno de los negocios fiduciarios sometidos al examen del ente de control y de las juntas de los diferentes fideicomisos, como acción suficiente para el cumplimiento de tal precepto legal.

La entidad de vigilancia, desconociendo el principio de la imparcialidad, sancionó al actor por no haber rendido a los beneficiarios de los fideicomisos cuentas comprobadas de su gestión cada seis (6) meses, cuando "...jamás se había sancionado por este concepto, administrador alguno".

9. La Superintendencia Bancaria desconoció que la responsabilidad por la supervisión y vigilancia permanente sobre la manera en que se lleva la contabilidad recae directamente en el contador y en el revisor fiscal, en la medida en que sólo ellos poseen los conocimientos y elementos de juicio suficientes para juzgar si la contabilidad se lleva o no en debida forma.

Por tanto, si alguna irregularidad existió respecto de la contabilidad de la fiduciaria, la Superintendencia debió adoptar los medios adecuados y aplicar las sanciones pertinentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 y no, en contra del actor, quien no autorizó ni ejecutó los posibles actos violatorios de los principios generales en materia contable.

10. De conformidad con los anteriores planteamientos, la Superintendencia Bancaria desconoció los principios de legalidad, punibilidad y favorabilidad, establecidos en los artículos 2o. a 6o. del Código Penal, aplicables a todas las actuaciones del organismo de control que tengan finalidades punitivas, en especial cuando se ejercen con fundamento en el Decreto 2920 de 1982.

11. Por otra parte, la resolución 4451 de 1989, fue inoportuna, toda vez que, de conformidad con la regulación anterior a la expedición del Decreto 2304 de 1989, la

administración tenía un plazo de dos (2) meses, para resolver los recursos, contado a partir de su interposición, so pena de la operancia del silencio administrativo negativo.

No obstante lo anterior, el vencimiento del mencionado término no le impedía a la administración resolver, pero a partir de la vigencia del citado decreto (8 de octubre de 1989) la administración perdió competencia al haber transcurrido más de dos meses desde la interposición del recurso de reposición contra la resolución 1822 de 13 de junio de 1989.

LA OPOSICION

La apoderada de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que, en parte alguna del artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986 aparece la expresión "proceso de desmonte progresivo y paulatino de las operaciones no ajustadas a la citada resolución" y por el contrario, tal norma es perentoria en señalar que "no podrán hacerse prórrogas o renovaciones que, globalmente, excedan los topes previstos en el plan de ajuste".

De acuerdo con lo anterior afirmó que, la Superintendencia al expedir los actos acusados se limitó a aplicar la ley, y mediante la comunicación DB-1397 de 1987 le había expresado a la sociedad fiduciaria que no aceptaba el plan de ajuste porque se fundamentaba en documentos que como los CIS no cumplían los requisitos previstos en la resolución 3914 de 1986.

En cuanto al argumento según el cual la entidad de vigilancia no tuvo en cuenta la buena fe del actor, explicó que la competencia de la Superintendencia se circunscribe a verificar si existió o no transgresión de una norma legal, independientemente de la actuación de buena fe.

Finalmente expresó que no existe contradicción entre lo dispuesto por la resolución 314 de 1975 y el literal d) del artículo 22 del Decreto 1939 de 1986, y que, por el contrario, se complementan y armonizan.

Mediante escrito separado, la apoderada de la Superintendencia Bancaria formuló la "excepción previa" de inepta demanda por considerar que el actor se limitó a enunciar las normas, expresar algunas ideas acerca de su inconformidad con los actos acusados, sin que en parte alguna del concepto de la violación aparezca su confrontación con cada uno de los preceptos que estima vulnerados.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada declaró no probada la excepción de inepta demanda y denegó las súplicas de la demanda.

Respecto de la excepción de inepta demanda, el *a-quo*, consideró en cuenta que en la demanda aparecen las normas que se dicen vulneradas y el desarrollo del concepto de la violación en once (11) puntos, donde se adujeron los motivos que configuraron la infracción alegada.

Adicionalmente observó que la parte opositora estudió el alcance del concepto de la violación y que a su vez propuso los argumentos para refutarlo.

El Tribunal analizó el fondo del asunto así:

1. En el artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986 no aparece la expresión resaltada por el actor ("proceso de desmonte progresivo y paulatino de las operaciones no ajustadas a la citada resolución"), toda vez que en ellos no se prevé un desmonte paulatino de las operaciones no ajustadas, sino que se le da la oportunidad a las sociedades fiduciarias, de presentar un plan de ajuste respecto de las condiciones pactadas con anterioridad a la expedición de la resolución que reglamenta las operaciones de fideicomiso de inversión, con el fin de ajustar tales operaciones a los topes previstos en la resolución 3914 de 1986, incluyendo la presentación en tiempo (3 meses siguientes a la expedición de la resolución) y la prohibición legal de prórrogas o renovaciones que excedan los topes previstos.

2. En cuanto a las argumentaciones del actor, en el sentido de que la Superintendencia Bancaria tenía pleno conocimiento de las operaciones y procedimientos utilizados por la sociedad fiduciaria, sin presentar reparo hasta 1989, el *a-quo* señaló que aparecían desvirtuadas con los documentos allegados al proceso, ya que, revisada la correspondencia que la Superintendencia intercambiaba con Scala, se concluye que la entidad de vigilancia y control envió varios oficios a la sociedad fiduciaria manifestándole que las operaciones y procedimientos utilizados por los CIS no se ajustaban a lo previsto en la resolución 3914 (folios 170 a 177 y 193 del cuaderno No. 3 de antecedentes, relacionados con los procedimientos utilizados por Scala en desarrollo del plan de ajuste).

3. Respecto de la buena fe con que actuó la administración de la sociedad fiduciaria, el Tribunal observó que la facultad ejercida por el Superintendente Bancario es reglada, esto es, que ocurrida la violación, la entidad de vigilancia no puede entrar a analizar si se actuó o no de buena fe. Al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado de 19 de junio de 1992, exp. 4075.

También expresó que no eran de recibo los argumentos del actor respecto de la inaplicabilidad de la resolución 214 de 1975 frente al artículo 22 del Decreto 1939 de 1986, toda vez que, como lo afirmó la demandada, se complementan y armonizan.

4. Teniendo en cuenta lo establecido por la Superintendencia en la resolución 3914 de 1986, en el sentido de que el fideicomitente debe expresa de manera inequívoca la premisa a quienes debe entregarse en todo o en parte los dineros y las condiciones en que tal entrega debe realizarse, el *a-quo* sostuvo que no es posible, existiendo la

regulación exacta de la forma como deberían tratarse los dineros de los inversionistas, aceptar argumentaciones que no están acordes con la norma y, como el representante legal no aclaró ni corrigió los destinos de la inversión, transgredió la referida resolución, reglamentaria de las operaciones de fideicomiso de inversión.

5. En relación con la creación de los fondos de estabilización, el Tribunal de instancia afirmó que la resolución 3914 de 1986 prevé la creación de fondos comunes, los cuales deben obtener la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, ya que por estar formados con dinero de los inversionistas la entidad de control debe salvaguardar el buen manejo de los mismos.

6. En lo referente a la sustitución de CIS por pagarés, respecto de los cuales la sociedad fiduciaria instrumentalizó un negocio fiduciario de inversión, el *a-quo* encontró el desconocimiento de las normas que regulan la fiducia y el artículo 8o. de la resolución 3914 de 1986, ya que, al pactarse una remuneración de los recursos recibidos desapareció la obligación de medio del fiduciario porque al fideicomitente se le garantizan los resultados de su inversión.

7. El cargo relativo a que la fiduciaria, dentro de un fideicomiso inmobiliario, podía encargar a un tercero del manejo de los recursos vinculados al mismo, fue despachado desfavorablemente por el Tribunal porque, teniendo en cuenta que la esencia de las actividades fiduciarias se relacionan directamente con la administración de patrimonios de terceros, que implican el manejo de negocios de confianza (calificados como *intuito* personaje), y que, dentro del *sub-lite* está probado el encargo fiduciario entre la sociedad Scala Fiduciaria S.A. y el Banco Cafetero, donde el objeto de tal contrato era la administración e inversión de los recursos vinculados y destinados a la construcción del proyecto inmobiliario EL PINAR DEL NOGAL, la conducta de la fiduciaria contrarió los objetivos de la fiducia y el artículo 1234 del Código de Comercio, ya que la sociedad fiduciaria a través del mencionado contrato, donde aparecía como fideicomitente, delegó la administración primeramente a ella encomendada.

8. Las argumentaciones del actor, en el sentido de que la Superintendencia Bancaria no se ha manifestado acerca de la forma como debe cumplirse lo establecido en el numeral 8o. del artículo 1234 del Código de Comercio, sobre la rendición de cuentas a los fideicomitentes, no fueron aceptados por el *a-quo*, toda vez que, la norma antes citada determina claramente la periodicidad de la rendición de cuentas y los requisitos, sin que sea necesaria explicación o instrucción por parte de la entidad de control.

El hecho consistente en que el actor no tenga conocimiento de que por tal causa (la señalada en el párrafo anterior) se hubiere sancionado a administrador alguno, no resulta válida, toda vez que la Superintendencia, ante la falta advertida debe cumplir con su deber legal de sancionar.

9. Respecto de la responsabilidad del administrador y representante legal el Tribunal observó, con fundamento en los artículos, 196 a 202 del Código de Comercio,

3o. literal n) del Decreto 1939 de 1986 y 23 del Decreto 2920 de 1982, que tales funcionarios deben responder frente al Estado por la presentación de los informes que reflejen la situación financiera y contable de la entidad que representan, bajo una connotación diferente a la de los revisores fiscales y, por lo tanto, ante la omisión en el cumplimiento de los mencionados deberes, la entidad de control y vigilancia debe cumplir con su deber legal imponiendo las respectivas sanciones.

10. En lo relativo a la violación de las normas penales el *a-quo*, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 30 de mayo de 1988, exp. 1041, Consejero Ponente Doctor Hernán Guillermo Aldana y de 23 de marzo de 1990, exp. 1952, Consejera Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos), se pronunció en contra de la aplicabilidad de las normas penales a las actuaciones administrativas.

11. Finalmente y respecto del cargo referente a que la administración había perdido competencia para resolver el recurso de apelación, el *a-quo,* con fundamento en lo establecido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, no le dio prosperidad al cargo, toda vez que, para la época en que se profirieron los actos acusados, la Superintendencia estaba plenamente facultada para decidir el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del C.C.A.

LA APELACION

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó así:

1. El Tribunal no tuvo en cuenta que un ajuste debía incluir necesariamente el desmonte progresivo de las operaciones que contradicen las normas contenidas en la resolución 3914 de 1986, con el objeto de no crear traumatismos frente a las relaciones jurídicas trabadas con la clientela de la fiduciaria, las cuales no podían ser terminadas automáticamente frente a la nueva normatividad.

Alegó que la fiduciaria debía tener la oportunidad de acomodarse de manera gradual a los nuevos términos de la resolución y que, dentro de los topes previstos en el plan de ajuste eran imprescindibles las prórrogas y renovaciones, para manejar el flujo de caja requerido con el fin de atender a la liquidación de las operaciones no ajustadas a los términos de la nueva resolución. Al respecto indicó que tal criterio fue avalado por la Superintendencia en el oficio DET-3968 de 8 de noviembre de 1987, en el que se precisó que por el grado de dependencia existente frente a la cuantía de los CIS suscritos por la sección fiduciaria del Banco Cafetero, era necesaria la implementación de un programa de "desmonte o sustitución gradual".

2. No obstante la existencia de documentos en los que la Superintendencia expresó algunos reparos a las operaciones realizadas a través de los CIS, tal entidad presentó las glosas respectivas tardíamente ya que, paso más de un año antes de que se hubiera pronunciado oficialmente sobre el plan de ajuste sometido a su control.

También adujo que el Tribunal no tuvo en cuenta la circunstancia de que el actor llegó a la administración de Scala cuando ya existía la cuenta CIS en cuantía superior a los mil quinientos millones y se dedicó a bajarla y desmontarla (hasta llevarla a una cifra no superior a los cien millones), y que dentro del expediente obran pruebas en el sentido de que conocidos los reparos se adoptaron las medidas pertinentes.

3. El Tribunal no tuvo en cuenta que en los pagarés no era la fiduciaria la que asumía la obligación de pago de un capital determinado ni de sus intereses ya que, en ellos actuó, no a nombre y por cuenta propios, sino en interés y por cuenta de los patrimonios autónomos por ella administrados, resultando así que, en tales títulos no fue la entidad fiduciaria la que se obligó a reconocer una remuneración, sino lo fueron los patrimonios autónomos que administraba.

4. En cuanto a la posibilidad de que la fiduciaria delegue a terceros la ejecución de ciertos actos dentro de un contrato de fiducia (que el *a-quo* no aceptó), afirmó que el hecho de que la fiduciaria no pueda colocar en cabeza de un tercero la responsabilidad por el cumplimiento del fin del contrato, no significa que la fiduciaria está obligada a ejecutar personal y directamente todos los actos y negocios porque, tratándose por ejemplo de un fideicomiso inmobiliario, nada impide que la fiduciaria, bajo su responsabilidad, pueda encargar a un tercero el manejo temporal de los dineros, de la misma forma en que puede delegar la elaboración de los planos, estudios técnicos y construcción del edificio.

5. Respecto del cargo fundamentado en el hecho de que la sociedad fiduciaria desvió recursos de los contratos números 01383, 01329 y 01389, en cuanto, aunque los dirigió a los fideicomisos señalados por los constituyentes, no invirtió tales dineros en obra, sino en el pago de pasivos a cargo de tales fideicomisos el recurrente afirmó que en relación con un fideicomiso inmobiliario, es imposible que los aportantes señalen específicamente los rubros que dentro del respectivo patrimonio autónomo deben cubrirse con el dinero y por lo tanto, como la única solución posible consiste en manejar una sola tesorería a la que se lleven todos los recursos entregados por terceros con destino a un fideicomiso específico, la fiduciaria cumplió las instrucciones recibidas al haber llevado los recursos a la tesorería del fideicomiso respectivo.

6. En relación con la creación de un "fondo común especial" sin la autorización previa de la Superintendencia, anotó que existe una diferencia entre el pretendido fondo y una simple cuenta contable para efectos de control (fenómeno que en concepto del recurrente ocurrió en el caso de autos) y que, el *a-quo* pasó por alto que la cuenta CIS no correspondía a ningún fenómeno jurídico de administración colectiva de recursos provenientes de varias personas, con el objeto de distribuirles entre sí las utilidades de conformidad con el porcentaje que tengan, elementos estos que definen un fondo, toda vez que tuvo un origen estrictamente contable, con el fin de obtener un mejor control y el apropiado manejo estadístico.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora, dentro de esta oportunidad procesal solicitó que se tuviera en cuenta el escrito de sustentación del recurso de apelación.

La apoderada de la entidad demandada solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y alegó en primer término que las argumentaciones del apelante se fundamentan en un debate de interpretación normativa, en la medida en que acepta la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la resolución 3914 de 1986, para las operaciones realizadas hasta la fecha de expedición de tal resolución y que no se ajustaron a ella, las sociedades fiduciarias debían someter a consideración de la Superintendencia Bancaria un "plan de ajuste" y en lo sucesivo, abstenerse de celebrar nuevas operaciones de fiducia de inversión en condiciones diferentes a las previstas en tal normatividad.

Del acervo probatorio surge que la sociedad fiduciaria Scala S.A., aunque sometió a la aprobación de la Superintendencia el plan de ajuste de sus operaciones de fiducia de inversión, inobservó el deber legal de proponer un plan adecuado y omitió ajustar las operaciones ya celebradas a la nueva normatividad. Al respecto señaló que durante el período comprendido entre enero y septiembre de 1988 se suscribieron nuevos CIS, los cuales, para la época en que la entidad de vigilancia realizó las visitas de inspección aún subsistían, en contravención a lo previsto por el artículo 9o. de la Resolución 3914 de 1986, antes mencionada.

Por otra parte, aclaró que la cuenta CIS desconocía las disposiciones de la referida resolución y la Superintendencia se lo hizo saber a la fiduciaria, desde la expedición de la resolución 3914 de 1986, a través de diferentes comunicaciones, como los oficios, DB-3562 de 21 de octubre de 1986, DB-1397 de 8 de octubre de 1987, PD-223 y 046277 de la misma fecha, que obran dentro del expediente.

En relación con los contratos 01383, 01389 y 01329, se encuentra demostrado que los recursos se destinaron a fideicomisos diferentes de los señalados por el fideicomitente, vulnerándose el artículo 2o de la resolución 3914 de 1986.

Con respecto a los CIS existentes a favor de Sparta Inversiones no se determinaba cuál era el patrimonio que originalmente se obligaba, resultando así que la destinación quedaba al arbitrio de la fiduciaria, transgrediéndose el artículo 2o. ib.

Aparece demostrado que el "fondo de estabilización" creado como mecanismo de apalancamiento financiero, constituye un "fondo común especial" que debió ser aprobado por la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4o. ib.

Concluyó señalando que ante la ocurrencia de los supuestos fácticos relacionados anteriormente, la Superintendencia Bancaria debía imponer la sanción correspondiente

al actor, ya que, las transgresiones a las normas legales se presentaron durante la época en que se desempeñaba como representante legal de la fiduciaria.

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación se pronunció en favor de la confirmación de la sentencia apelada, alegando que independiente de las consideraciones y circunstancias existentes a la llegada del actor a la sociedad, ninguna de ellas está contemplada como excluyente de responsabilidad y su gestión estaba regida por la resolución 3914 de 1986 que perseguía la protección del usuario en atención al orden público económico.

La Superintendencia obró bien frente al comportamiento del actor de suscribir pagarés, encargar al Banco Cafetero de un manejo no autorizado, ya que la garantía del encargo original radica en la confianza depositada en la fiduciaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Superintendencia Bancaria, mediante la resolución No. 3914 de 16 de julio de 1986, que entró a regir a partir de la fecha de su publicación (en el Diario Oficial No. 37.603) el 26 de Agosto de 1986, reglamentó las Operaciones de Fideicomiso de Inversión.

En sus artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 8o., y 9o., estableció que:

"Artículo 1o.- En los contratos que se celebren por las sociedades fiduciarias y las secciones respectivas de los bancos y corporaciones financieras, en los cuales se consagra la finalidad o se prevea la posibilidad de invertir o colocar sumas de dinero, **forzosamente tendrán que observarse las reglas contenidas en la presente resolución.**"

"Artículo 2o.- **El fideicomitente deberá expresar, de manera inequívoca, la persona o personas a quienes deben entregarse en todo en parte los dineros, en desarrollo del encargo o del negocio de fiducia** y el título y las condiciones en que tal entrega debe realizarse, si es del caso, **o indicar los bienes o actividades específicas en los cuales deben invertirse los recursos** de tal manera que el desarrollo del negocio fiduciario no se convierta en un mecanismo a través del cual se realicen actividades que, de conformidad con la ley, únicamente pueden desarrollar los establecimientos de crédito debidamente autorizados para la captación masiva y habitual de dineros del público."

"Artículo 3o.- Las sociedades fiduciarias podrán constituir **fondos comunes, integrados con dineros recibidos de varios constituyentes,** fondos estos que tendrán el carácter de ordinario o especiales, conforme se expresa en esta resolución..."

"Artículo 4o.- **Las sociedades fiduciarias podrán constituir fondos comunes especiales, evento en el cual deberán someter a la previa autorización de la**

Superintendencia Bancaria el proyecto específico de que se trate."

"Artículo 8o.- Teniendo en cuenta que sus obligaciones son de medio y no de resultado, las sociedades fiduciarias así deberán expresarlo en forma visible en los contratos que celebren para el efecto y además,**se abstendrán de garantizar un rendimiento para los dineros recibidos."** (Se subraya).

"Artículo 9o.- Las sociedades fiduciarias que hayan convenido con su clientela condiciones distintas a las previstas a esta resolución, deberán presentar a la Superintendencia Bancaria para su aprobación, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de su publicación, un **plan de ajuste de sus operaciones.** Por consiguiente, **no podrán hacerse prórrogas o renovaciones que, globalmente excedan los topes previstos en el plan de ajuste."**

1. De conformidad con los términos del transcrito artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986, las sociedades fiduciarias que, como la representada por el actor, hubieran convenido con sus clientes condiciones diferentes a las previstas en la resolución, deberían someter a consideración de la Superintendencia Bancaria un "plan de ajuste" de sus operaciones de fideicomiso de inversión, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de publicación de la resolución (26 de agosto de 1986) y, abstenerse de realizar prórrogas o renovaciones que globalmente excedieran los topes previstos en el plan de ajuste.

Dicha norma no se refiere como lo alega el actor y apelante a que el ajuste de las operaciones conllevaba un "proceso de desmonte progresivo y paulatino de las operaciones no ajustadas a la citada resolución" y por el contrario, de manera expresa prohíbe que se hagan prórrogas o renovaciones.

Está comprobado en el expediente que la Fiduciaria Scala S.A., no obstante las comunicaciones que le fueron enviadas por la Superintendencia Bancaria, entre otras mediante el oficio DB-1397 de 8 de octubre de 1987 (fl. 170 a 177 del cuaderno No. 3 de antecedentes), en el cual se le explicó que los CIS (Certificados Inmobiliarios Scala), contravenían las previsiones de la resolución 3914 de 1986 y por lo tanto, era necesario que la fiduciaria procediera a la presentación de un nuevo modelo de contratación, durante el período comprendido entre enero y septiembre de 1988 (según el acta de conclusiones que obra a folio 234 del c.a. No. 3 y la resolución No.1822 de 1989), suscribió nuevos CIS (hecho no negado por la parte actora), y realizó prórrogas y renovaciones, que como lo afirmó en la sustentación del recurso de apelación, resultaban "imprescindibles" en el plan de ajuste, desconociendo así el artículo 9o. de la resolución 3914 de 1986.

2. Afirmó el apelante que "no obstante que efectivamente existen documentos en los cuales la Superintendencia manifestó algunos reparos a las operaciones realizadas a través del CIS, el organismo de control presentó las glosas respectivas de manera tardía..." (fl.302 c.p).

Al respecto se observa que tales afirmaciones no tienen fundamento ya que, en primer lugar, la Superintendencia no manifestó "algunos reparos" sino que le señaló de manera precisa a la fiduciaria que los CIS desconocían la resolución 3914, como se indicó en el punto primero, y de otro lado, la Superintendencia, mediante el Oficio No. 1397 de 8 de octubre de 1987 (fls. 170 del c.a. No. 3 de antecedentes) le comunicó oportunamente a la fiduciaria que los CIS no se ajustaban a las previsiones de la citada resolución 3914 de 1986.

Por todo lo anterior, no resulta válida la afirmación de que el ente de vigilancia intervino tardíamente.

3. En relación con la sustitución de los CIS por pagarés, en los que la Sociedad Fiduciaria, representada legalmente por el actor quien los suscribe (folios 4 a 30 del c.a. No. 3), garantizó un rendimiento para los dineros recibidos, desconociendo así la prohibición del artículo 8o. de la resolución 3914 de 1986 la Sala comparte lo dicho por el *a-quo* en el sentido de que siendo las obligaciones fiduciarias de medio, al garantizar un rendimiento pierden tal carácter, razón por la cual se estableció la prohibición prevista en el citado artículo 8o.

En frente a lo anterior no resulta válido el argumento propuesto por el apelante en el sentido de que los pagarés estaban a cargo de los patrimonios autónomos administrados por la fiduciaria, por cuanto esta situación no se comprobó debidamente, toda vez que en los documentos allegados al proceso, y que obran a folios 4 y siguientes del cuaderno No. 3, los respectivos espacios se encuentran en blanco.

4. También resultan inaceptables las argumentaciones del apelante en el sentido de que tratándose de un fideicomiso inmobiliario se puede "encargar a un tercero el manejo temporal de los dineros" (fl. 304 c.p.) vinculados al mismo, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1234 numeral 1o. del Código de Comercio, la realización diligente de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, constituye uno de los "deberes **indelegables** del fiduciario".

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el hecho no discutido por el actor, consistente en que la Sociedad Fiduciaria Scala S.A. suscribió un "encargo fiduciario" con el Banco Cafetero (fl. 115 del c.p.) cuyo objeto consistió, de conformidad con lo previsto en la cláusula primera del referido contrato, en "la administración e inversión de los recursos monetarios vinculados y destinados a la construcción del proyecto inmobiliario 'EL PINAR DEL NOGAL'...", resulta claro que la delegación de la administración encomendada originariamente a la Fiduciaria Scala S.A., configuró la transgresión del artículo 1234 del Código de Comercio.

5. Dentro del proceso (Acta de Conclusiones fl. 260 c.a. No. 3, que tuvo como fundamento el informe de visita de diciembre 9 de 1988 fl. 314 del mismo cuaderno) se encuentra establecido que la Sociedad Fiduciaria Scala S.A., respecto de los contratos

CIS números 01329, 01383 y 01389, dirigió y destinó los recursos recibidos a fideicomisos distintos de los señalados por el fideicomitente, en contravención a lo establecido en el artículo 2o. de la resolución 3914 de 1986 que exige, que el fideicomitente exprese de manera inequívoca la persona o personas a quienes deben entregarse los dineros en desarrollo del encargo fiduciario, sin que por ello puedan aceptarse los planteamientos del apelante en el sentido de que en este caso, no era necesario que cada constituyente señalara específicamente los bienes en los cuales debían invertirse los recursos una vez puestos en la tesorería del fideicomiso, toda vez que, la parte actora, en su condición de sociedad fiduciaria, estaba en la obligación de cumplir los precisos mandatos de la resolución 3914 de 1986, reglamentaria de las Operaciones de Fideicomiso de Inversión.

6. Finalmente, en relación con el "fondo de estabilización", que en concepto del apelante corresponde a una "simple cuenta contable prevista para efectos de control" (fl. 306 c.p.), se observa por una parte que, la Superintendencia Bancaria, mediante el oficio DB-3562 21 de Octubre de 1986, respondió una comunicación del Presidente de la Sociedad Fiduciaria Scala S.A., manifestándole que "la Sociedades Fiduciarias pueden conformar fondos comunes integrados con los dineros recibidos de varios fiduciantes -en el caso concreto de esa sociedad a través del CIS- los cuales podrán revestir la modalidad de ordinarios o especiales, según si el fideicomitente precisa o no cómo y en qué forma se han de invertir sus recursos, naturalmente, en cada caso, con la previa autorización de la Superintendencia Bancaria" (fls. 296 y 297 c.a No.3), y en el resumen del informe de visita de 14 de diciembre de 1988 (que obra a folio 318 del c.a. No. 3), respecto de la "Cuenta Unificada CIS", se solicitó el desmonte debido a que por su estructura de manejo corresponde a la figura del "Fondo Común Fiduciario Especial" que no ha recibido autorización para operar, y por otro, que la misma parte actora, en la sustentación del recurso de reposición contra la resolución 1822 de 1989, afirmó que "En efecto, el llamado fondo de estabilización estaba constituido con los mismos recursos provenientes de la cuenta CIS, que se destinaban a cubrir las necesidades de liquidez que se presentaban en desarrollo del proceso de desmonte de la citada cuenta...," (fl.72 c.p.).

Así las cosas, el fondo que la fiduciaria constituyó con los dineros recibidos de los fideicomitentes a través de los CIS, con la finalidad de invertirlos en los respectivos fideicomisos inmobiliarios revistió el carácter de un "fondo común especial" respecto del cual, en los términos del artículo 4o. de la resolución 3914 de 1986, la sociedad fiduciaria representada legalmente por el actor, debió haber obtenido la previa autorización de la Superintendencia Bancaria, requisito que, como está demostrado en el proceso y no se controvirtió por parte actora, no se cumplió.

De conformidad con lo anterior, se concluye que, como dentro del *sub-lite* se encuentra plenamente demostrado que durante el período comprendido entre enero y septiembre de 1988, la Sociedad Fiduciaria Scala S.A., presidida y representada legalmente para tal época por el actor, desconoció por los motivos anteriormente

expuestos, la normatividad contenida en la resolución 3914 de 1986, reglamentaria de las Operaciones de Fideicomiso de Inversión, la Superintendencia Bancaria obró conforme a derecho al imponer mediante las resoluciones acusadas la multa al actor, de acuerdo con lo establecido en los artículos 22 del Decreto 2920 de 1982 y 12 literal f) del Decreto 1939 de 1986.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA :

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce a la doctora CLAUDIA ECHEVERRI DE RICAURTE como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folio 236.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS/HECHO IMPONIBLE/AVISOS EN ESPACIO PUBLICO/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En las disposiciones del artículo 1o. letra k), de la Ley 97 de 1913, que creó el impuesto complementario de avisos y tableros y autorizó la regulación a los concejos municipales, o materia imponible, que es la utilización del espacio público, y el hecho imponible (no propiamente "hecho generador", que implicaría actos o negocios jurídicos), o exteriorización del elemento fáctico, consistente en la colocación de avisos en dicho espacio público. Así las cosas, ni la utilización del espacio público, ni el ejercicio de las actividades que constituyen la materia imponible del impuesto de industria y comercio, tienen, por sí, el carácter de hecho imponible del impuesto complementario en cuestión; para esto, es absolutamente indispensable que, además de la utilización del espacio público y el ejercicio de las aludidas actividades, medie la colocación de avisos y vallas de cualquier naturaleza en el espacio dicho.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5699. Apelación sentencia de 30 de mayo de 1994, del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros por período impositivo de 1990, vigencia fiscal 1991. Actor: CARTON DE COLOMBIA S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por conducto de apoderado, interpone el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, en relación con la sentencia de primer

grado, de 30 de mayo de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto de industria y comercio y avisos y tableros del período impositivo de 1990, vigencia fiscal, 1991, promovido por CARTON DE COLOMBIA S.A., contra las resoluciones Nos. 007, 038, 052 y 153-D de 30 de enero, 20 de febrero, 20 de abril y 25 de mayo de 1992, expedidas, las tres primeras, por la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yumbo, y la última, en apelación subsidiaria, por el Alcalde de la misma localidad.

ANTECEDENTES

La primera de las citadas resoluciones, aparte del impuesto básico de industria y comercio, igual al de liquidación privada, determinó el complementario de avisos y tableros, en cifra de $3.877.748; la segunda, aclaró la anterior, en el sentido de que, respecto de ambos gravámenes, el valor fijado era el mensual; la actuación fue confirmada en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Se contrae al valor establecido por concepto del impuesto complementario, en virtud de la aducida no sujeción a éste de la contribuyente, en el municipio de Yumbo.

Indica violados los artículos 1o., literal K), de la Ley 97 de 1913, 37 de la Ley 14 de 1983 ("hoy, art. 200 del Decreto 1333/86"), 10 del Decreto reglamentario 3070 de 1983, 43 y 44 del acuerdo 003 1989, 59 del Decreto 01 de 1984 y 29 de la Constitución.

Explica que, según lo planteado en la vía gubernativa, no se daba, en el caso, el carácter de sujeto pasivo del impuesto complementario en cuestión, ya que éste se tenía previsto, en el primero de los citados artículos, por la "colocación de avisos en la vía pública, interior y exterior de coches, de tranvías, estaciones de ferrocarril, cafés (sic) y cualquier establecimiento público", y en las dos disposiciones subsiguientes, por "todas las actividades comerciales, industriales y de servicios (...), como complementario del impuesto de industria y comercio", con respecto "a toda modalidad de aviso, valla..." (sic), mientras que la sociedad, desde su propia liquidación privada, había negado reiteradamente la sujeción, al no liquidarse el tributo.

Añade que, por lo que se desprende de la sustentación de los actos impugnados, el único argumento esgrimido por la Administración para mantener el discutido impuesto, es el de que éste sea complementario del de industria y comercio y se deba cobrar por todas las actividades comerciales, industriales y de servicios, "tengan, o no, avisos publicitarios", con ostensible quebranto de las indicadas normas, según se habría sentado por el Consejo de Estado, en las sentencias de 5 de octubre de 1990 y 8 de noviembre de 1991, respectivamente, dictadas con ponencias de los señores Consejeros Jaime Abella Zárate y Guillermo Chahín Lizcano, algunos de cuyos apartes se transcriben; así que el gravamen de que se habla, sólo sería complementario del de

industria y comercio, en la medida en que se realizara el hecho generador, o manifestación externa del hecho económico, según los aludidos pronunciamientos jurisprudenciales, esto es, "la colocación de avisos y tableros en lugares públicos", hecho no demostrado en el proceso.

A los anteriores conceptos de violación, agrega el de la "falta absoluta de motivación" de la providencia que decidió el recurso de apelación (resolución No.153-D, mayo 25/92), que ignoraría el derecho de defensa de la recurrente y el debido proceso y, además, configuraría desviación de poder (Art. 59 y 84, Dec. 01/84, y 29, inc. 1o. C.N.), infringiéndose los preceptos a que debía sujetarse la actuación.

Afirma, por último, que la reiterada manifestación de la contribuyente, de no tener avisos o vallas en lugares públicos del municipio de Yumbo, constituía negación del carácter indefinido que no exigía prueba (Art. 177, inc. 2o, C.P.C.), trasladándose la carga de ésta a la Administración; no obstante, pide, al efecto, la práctica de inspección judicial, y que se tenga como prueba el certificado del revisor fiscal de la sociedad, anexo a los escritos de los recursos gubernativos.

LA SENTENCIA

Accede a las súplicas de la demanda y se fundamenta en que, si bien el impuesto de avisos y tableros es complementario del de industria y comercio, en lo que respecta al hecho generador ("uso de un lugar público"), se debe tratar el mismo en forma independiente, "lo que significa que si el contribuyente no hace uso de la vía pública (sic), no habrá lugar al cobro del impuesto", conforme a lo definido por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

Expresa, por otra parte, haberse constatado, mediante inspección comisionada al juez municipal de Yumbo, que la demandante, "no tiene colocados avisos o vallas en lugares públicos ni en la vía pública" de dicho municipio, razón por la cual, "se concluye que no existe fundamento legal alguno para imponer (el) gravamen a la sociedad actora por la vigencia fiscal de 1991..."

EL RECURSO

Sostiene, en síntesis, que no obstante haber manifestado la actora no tener avisos, vallas o tableros en los lugares de que hablan las Leyes 97 de 1913, 84 de 1915 y 14 de 1983, habría que atender a que la misma hace uso del espacio público (entendido éste como "el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados", según el artículo 5o. de la Ley 9a. de 1989), e igualmente a que el artículo 43 del Acuerdo 003 de 1989, dispone liquidar y cobrar el impuesto en cuestión, "a todas las actividades industriales, comerciales, financieras y de servicios", o sea, que el mismo se liquidaría, "no por la exposición, o no, de avisos, tableros, etc., sino por ejercer (se) dentro del municipio de Yumbo cualesquiera de las actividades descritas..."

Prosigue, que la Ley 14 de 1983, hizo del impuesto discutido, "algo inseparable" del de industria y comercio, y que al haberse declarado, por el Consejo de Estado, la nulidad de la expresión, "y comunicación al público", del artículo 10, inc. 1o., del Decreto 3070 de 1983, reglamentario de la citada Ley 14, se habría dado pie a que "todas las empresas empiecen a negar su obligación fiscal respecto de los avisos y tableros...", aparte de producirse el estancamiento (sic) de normas, "por la falta de estudio de quienes, por competencia, deben analizar las leyes, y no sólo mirar su texto literal (sic), sino también cuál pudo ser el motivo que dio origen al presente proceso, y a más que al presente proceso, a las normas en que se basan las personas que pretenden temerariamente evadir el pago de los impuestos que legalmente deben cancelar (sic) a los municipios en cuyos territorios se encuentren ubicadas sus sedes..."

El apoderado de la actora, manifestó oponerse al recurso, en cuanto en éste se habrían invocado normas no aplicables al caso ("como el artículo 5o. de la Ley 9a. de 1989") y reiterado la "controvertida tesis de que el impuesto de avisos y tableros es complementario del impuesto de industria y comercio y se causa por el sólo hecho de ejercer (se) actividades industriales, comerciales y de servicios en un municipio determinado"; repite, además, planteamientos de la demanda.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

Se pronuncia por la confirmación del fallo recurrido, dadas las normas y la jurisprudencia invocadas por éste, no habiéndose desvirtuado la prueba de que la actora no usaba el "espacio público para colocar avisos publicitarios".

LA SALA CONSIDERA

El impuesto de que se trata, por su propia denominación y la índole del hecho imponible, es sustancialmente distinto de aquel del que se dice complementario, pues, sólo tiene en común con éste, el importe liquidado del mismo, al que se aplica la tarifa del 15%.

Según lo tiene establecido la Sala, en las disposiciones del artículo 1o. letra K), de la Ley 97 de 1913, que creó el impuesto complementario de avisos y tableros y autorizó la regulación a los concejos municipales, son perfectamente identificables, un supuesto fáctico, o materia imponible, que es la utilización del espacio público, y el hecho imponible (no propiamente "hecho generador", que implicaría actos o negocios jurídicos), o exteriorización del elemento fáctico, consistente en la colocación de avisos en dicho espacio público.

El artículo 37 de la Ley 14 de 1983, adicionado por el 78 de la Ley 75 de 1986, respecto del sector financiero, mantuvo los dos elementos de causación del tributo, toda vez que remitió claramente al "impuesto de avisos y tableros autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915", aunque vinculando dichos elementos a las actividades comunes propias del impuesto de industria y comercio; a su vez, el artículo 10 del

Decreto 3070 de 1983, repite que "el impuesto de avisos y tableros de que trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, se aplica a toda modalidad de aviso, valla (y comunicación al público) (frase entre paréntesis, anulada por sentencia de esta Corporación de junio 22 de 1990).

Así las cosas, ni la utilización del espacio público, ni el ejercicio de las actividades que constituyen la materia imponible del impuesto de industria y comercio, tienen, por sí, el carácter de hecho imponible del impuesto complementario en cuestión; para esto, es absolutamente indispensable que, además de la utilización del espacio público y el ejercicio de las aludidas actividades, medie la colocación de avisos y vallas de cualquier naturaleza en el espacio dicho.

Por otro aspecto, la circunstancia de que el artículo 43 del Acuerdo 003 de 1989, no mencione expresamente la colocación de los avisos o tableros, en modo alguno puede significar que hubiera "creado" una regulación distinta de la prevista por la Ley y el reglamento.

En conclusión, no habiéndose desvirtuado las afirmaciones y pruebas de la demandante, referentes a no haber colocado ésta avisos o vallas en el municipio de Yumbo, el recurso de que se conoce no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, ENVIESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

SECCION QUINTA

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1o.) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0384. Actor: Municipio de Bucaramanga. C/Compañía Agrícola de Seguros S. A.

Decide la Sala las excepciones de mérito propuestas por el apoderado de la COMPAÑIA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. contra el auto de mandamiento de pago dictado el 12 de mayo de 1993 por el Juzgado Primero de Ejecuciones Fiscales, Tesorería Municipal de Bucaramanga.

ANTECEDENTES

Con base en título integrado por la póliza de seguro No. 422400 de 23 de enero de 1992 cuya cuantía es de $60.000.000 otorgada por la Compañía Agrícola de Seguros S. A. para garantizar el cumplimiento de la entrega de premios oficiados en el sorteo de la rifa denominada "Super Millonaria Plan de Transportador 92"; la resolución No. 1341 de 21 de octubre de 1992 por medio de la cual el Alcalde de Bucaramanga ordena hacer efectiva dicha póliza; y la Resolución No. 005 de 19 de enero de 1993 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, confirmándola en todas sus partes (fls. 2, 3 y 6), el Juzgado Primero de Ejecuciones Fiscales - Tesorería Municipal de Bucaramanga libró en favor del Municipio y contra la aseguradora mandamiento ejecutivo de pago el 12 de mayo de 1993 por la cuantía indicada, más los intereses por mora a la tasa del 18% anual, costas y gastos procesales.

Notificado el anterior proveído personalmente al representante legal de la Compañía Agrícola de Seguros S. A., el 9 de junio de 1993 (Fl. 10), propuso las siguientes excepciones de mérito que denominó así:

1.- Inexistencia de título ejecutivo en contra de la Compañía Agrícola de Seguros S. A., alegando que en este caso se necesitan varios elementos para constituir un título ejecutivo, toda vez que la póliza es una garantía accesoria al acto principal que es la autorización para realizar cualquier rifa.

Que según los artículos 205 y 247 del Decreto 401 de 1991 (Código de Policía de Bucaramanga) la Administración debe demostrar que la rifa se efectuó o que el permiso que otorgó el Municipio por intermedio de la Secretaría de Hacienda se fundamentó en la póliza y demás garantías exigidas.

Pero resulta que dicho permiso se autorizó por la Alcaldía y los demás requisitos no se cumplieron y, por tanto, el sellamiento de las boletas que le da vida a la obligación

de la Administración con los terceros y con la compañía de seguros no se practicó conforme lo demuestra el Oficio R.V.E. No. 094 de junio 12 de 1992 del Secretario de Hacienda Municipal, de donde resulta que la Compañía de Seguros, que de buena fe entregó una póliza, "... terminó avalando un acto calificado de ilegal ante la evidencia de que el agente sujeto de la rifa no cumplió o realizó los actos que enmarcaban de legalidad su actuación". (Fl. 15).

2.- Fijación de la cuantía que se cobra ejecutivamente en forma temeraria y arbitraria por la Administración, precisando que no existe liquidación del perjuicio mediante la aplicación de una multa o sanción, sino que se cobra hasta el tope de la póliza, por lo cual no tiene sustento el mandamiento ejecutivo dictado contra la aseguradora.

3.- Inexistencia de suma líquida a favor del Municipio, que basa en el hecho de que en las dos resoluciones que se usan como componentes del título ejecutivo no se justifica suma líquida alguna, lo cual hace que el mandamiento de pago carezca de existencia jurídica.

4.- Carencia de causa lícita en la fijación de la cuantía, por cuanto el Municipio de Bucaramanga está cobrando la suma de $60.000.000 que proviene de un acto ilegal realizado por el director de PADEJAN, al vender unas boletas que carecían de la autorización legal o sellamiento.

5.- Prejudicialidad, en razón a que cursa actualmente ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones que forman parte integrante del título ejecutivo.

CONSIDERACIONES

Reitera la Sala su criterio en el sentido de que si los supuestos alegados como excepción no encajan dentro de alguno de los casos únicos, taxativos que pueden oponerse contra el auto de mandamiento de pago según el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, su examen resulta improcedente, por cuanto la norma citada de manera expresa dispone lo siguiente:

"ART. 509. Excepciones que pueden proponerse:

1. .....

2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o en un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basan en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140 y de la pérdida de la cosa debida ...".

De las excepciones propuestas, ninguna de ellas se halla comprendida dentro del artículo 509 numeral 2 del C. de P. C., lo cual por sí solo bastaría para declarar su improcedencia, no obstante la Sala estima conveniente referirse a ellas señalando lo siguiente:

En el presente caso, la Póliza No. 422440 de fecha 23 de enero de 1992, en cuantía de $60.000.000 otorgada por la Compañía Agrícola de Seguros a favor del Municipio de Bucaramanga, y las resoluciones ejecutoriadas Nos. 1341 y 005 de 21 de octubre de 1992 y 19 de enero de 1993, que gozan de presunción de legalidad, dejan ver una obligación clara, expresa y actualmente exigible a cargo de la compañía aseguradora.

Conforme al numeral 5 del artículo 68 del C. C. A., las garantías que por cualquier concepto se otorguen a favor de las entidades públicas constituyen junto con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación, título ejecutivo que presta mérito ejecutivo, a favor del Estado, susceptible de poder hacerse efectivo mediante proceso de jurisdicción coactiva.

Por consiguiente, ninguno de los razonamientos expuestos por el demandado como fundamento de las 4 primeras excepciones propuestas le restan virtualidad al título ejecutivo tomando como base para exigir la obligación, a más de que, conforme al artículo 509 numeral 2o. del C. de P. C. son improcedentes.

Respecto a la supuesta excepción de prejudicialidad, propuesta por la parte demandada, la Sala ya ha tenido oportunidad de expresar que no se trata de un medio exceptivo sino de una causal de suspensión del proceso que puede ser decretada por el juez competente a solicitud de parte, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley, sin que el hecho de haber sido demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad del acto o actos administrativos que componen el título ejecutivo, que es potestativo del interesado, impida que la Administración pueda obtener el recaudo de sus acreencias por la vía del procedimiento establecido para tal fin en los artículos 561 y siguientes del C. de P. C.

Por tanto, es improcedente su alegación como excepción desde todo punto de vista.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.- Rechazar por improcedentes las excepciones propuestas por el apoderado de la Compañía Agrícola de Seguros S. A. contra el auto de mandamiento de pago dictado el 12 de mayo de 1993 por el Juzgado Primero de Ejecuciones Fiscales - Tesorería Municipal de Bucaramanga.

2.- Continúe la ejecución.

3.- Condénase en costas a la excepcionante que se tasarán conforme lo ordena la ley.

4.- Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO EJECUTIVO/EXCEPCION/CADUCIDAD-Inexistencia/MANDAMIENTO DE PAGO

El excepcionante menciona dos figuras diferentes como son la prescripción y la caducidad, sustentándolas en una misma circunstancia, el transcurso del tiempo, alegando que pasaron tres años después de liquidado el contrato sin que se hubiera iniciado actividad jurisdiccional alguna y otros tres, desde la fecha en que se libró mandamiento de pago hasta la de la notificación del mismo. Al respecto cabe aclarar que la legislación procesal civil aplicable al proceso ejecutivo-coactivo (arts. 561-568 C. P. C.), no consagra un término perentorio dentro del cual deba iniciar la acción respectiva, luego, no puede hablarse de su caducidad, puesto que esta institución procesal se estructura cuando expiran los plazos que para el efecto indicado señala la ley.

PRESCRIPCION EXTINTIVA/TITULO EJECUTIVO/EXCEPCION

Los cinco (5) años requeridos para efecto de la prescripción extintiva, comenzaron a correr a partir del 13 de marzo de 1984, fecha en que se suscribió el último de los documentos integrantes del título ejecutivo complejo; a partir de esa data transcurrieron algo más de diez años antes de que trabara la relación jurídico-procesal con la ejecutada cuando, por conducto de Curador *Ad-litem,* el 8 de abril de 1994, se la notificó del mandamiento de pago. Salta a la vista que el término señalado en el artículo 66-3 del C. C. A., fue holgadamente superado, antes de que la administración vinculara procesalmente a la persona natural demandada, razón suficiente para que esta Sala declare probada la excepción de prescripción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., julio ocho (8) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No.0402. Jurisdicción Coactiva. Partes: Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) C/ Rosalba Atehortúa de Echeverry y Seguros Caribe S. A. Jurisdicción Coactiva.

Procedente del Instituto de Radio y Televisión - Jurisdicción Coactiva - ha llegado el expediente de la referencia para que se resuelva la excepción propuesta por el curador *ad-litem* de la demandada, señora Rosalba Atehortúa de Echeverry.

ANTECEDENTES

1.-) Por conducto de apoderado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión "INRAVISION", presentó ante el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales demanda ejecutiva contra Rosalba Atehortúa de Echeverry y Seguros Caribe S. A.; para ese efecto, anexó los siguientes documentos: poder conferido por el Director del Instituto mencionado; certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones sobre la existencia y representación legal de Inravisión; contrato No. 1519 de 5 de noviembre de 1981, celebrado entre Inravisión y Rosalba Atehortúa de Echeverry; otrosí al mismo contrato; certificado de paz y salvo de la contratista para con Inravisión; certificado de paz y salvo por concepto de impuesto sobre rentas, venta y complementarios, expedido a favor de la contratista; recibo de pago por valor de $18.600.oo, expedido por la Imprenta Nacional; póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales expedida por Seguros Caribe S. A., por valor de $6.705.400.oo; copia de la resolución No. 04635 de 9 de diciembre de 1981 emanada de la Dirección de Inravisión, por la cual se aprueba la póliza referida; copia auténtica de la resolución No. 01449 de 10 de mayo de 1983, emanada de la Dirección General de Inravisión, por medio de las cuales se declaró la realización del riesgo asegurado; copia auténtica del oficio No. 02322 de abril 12 de 1988, dirigido por el Director Ejecutivo de Inravisión al representante legal de Seguros Caribe S. A., con la nota de recibo por parte de éste y, certificado acerca de la existencia y representación legal de Seguros Caribe S. A., expedido por la Superintendencia Bancaria (fls. 2-64).

2.-) Del análisis de la documentación relacionada antes, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales dedujo, que prestaba mérito ejecutivo y con fecha marzo 13 de 1989 libró orden de pago por vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y a cargo de Seguros Caribe S. A., por la cantidad de tres millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos dos pesos ($3.994.902.oo), más los intereses del 18% anual, a partir del 23 de diciembrede 1984 y las costas que se causaren (fls. 66-67).

De la anterior decisión se notificó personalmente al representante legal de la ejecutada (fl. 71), procediendo a constituir apoderado (fl. 72), quien solicitó la

suspensión del proceso aduciendo la existencia de una acción contenciosa contra los actos administrativos expedidos por Inravisión -R.4370/84 y 154/85- (fl. 74); por su parte, el apoderado de la ejecutante pidió librar mandamiento ejecutivo contra Rosalba Atehortúa de Echeverry ya que ella no quedó comprendida dentro de la primera orden de pago (fl. 91).

3.-) Después de avocar el conocimiento de las presentes diligencias (fl. 96), el Instituto Nacional de Radio y Televisión dictó auto fechado el 19 de abril de 1993, mediante el cual resolvió hacer extensiva la orden de pago a Rosalba Atehortúa de Echeverry, disponiendo además que esa decisión le fuera notificada a la demandada (fl. 98); la ejecutante también resolvió denegar la solicitud de suspensión del presente proceso aduciendo que, para probar la existencia del contencioso, la ejecutada se limitó a allegar copia auténtica de la demanda contra los actos administrativos, documento que a criterio de Inravisión no constituye prueba de la existencia del proceso, contando además conque esta causa no se encontraba en estado de dictar sentencia, dado que aún no se surtía la notificación de la señora Atehortúa de Echeverry (fls. 105-106).

Al no ser posible la comparecencia de la demandada, Rosalba Atehortúa, a efecto de notificarle personalmente el mandamiento de pago (fl. 102), se le designó Curador *Ad-litem* (fl. 103), quien después de aceptar el cargo (fl. 107) se notificó del mandamiento ejecutivo (fl. 108) y al descorrer el traslado de la demanda propuso los siguientes medios exceptivos:

EXCEPCIONES PROPUESTAS

Prescripción y caducidad, dado que "el contrato que sirve de base para este proceso fue debidamente liquidado desde hace más de tres años, sin que antes se hubiera iniciado actividad jurisdiccional alguna, por una parte, y por otra que ha transcurrido un período superior a tres años desde la fecha en que se libró el mandamiento de pago hasta la fecha en que éste fue notificado". (fls. 109-110).

Dentro del traslado previsto en el artículo 510 del C. P. C., el apoderado de la ejecutante se pronunció sobre las excepciones propuestas, reuniendo en dos los hechos aducidos para fundamentarlas:

1.-) El primero relacionado con la afirmación en el sentido de que el contrato que sirvió de base a este proceso fue liquidado hace más de 3 años, sin que antes se hubiera iniciado actividad jurisdiccional alguna. Con este hecho se asevera que el término de prescripción de la acción ejecutiva derivada de un crédito que conste en un documento público es de tres años; afirmación desacertada según los artículos 2535 y 2536 del C. P. C.

Dado que los Decretos 150/76 y 222/83 no señalaron término especial de prescripción para las acciones ejecutivas derivadas de contratos, ha de aplicarse el que por vía general establece el artículo 2536 del C. C., luego el término de 3 años que alega

la demandada no es el lapso de prescripción a que está sometida la acción ejecutiva derivada del contrato administrativo, tal lapso se aplica única y exclusivamente al agotamiento o caducidad de la competencia de la administración para imponer sanciones (art. 38 C. C. A.)

Es cierto que el Consejo de Estado ha sostenido que el término de prescripción de las acciones derivadas de actos administrativos es de cinco años, pero este lapso no es aplicable a los documentos públicos que no contienen una decisión unilateral de la administración, ni se consumó en el *sub-júdice*, pues la obligación de Rosalba Atehortúa de Echeverry se hizo exigible el 13 de marzo de 1984, fecha del acta de liquidación y la demanda fue presentada el 24 de junio de 1988, interrumpiéndose en esa fecha la prescripción, como quiera que el ejecutante no estaba sujeto a cumplir con la carga establecida en el entonces vigente artículo 90 del C. P. C. de pagar expensas de citación, puesto que la norma especial aplicable a las ejecuciones por jurisdicción coactiva (art. 564 C.P. C.), no imponía ni impone dicha carga a las entidades públicas; por consiguiente, la prescripción quedó interrumpida con la presentación de la demanda.

La demandante transcribe parte de una providencia dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, el 16 de septiembre de 1988, de la cual, dice, es 'un acierto asentar que el término de prescripción de las acciones ejecutivas contra los garantes es el mismo lapso de ejecutividad del correspondiente acto administrativo, dada la integración que establece la ley entre garantía y acto administrativo; pero dicha doctrina -agrega- confunde entre ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, cualidades claramente distinguidas por los artículos 64 y 68 del C. C. A.; los regímenes de una y otra figura son diferentes, así la ejecutoriedad del acto administrativo desaparece por pérdida de fuerza ejecutoria al consumarse el término de 5 años sin que la administración haya realizado los actos que le corresponden -art. 66-3 C. C. A.-, en cambio la ejecutividad del acto administrativo se extingue únicamente por prescripción, una vez transcurrido el lapso señalado en la ley sin que la administración haya instaurado la acción ejecutiva; este lapso de prescripción no está fijado en el Estatuto Contractual ni en el Código Contencioso Administrativo, fuerza entonces concluir que dicho lapso es el establecido en el artículo 2536 del C. C. Si el legislador dispuso, por una parte, en el artículo 2517 del C. C., que los entes públicos están sometidos a las reglas civiles en materia de prescripción y no estableció, por otra parte, un término distinto aplicable a los mismos, habrá de admitirse que el lapso de prescripción de sus acciones ejecutivas es de 10 años.

En conclusión: la demanda ejecutiva fue presentada dentro del plazo de prescripción, sea de 5 años como lo sostiene la doctrina citada, o de 10 como se desprende de los textos legales que se dejaron interpretados.

2.-) El segundo hecho consistente en que transcurrió un período superior a 3 años, desde la fecha en que se dictó el mandamiento de pago hasta la de notificación del

mismo constituye una afirmación que no es cierta, pues la orden que en tal sentido se libró el 19 de abril de 1993 contra Rosalba Atehortúa de Echeverry fue notificada el 8 de abril de 1994; tal aseveración tampoco sirve de fundamento a la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, derivada del documento público, pues aquella sólo está sujeta a prescripción decenal, susceptible de interrumpirse con la presentación de la demanda.

CONSIDERACIONES

1.-) Las excepciones fueron propuestas dentro del término previsto en el artículo 509-1 del C.P.C., y esta Sala es competente para resolverlas, de conformidad con lo previsto en los artículos 128-13 del C. C. A., en concordancia con el 256 *ibídem* y 1o. del Acuerdo 30 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

2.-) Los medios exceptivos se plantearon en los siguientes términos"

> "Prescripción y caducidad de la acción, teniendo como fundamento que el contrato que sirve de base para este proceso fue debidamente liquidado desde hace más de tres años, sin que antes se hubiera iniciado actividad jurisdiccional alguna, por una parte, y por la otra que ha transcurrido un período superior a tres años desde la fecha en que se libró el mandamiento de pago hasta la fecha en que éste fue notificado".

El excepcionante menciona dos figuras diferentes como son la prescripción y la caducidad, sustentándolas en una misma circunstancia, el transcurso del tiempo, alegando que pasaron tres años después de liquidado el contrato sin que se hubiera iniciado actividad jurisdiccional alguna y otros tres, desde la fecha en que se libró mandamiento de pago hasta la de la notificación del mismo.

Al respecto, cabe aclarar que la legislación procesal civil aplicable al proceso ejecutivo-coactivo (arts. 561-568 C. P. C.), no consagra un término perentorio dentro del cual se deba iniciar la acción respectiva, luego, no puede hablarse de su caducidad, puesto que esta institución procesal se estructura cuando expiran los plazos que para el efecto indicado señala la ley.

En relación con la exigibilidad de los títulos ejecutivos de derecho público, el artículo 68-4 del C.C.A., dispone:

> (...)
>
> *Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:*
>
> *(...)*

4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso.

(...)

El título ejecutivo que en este caso sirvió de fundamento al mandamiento de pago está integrado por varios documentos de los cuales, en voces de la norma transcrita, son relevantes:

2.1.-) El contrato No. 1519, suscrito el 5 de noviembre de 1981 entre el Director General de Inravisión y Rosalba Atehortúa de Echeverry, cuyo objeto era el arrendamiento de espacios de televisión durante el término comprendido entre el 1o. de enero de 1982 y el 31 de diciembre de 1983, por un valor de veintiséis millones ochocientos veintiún mil seiscientos pesos ($26.821.600). (fls.19-35).

2.2.-) Otrosí al convenio mencionado que las partes suscribieron el 23 de diciembre de 1981 (fl. 36).

2.3.-) Póliza de Seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales, expedida por Seguros Caribe S. A., el 18 de noviembre de 1981, garantizando el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato 1519/81 (fls. 40-41).

2.4.-) Acta final de liquidación del convenio referido, fechada el 13 de marzo de 1984, en la cual se determinó que la contratista adeudaba a Inravisión la suma de tres millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos dos pesos ($3.994.902) (fls. 53-54).

Después de producida el acta referida, el Director General de Inravisión dictó la resolución No. 4370, fechada el 17 de octubre de 1984, declarando ocurrido el riesgo amparado bajo la póliza emitida por Seguros Caribe S. A. (fls. 55-57); contra este acto administrativo se interpuso el recurso de reposición, resuelto mediante la resolución No. 154 de enero 14 de 1985 confirmando la recurrida (fls. 60-62).

En el caso a estudio, la conformación del título ejecutivo complejo culminó el 13 de marzo de 1984, cuando se suscribió el acta de liquidación del contrato, bajo el imperio del Decreto 01 de 1984 que había comenzado a regir el 1o. de los mismos mes y año, razón por la cual la excepción de prescripción será analizada en relación con la previsión contenida en el artículo 66-3 del C.C.A.

El precepto aludido que consagra el término de prescripción es del siguiente tenor:

Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción

en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

3. *Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*

Conforme con lo dicho antes, los cinco (5) años requeridos para efecto de la prescripción extintiva, comenzaron a correr a partir del 13 de marzo de 1984, fecha en que se suscribió el último de los documentos integrantes del título ejecutivo complejo; a partir de esa data transcurrieron algo más de diez años antes de que se trabara la relación jurídico-procesal con la ejecutada Rosalba Atehortúa de Echeverry cuando, por conducto de Curador *Ad-litem*, el 8 de abril de 1994, se la notificó del mandamiento de pago (fl. 108).

Salta a la vista que el término señalado en el artículo 66-3 del C. C. A., fue holgadamente superado, antes de que la administración vinculara procesalmente a la persona natural demandada, razón suficiente para que esta Sala declare probada la excepción de prescripción propuesta por el Curador *Ad-litem* y en consecuencia, en relación con la señora Atehortúa de Echeverry también declare la terminación del proceso.

Como Seguros Caribe S. A., luego de notificarse por medio de su representante legal del mandamiento de pago librado en su contra (fls. 66 a 71), no hizo manifestación alguna para defenderse, es del caso ordenar seguir adelante la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento de pago de marzo 13 de 1989.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por el Curador *Ad-litem* en representación de Rosalba Atehortúa de Echeverry contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Instituto Nacional de Radio y Televisión -INRAVISION-, el 19 de abril de 1993.

SEGUNDO: En relación con la señora Rosalba Atehortúa de Echeverry se declara **terminado** el proceso.

TERCERO: Siga adelante la ejecución en contra de Seguros Caribe S. A., en la forma señalada en el mandamiento de pago librado en marzo 13 de 1989.

CUARTO: Condénase en costas a la parte ejecutada, Seguros Caribe S. A. **Liquídense** por la Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y EN FIRME ESTE PROVEIDO VUELVA AL LUGAR DE ORIGEN.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/ACUMULACION DE PROCESOS-Improcedencia/ **CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL DEL AMAZONAS/REPRESENTANTE A LA CAMARA-**Inhabilidad Personal/**ACTO DE ELECCION GENERAL**

De lo anotado antes puede concluirse, que aunque ambos procesos se adelantan en razón de la acción electoral ejercida contra las elecciones llevadas a cabo para Cámara de Representantes el 13 de marzo de 1994, por la circunscripción electoral del Departamento del Amazonas, lo cierto es que el primero se refiere concretamente a la elección de JUAN JOSE SILVA HAAD con base en una inhabilidad de tipo personal, que lógicamente sólo tiene que ver con dicho candidato y sin que perjudique a los demás elegidos por esa circunscripción, mientras que el segundo hace referencia al acto de elección en general respecto a ese departamento y con base en motivos relacionados con irregularidades en los escrutinios. Para evitar decisiones contradictorias del fallo que se profiera en cada uno de esos procesos, envíese copia al otro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1105. Electoral - Unica Instancia. Actor: Dilma del Socorro Castro Carbal.

Según el informe secretarial que antecede, cursan en esta Sección, dos (2) procesos electorales contra los actos contenidos en las actas de escrutinio general y

parcial fechadas el 17 de marzo de 1994, por medio de los cuales la Comisión Escrutadora Departamental del Amazonas, declaró la elección de los Representantes a la Cámara por ese Departamento para el período 1994-1998 y en especial del señor JUAN JOSE SILVA HAAD.

Los procesos referidos son:

1.-) El contenido en el expediente No. 1105 promovido por la señora DILMA DEL SOCORRO CASTRO CARBAL, actuando en nombre propio, en el que solicita la nulidad del acto señalado en el párrafo anterior, pero en relación exclusivamente con la elección de JUAN JOSE SILVA HAAD, fundada en que dicho señor estaba inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara por el Amazonas, de conformidad con el numeral 3 del art. 179 de la C. N., porque dentro de los seis (6) meses anteriores al 13 de marzo de 1994, prestó servicios médicos profesionales remunerados y contrató con diferentes entidades públicas que funcionan en ese Departamento. Dicho proceso cursa en el Despacho del Doctor LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

2.-) El contenido en el expediente No. 1106 iniciado por el señor JOSE ANTONIO SALAZAR RAMIREZ, actuando en nombre propio, en el que solicita la nulidad del acto electoral mencionado antes, sin concretar la petición a persona alguna, fundándola en que el acta de escrutinio es apócrifa, pues en el escrutinio general se incluyeron votos de corregimientos e inspecciones que no figuran en ninguno de los escrutinios de los municipios del Departamento del Amazonas, y que la Comisión Escrutadora Departamental obtuvo el cuociente electoral con base en información diferente a la suministrada por la Comisión Escrutadora de Leticia y la de Puerto Nariño. Dicho proceso cursa en el Despacho de la Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

De lo anotado antes puede concluirse que aunque ambos procesos se adelantan en razón de la acción electoral ejercida contra las elecciones llevadas a cabo para Cámara de Representantes el 13 de marzo de 1994, por la circunscripción electoral del Departamento del Amazonas, lo cierto es que el primero se refiere concretamente a la elección de JUAN JOSE SILVA HAAD con base en una inhabilidad de tipo personal, que lógicamente sólo tiene que ver con dicho candidato y sin que perjudique a los demás elegidos por esa circunscripción, mientras que el segundo hace referencia al acto de elección en general respecto a ese departamento y con base en motivos relacionados con irregularidades en los escrutinios.

Para evitar decisiones contradictorias del fallo que se profiera en cada uno de esos procesos, **envíese** copia al otro.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

No decretar la acumulación de los dos procesos mencionados en esta providencia.

Devuélvase el proceso contenido en el expediente No. 1106 al Despacho de la magistrada que venía conociendo del mismo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL/ SUSPENSION PROVISIONAL

La suspensión provisional aparece regulada en cuanto a procedencia y requisitos por el art. 152 del C. C.A., tal como quedó subrogado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989, aplicable a los procesos electorales, conforme a lo previsto por el art. 230 *ibídem,* subrogado por el art. 66 de la ley 96 de 1985; la ley reguladora de la medida establece que la petición de suspensión provisional debe hacerse antes de que la demanda sea admitida, en escrito separado o dentro del mismo libelo demandatorio y sustentarse de como expreso. Si se trata de acción pública de nulidad, agrega la misma norma, bastará que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, por confrontación directa o mediante documentos públicos allegados con la solicitud.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1145. Unica instancia - Suspensión provisional. Actor: Félix Salcedo Baldión.

Por hallarse ajustada conforme a derecho la anterior demanda debe admitirse.

Dentro del mismo libero pero en acápite aparte se solicita la suspensión provisional del Acuerdo No. 02 de 6 de mayo de 1994 proferido por el Consejo Nacional Electoral.

Manifiesta que el acto acusado violó los arts. 1o., 2o., 29, 122, 123 y 209 de la C. N.; los arts. 4o., 140-9 inc. 2o., 142, inc. 2o. del art.145 y 246 del C. de P. C.; los arts. 188, 189, 192 y 193 del Código Electoral y los arts. 56, 57 y 58 del C. C. A.

Al respecto explica:

Se violó el art. 29 de la C. N., que establece el debido proceso en todas las actuaciones adminstrativas. Cita sentencia T-503 del 25 de agosto de1992 de la H. Corte Suprema de Justicia.

El Consejo Nacional Electoral no cumplió con los procedimientos administrativos y electorales que se exigen para otorgar validez al acto por el cual resolvió, "**cuando afirman verificar reclamaciones facultadas por la ley sin ritual alguno**". Cita sentencia No. 62 del 10 de mayo de 1993, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia.

Existiendo, continúa, un procedimiento electoral reglamentado por el Decreto 2241 de 1986, cuya fuente de consulta o remisión para llenar vacíos es el Decreto 01 de 1984 que a su vez y para los mismos efectos remite al C. de P. C., es ostensiblemente violatoria la forma como los Magistrados del Consejo Nacional Electoral resolvieron la apelación interpuesta por el actor, agotando así la vía gubernativa y violando el derecho al debido proceso. Con lo anterior se viola también el art. 1o. de la Carta Magna, al considerarse el Consejo Nacional Electoral, un órgano que actúa separadamente de aquellos que conforman la función pública del país. El hecho de verificar el acto complejo electoral, sin ritual alguno, desconoce la disposición que orienta al país como un estado de derecho.

El incumplimiento del respeto por los derechos de la persona y el desacato de uno de los principios rectores de la actuación estatal hacen anulable el Acuerdo.

El principio de la eficacia, contenido en el art. 2o. de la Constitución Nacional, también fue violado, ya que el órgano que profirió el Acuerdo No. 02 de 6 de mayo de 1994 omitió flagrantemente la aplicación de normas de orden público, como son las normas procesales. En efecto, cuando se les solicitó la práctica de una prueba, al tenor de lo dispuesto por los arts. 56 a 58 del Decreto 01 de 1984, decretaron ésta omitiendo la notificación del auto que la ordenó, incurriendo en la causal procesal contenida en el art. 140 , num. 9o., inc. 2o. del C. de P. C.

Las normas constitucionales confieren a las autoridades un poder reglado los arts. 3, 6, 121, 122, 123, inc. 2o. de la C. N. resultaron violados porque cuando se solicitó la práctica de una prueba conforme a los arts. 56 a 58 del C. C. A. que indica su oportunidad, admisibilidad y término en el cual se debe fijar, los magistrados decretaron una prueba omitiendo la notificación del acto que la ordenó incurriendo en nulidad procesal del art. 140, inc. 2o., cuando considera como tal el hecho de dejar de notificar providencia distinta a la de la admisión de la demanda.

El art. 209 garantiza la efectividad de los derechos conforme al art. 265 nums. 1o., 5o., y 12 la organización electoral debe ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral, velar por el desarrollo de los procesos electorales en condición de plenas garantías y hacer cumplir la Constitución, la ley y el reglamento.

Se afirma en el acto acusado que hubo extemporaneidad sin manifestar el por qué violando el art. 193 del Código Electoral.

Se violó el marco de referencia que se deduce del simple cotejo del acuerdo y de lo manifestado en la norma.

Afirma la falsa motivación del acto por cuanto las autoridades electorales aplican los arts. 188 y 189 del C.E. que no tratan de la admisibilidad, notificación y forma de ejecutar una prueba y trámite de una nulidad procesal asuntos a los que se aplica el C. de P. C. por remisión del C. C. A.

Por último, se violó el derecho de protección, el cual le fue cercenado por causa de las irregularidades. (fls.218 a 229).

Se observa:

La suspensión provisional aparece regulada en cuanto a procedencia y requisitos por el art. 152 del C. C.A., tal como quedó subrogado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989, aplicable a los pocesos electorales, conforme a lo previsto por el art. 230 *ibídem,* subrogado por el art. 66 de la Ley 96 de 1985; la ley reguladora de la medida establece que la petición de suspensión provisional debe hacerse antes de que la demanda sea admitida, en escrito separado o dentro del mismo libelo demandatorio y sustentarse de modo expreso. Si se trata de acción pública de nulidad, agrega la misma norma, bastará que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, por confrontación directa o mediante documentos públicos allegados con la solicitud.

La petición debe resolverse por la Sala en el mismo auto admisorio de la demanda como lo prevé el art. 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989, y es susceptible de ser recurrrida en apelación si el negocio tiene dos instancias y en reposición, si el asunto es de única instancia.

De manera general, la Sala debe precisar que para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, tal como lo establece la disposición reguladora, que se observe a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos, bien sea que la ostensible violación se manifieste por la simple comparación de la norma con el acto acusado o por la confrontación de los documentos públicos allegados y la disposición correspondiente.

En cualquiera de los casos previstos por la ley, es indispensable que no haya necesidad de emprender una labor de interpretación porque en tal caso la violación no

sería la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, no sería procedente la medida en estudio. En otras palabras, el alcance de la disposición debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo y hace imprósperа la petición en esta etapa del proceso.

En el presente caso la petición aparece elevada en forma oportuna y con la debida sustentación, por lo que se procede a analizar el fundamento de la misma. El peticionario considera que con la confrontación de documentos se demuestra la flagrante violación de las disposiciones invocadas en la solicitud, por lo cual, la Sala procede a efectuar el estudio respectivo, teniendo en cuenta los parámetros anteriores.

Las disposiciones constitucionales citadas por la parte solicitante son normas de carácter general que aunque pueden resultar infringidas, tal infracción en los procesos electorales sólo se percibe como consecuencia de la violación directa de las normas que establecen nulidades de las elecciones. En consecuencia por sí solas en el presente caso no sirven para la prosperidad de la medida por cuanto no regulan la situación de manera concreta para establecer en esta etapa del proceso su violación ostensible.

En relación con las disposiciones de los Códigos Electoral, Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil, que establecen ritualidades y procedimientos para recaudar pruebas, tramitar recursos y cumplir con los procedimientos, la Sala considera que la violación de las mismas requiere no sólo de la comparación del acto acusado con las disposiciones indicadas sino del cotejo de las demás pruebas allegadas que no son susceptibles de analizarse en esta etapa de proceso. En efecto, de la sola comparación del acto acusado y las normas citadas no se deduce la violación ostensible exigible por la ley; se requiere una serie de análisis del conjunto de elementos de juicio, no sólo del acto acusado, para deducir si hay o no violación de las mismas, análisis propio del momento del fallo.

Así las cosas, se concluye que no procede la declaratoria de suspensión del acto acusado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1. Admitir la anterior demanda. En consecuencia se dispone:

A. Notifíquese por edicto como lo señala el num. 1o. del art. 233 del C. C. A., tal como fue subrogado por el art. 60 del Decreto 2304 de 1989.

B. Notifíquese personalmente al Ministerio Público.

C. Comuníquese al Congreso de la República.

D. Fíjese en lista por tres días para que dentro de este término se conteste la demanda y se soliciten o aporten pruebas.

E. Háganse la notificación y las publicaciones a que alude el inc. 2o. del num. 4o. *ibídem.*

2. Deniégase la suspensión provisional del acto acusado por las razones expuestas en la parte motiva.

3. Reconócese al Dr. Rafael de Jesús Barbosa Mercado, como apoderado del señor Félix Salcedo Baldión, en los términos y para los efectos del poder conferido visible a folio 184.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa ycuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ACTA DE LIQUIDACION/MERITO EJECUTIVO-Inexistencia/**CODIGOS DE CONTRATACION**-Vigencias

El acta de liquidación final del contrato administrativo, en la época de los hechos no prestaba por sí sola mérito ejecutivo, dado que el artículo 192 inciso tercero del Decreto 150 de 1976, que le reconocía este carácter, fue declarado inexequible mediante sentencia proferida el 1o. de diciembre de 1977 por la Corte Suprema de Justicia. Sólo cuando entró en vigencia el Decreto 222 de 1983, el 2 de febrero del mismo año, se le atribuyó mérito ejecutivo a dicho documento.

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Vigencia/**OBLIGACIONES FISCALES/ PRESCRIPCION**-Inexistencia/**CODIGO CIVIL**-Aplicación/ **ACCION EJECUTIVA/ PRESCRIPCION/ CONTRATO DE SEGURO/CODIGO DE COMERCIO**-Aplicación

Respecto de situaciones ocurridas con anterioridad a la expedición del Decreto 01 de 1984, encuentra la Sala que es viable la aplicación del art. 2536 del C. C., puesto que al no existir, por aquel entonces, disposiciones de naturaleza administrativa que determinaran la prescripción para el cobro de las obligaciones fiscales a favor del Estado por la vía de la jurisdicción coactiva, se hacía necesario acudir a la normatividad existente en el Código Civil sobre prescripción, dado el carácter de orden público y la finalidad de utilidad social y de preservación de la seguridad jurídica que tal fenómeno conlleva. Según tal ordenamiento jurídico, la acción ejecutiva tiene señalado un término de prescripción de diez (10) años que empieza a correr a partir del día en que el acreedor ha podido

accionar; pero como en el caso *sub-exámine* el derecho a ejercitar la acción se deriva del acaecimiento del riesgo asegurado dentro de un contrato de seguro, cuya regulación para efectos de la prescripción se rige por la norma especial del artículo 1081 del C. de Co., es esta disposición la aplicable para el caso controvertido, conforme a lo establecido en los artículos 2545 del C. C. y 5o., regla primera de la Ley 57 de 1887.

PRESCRIPCION EXTINTIVA ORDINARIA/PRESCRIPCION EXTINTIVA EXTRAORDINARIA/CONTRATO DE SEGURO/PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA/ACTO ADMINISTRATIVO/JURISDICCION COACTIVA

El artículo 1081 del Código de Co., establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para los derechos y las obligaciones correlativas y para las acciones que se derivaban del contrato de seguro, las que corrían por igual antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, tanto para el derecho y las obligaciones emanadas del contrato de seguro como para la prescripción de la acción ejecutiva, pues no se había consagrado, por dicha época, la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por no hacerse efectivas las obligaciones en ellos contenidas y que hoy en día, determinan una clara diferenciación, entre la prescripción del derecho y la prescripción de la acción, para el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación generada en el contrato de seguro.

PROCESO EJECUTIVO/JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCIONES- Improcedencia

De acuerdo con el pretranscrito artículo 509 del C. de P. C., aplicable a los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, las excepciones de inexigiblidad de la obligación, de enriquecimiento sin causa, de inexistencia del título ejecutivo y de coexistencia de seguros no están comprendidas dentro del listado de medios defensivos oponibles en esta clase de procesos y, por tal razón, son improcedentes.

JURISDICCION COACTIVA/PRESCRIPCION EJECUTIVA/PRESCRIPCION EXTINTIVA/ DERECHOS DEL ESTADO

El Consejo de Estado, por medio de su Sala Plena y de sus Secciones Cuarta, antes, y Quinta ahora ha sido constante en expresar su criterio en el sentido de que el tema atinente a la prescripción ejecutiva por jurisdicción coactiva quedó definido en el actual Código Contencioso Administrativo, y que este fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos del Estado debe encuadrarse dentro de los límites que señala el precitado artículo 66 del C. C. A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0341. Actor: Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) C/Yolanda Villabona Gutiérrez - Aseguradora Colseguros S.A. y El Cóndor S.A.

Decide la Sala las excepciones propuestas por el apoderado de la Aseguradora Colseguros S. A., por el apoderado de El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales y por el curador*ad-litem* de Yolanda Villabona Gutiérrez, contra el auto de mandamiento de pago proferido el 9 de noviembre de 1988 por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

El Instituto Colombiano de Radio y Televisión "INRAVISION", por conducto de apoderado, presentó demanda ejecutiva de mayor cuantía el día 29 de abril de 1988 ante el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, a efecto de que se librara mandamiento de pago contra Yolanda Villabona Gutiérrez por la cantidad de $4.600.429 correspondiente al valor del arrendamiento de espacios de televisión por los meses de 1982 (Fl. 69).

Con fundamento en lo anterior el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, con fecha 9 de noviembre de 1988, libró mandamiento por vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de la Sociedad Aseguradora Colseguros S. A. con NIT 60.026.181, por la cantidad de $4.567.940, más intereses que se causaren a la tasa del 18% anual a partir del 29 de diciembre de 1982, y costas (Fls. 95-98).

En contra de la sociedad Compañía de Seguros Generales Antioquia S. A., hoy El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales con Nit. 90.300.182, por la cantidad de $1.932.060, más intereses a la tasa del 18% anual que se causaren a partir del 21 de diciembre de 1982, y costas, y en contra de Yolanda Villabona Gutiérrez, por la cantidad de $4.650.429, más intereses a la tasa del 3% mensual a partir del 16 de septiembre de 1982 y costas que se causaren (Fl. 95).

El mandamiento de pago le fue notificado personalmente a la apoderada de Aseguradora Colseguros S. A. el 2 de enero de 1989 (fl. 109), y al representante legal de El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales, el 5 de enero de 1989.

La señora Yolanda Villabona Gutiérrez fue notificada por medio de curador *ad-litem*, el 30 de junio de 1993 (Fl. 185), después de agotarse el trámite previsto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil.

Contra el auto de mandamiento de pago fueron propuestas las siguientes excepciones:

1.- POR LA SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

1.1. PRESCRIPCION, señalando el señor apoderado que la Resolución No. 03764 del 29 de octubre de 1982 agotó la vía gubernativa y desde su notificación nació el derecho de Inravisión para cobrar la póliza de seguros.

Que el artículo 1081 del Código de Comercio habla de la prescripción ordinaria y extraordinaria, y esta última es de 5 años, término que corre desde el momento que nace el derecho que en el presente caso venció en noviembre de 1987.

Adujo que son aplicables los artículos 64 y 66, numeral 3 del C. C. A., y que, según este último, los actos administrativos pierden fuerza ejecutiva cuando al cabo de 5 años de estar en firme, la administración no realiza los actos correspondientes para ejecutarlos; y tal como puede observarse, las resoluciones que sirvieron de base a la ejecución en el *sub-lite* se encuentran prescritas desde el mes de noviembre de 1987.

1.2.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, fundamentada en que los documentos presentados no reúnen los requisitos de ley para dictar mandamiento ejecutivo "... porque conforme al Decreto 150 de 1976, era requisito que las actas de liquidación fueran aprobadas por el Jefe o Director de la Entidad Contratante y además se expidiera la resolución de aprobación y esto no ha ocurrido en el proceso de la referencia o por lo menos estos documentos no fueron aportados al proceso, por lo que hay una carencia de título y una inexistencia de la obligación". (Fls. 135 y 136).

2.- POR LA SOCIEDAD EL CONDOR S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES.

2.1. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION, alegando que si en el contrato No. 1469 celebrado entre Inravisión y Yolanda Villabona Gutiérrez, se pactó una garantía de cumplimiento por valor de $4.567.940 otorgada en su totalidad por la Aseguradora Colseguros S. A., la otra póliza expedida por El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales "... carece de causa legítima en vista de estar respondiendo por tal cumplimiento otra entidad aseguradora que expidió (sic) primero (el 6 de noviembre de 1981) la garantía, respondiendo en el tiempo y en el derecho en primer término..." (Fl. 138).

2.2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, por cuanto si el perjuicio se ha estimado previamente en la suma de $4.567.940 y para garantizar el pago del mismo se expidió la póliza por la Compañía Aseguradora S. A., el hecho de engrosar al patrimonio de Inravisión una suma de dinero superior a la convenida constituiría un enriquecimiento no permitido.

2.3. INEXISTENCIA DE TITULO EJECUTIVO CONTRA EL CONDOR S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES, puesto que el contrato No. 1469 no puede ser base de ejecución contra una compañía de seguros que expidió

una póliza para garantizar el cumplimiento de dicho contrato que a su vez ya había sido también avalado en cuanto a su cumplimiento por otra sociedad aseguradora.

2.4. COEXISTENCIA DE SEGUROS - PRORRATEO, excepción esta que fue interpuesta como subsidiaria de las anteriores en caso de su no prosperidad, con el argumento de estar demostrado que se expidieron dos pólizas de seguros para amparar el mismo riesgo, siendo lo procedente la aplicación del prorrateo, esto es, que si la suma de$1.932.060, que es el valor asegurado por EL CONDOR S.A., equivale al 42.29% en relación con la cantidad total aseguradora, según la figura de la "coexistencia de seguros" se debe aplicar dicho porcentaje sobre el mencionado valor de $1.932.060 asegurado por El Cóndor S. A. "... para obtener como suma a cancelar, en caso tal, la cantidad de $817.185.84 M/cte." (Fl. 139).

3.- POR YOLANDA VILLABONA GUTIERREZ.

PRESCRIPCION DE LA ACCION O PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA, que se fundamenta en el artículo 66 numeral 3 del C.C.A., por cuanto en el *sub-lite* transcurrieron más de cinco (5) años sin que Inravisión procediera a ejecutar el contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981 suscrito con Yolanda Villabona, y "... El acto administrativo (sic) en el caso (sic) que nos ocupa quedó en firme y adquirió (sic) su carácter ejecutivo desde el día 15 de enero de 1988, fecha en la çual aparece la constancia secretarial de la ejecutoria de la resolución No. 03623 del 18 de octubre. Todo lo anterior al tenor del artículo 62 y 64 del C. C. A.". (Fl. 187)

En memorial visible de folios 193 a 196, el señor apoderado del Instituto de Radio y Televisión -INRAVISION- se refirió, dentro del término legal, a las excepciones alegadas, limitando su análisis a la de prescripción propuesta por el curador *ad-litem* de Yolanda Villabona Gutiérrez, como quiera que, en su criterio, según el artículo 2537 del Código Civil las obligaciones accesorias como las contraídas por las Aseguradoras prescriben al tiempo con la obligación principal.

Señaló que para desestimar el medio defensivo cimentado en el hecho de haber transcurrido más de cinco años entre la fecha de ejecutoria de la resolución 3623 de 18 de octubre de 1982, que agotó la vía gubernativa y la notificación del mandamiento ejecutivo, basta con señalar que el Código Contencioso que en su artículo 66 consagra la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos entró en vigencia el 1o. de marzo de 1984, y aun admitiendo que dicha norma regulara la prescripción de los créditos a favor de las entidades públicas, el plazo de la prescripción solamente podría contarse desde cuando el Código Contencioso Administrativo entró a regir, conforme a las reglas del artículo 41 de la ley 153 de 1987. Por lo que de ninguna manera habría alcanzado a consumarse la prescripción dado que Inravisión presentó su demanda el 29 de abril de 1988.

Observó que el excepcionante incurre en confusión entre dos conceptos muy distintos como son la prescripción de la acción ejecutiva por un lado y por el otro la

realización de los actos necesarios para ejecutar un acto administrativo. Que sólo a partir del nacimiento del crédito en el acta de liquidación del contrato es que cabe computar el término de la prescripción que está reservado a la ley, y a falta de norma expresa, el plazo de la acción ejecutiva para el cobro de un crédito a favor de un establecimiento público es el de diez (10) años previsto en el artículo 2536 del Código Civil.

CONSIDERACIONES

A. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

PRESCRIPCION

Según el libelista, desde la notificación personal de la resolución No. 03764 de octubre 29 de 1982, que agotó la vía gubernativa, nació el derecho de Inravisión para hacer efectiva la póliza otorgada por la Sociedad Aseguradora Colseguros S. A. por la suma de $4.567.940, en cumplimiento del citado contrato No. 1469, y ese derecho venció en noviembre de 1987.

Según expresa, dos son las razones jurídicas que aduce para fundamentar la excepción de prescripción de la acción que ha propuesto:

1.- El artículo 1081 del Código de Comercio relativo a la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros que es de dos (2) y de cinco (5) años, respectivamente, y que empieza a correr desde el momento que nace el respectivo derecho.

2.- El artículo 66, numeral 3 del C.C.A. según el cual, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria al cabo de cinco (5) años de estar en firme, si la administración no ha realizado los actos necesarios para su ejecución.

Del examen de la documentación obrante en el expediente, aparece establecido según los términos del Contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981, de arrendamiento de espacios de televisión por valor de $18.271.760 celebrado entre Inravisión y Yolanda Villabona Gutiérrez, que la contratista se comprometió a constituir una póliza de seguro por cuantía equivalente al 25% del valor estimado del citado contrato, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1983 y seis meses más para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales "especialmente en cuanto al pago oportuno de la renta mensual de arrendamiento" (Fl. 30).

Con tal fin, la Compañía Aseguradora Colseguros S. A., constituyó la póliza No. 006447 por valor de $4.567.940 (Fl. 40).

Con posterioridad a la declaratoria de caducidad del referido contrato, mediante Resolución No. 03342 de 16 de septiembre de 1982 que también ordenó hacer efectiva

la cláusula penal pecuniaria por la suma de $4.567.940, equivalente al 25% del valor del contrato, confirmada por Resolución No. 03623 de 18 de octubre del mismo año, y a la decisión negativa de revocación directa de tales actos contenida en la Resolución No. 03764 de octubre 29 de 1982, se produjo la liquidación final del contrato No. 1469 mediante acta suscrita entre las partes el 17 de noviembre de 1982, resultando a cargo de la contratista, entre otros valores adeudados, la cantidad de $ 4.567.940 por concepto de la cláusula penal pecuniaria, conforme a la citada acta (Fls. 69 y 70), suma cuyo cobro se pretende ahora por vía de la jurisdicción coactiva a la Compañía Aseguradora Colseguros S. A., conforme está dispuesto en el numeral primero de la parte resolutiva del mandamiento de pago proferido, el 9 de noviembre de 1988, por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales (Fls. 95 a 98).

Debe observar la Sala que para la época de ocurrencia de los anteriores hechos se encontraba vigente el Decreto 150 de 1976 sobre contratación administrativa. En cumplimiento del artículo 192 del citado estatuto, según el cual los contratos deben liquidarse por el jefe de la entidad contratante o por quien él encargue, el Director de Inravisión mediante resolución No. 01116 de 28 de abril de 1982 visible al folio 68 del expediente designó al jefe de la Oficina Jurídica para liquidar los contratos de arrendamiento de espacios de televisión.

Para el caso del contrato No. 1469 que interesa, como ya se anotó, tal liquidación se cumplió el 17 de noviembre de 1982 con las observaciones y propuestas anexas. Y en este punto cabe aclarar que el acta de liquidación final del contrato administrativo, en la época indicada, no prestaba por sí sola mérito ejecutivo, dado que el artículo 192 inciso tercero del Decreto 150 de 1976, que le reconocía este carácter, fue declarado inexequible mediante sentencia proferida el 1o. de diciembre de 1977 por la Corte Suprema de Justicia. Sólo cuando entró en vigencia el Decreto 222 de 1983, el 2 de febrero del mismo año, se le atribuyó mérito ejecutivo a dicho documento.

Pero es evidente que el Acta de liquidación final del contrato que, en el presente caso, fue suscrita el 17 de noviembre de 1982 entre Inravisión y Yolanda Villabona Gutiérrez como expresión de acuerdo entre las partes, y en la cual se estableció el valor del crédito a cargo del contratista, constituye la actuación definitiva de una secuencia de actos conexos, como son, el contrato No. 1469 de 30 de octubre de 1981, su otrosí y anexos, las pólizas Nos. 006447 y 23167, y las resoluciones Nos. 03342 y 03623 y 03764 de 16 de septiembre, 18 y 29 de octubre de 1982, respectivamente, todos los cuales conforman el título ejecutivo complejo que dió origen a la presente acción.

Así las cosas, para los efectos de establecer el momento desde el cual podía la administración exigir por la vía de la acción ejecutiva el valor adeudado, debe tomarse como punto de partida el día 17 de noviembre de 1982, fecha en la cual se liquidó el contrato de arrendamiento de espacios de televisión.

El apoderado de la Compañía Aseguradora COLSEGUROS S.A., propone la excepción de prescripción con base en el art. 1081 del Código de Comercio, del siguiente tenor:

> La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.
>
> La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
>
> La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.
>
> Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Sobre el particular se señala que, en asunto similar, en relación con la excepción de prescripción propuesta con base en la norma pretranscrita, que no alcanzó prosperidad en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva y dio origen al ya extinguido recurso extraordinario de anulación, decidido por la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia de mayo 7 de 1991, esta Corporación dijo lo siguente:

> El artículo 1081 del C. de Co., establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para el derecho y la obligación correlativos y para las acciones que se deriven del contrato de seguro. Dentro de tales términos quedan comprendidas tanto la acción ejecutiva como la ordinaria. Dicha norma consagra una excepción a la regla general sentada por el artículo 2536 del C. C., según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, que no del derecho y la obligación mismos, es de diez (10) años.
>
> En los eventos en que la obligación que la administración pretendía exigir derivara de un contrato de seguro por acaecimiento del siniestro o riesgo asegurado y éste hubiere sido otorgado para amparar obligaciones del contratista frente a la administración contratante, la regulación de la prescripción se sujetaba en su integridad a la norma antes citada. Es decir, la acción que la administración podía intentar contra el asegurador prescribía en los términos señalados en el artículo 1081 de C. de Co. Del hecho de que al crédito se le diera el calificativo de obligación fiscal, no se derivaba consecuencia diferente a la antes señalada, ya que tal calificativo no tenía, ni tiene hoy en día la virtualidad de transmutar la naturaleza jurídica y el origen mismo de la obligación, tampoco conducía a una conclusión distinta el argumento atinente a la conformación del título ejecutivo que permite a la administración el cobro de la obligación por la vía de la jurisdicción coactiva. Concretamente en el evento que nos ocupa, la circunstancia de que tal título se estructurara a más del contrato en que es parte contratante

la administración y de la póliza, con uno o varios actos administrativos, para nada incidía en la determinación del término de prescripción de la acción, pues únicamente concernía a la posibilidad o viabilidad de incoar la acción ejecutiva por la vía de la jurisdicción coactiva. De otra parte, el artículo 1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre en contra del interesado y es claro que siendo la administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada...

De lo anterior se concluye que desde el momento que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y que desde la fecha en que la administración contratante había tenido o debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción, a diferencia de lo que ocurre a partir de la vigencia del actual C. C. A., en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emanan del contrato de seguro, aspecto éste regido por el artículo 1081 del C. de Co., y el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3 del C.C.A. (Exp. R-087. Actor: LA NACION-FONDO VIAL NACIONAL. Consejero ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Extractos de Jurisprudencia. Tomo XII. Págs. 38 y 39).

Comparte esta Sección Quinta las consideraciones en la providencia transcrita sobre aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, no sólo respecto a situaciones presentadas con anterioridad al decreto 01 de 1984, sino también respecto de hechos ocurridos durante su vigencia cuando la prescripción alegada se relaciona con la extinción de derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro mas no cuando ella se refiere a la extinción del derecho de la administración para ejercitar la acción que se origina en el acto administrativo que concreta la obligación fiscal en favor del Estado.

Respecto de situaciones ocurridas con anterioridad a la expedición del decreto 01 de 1984, encuentra la Sala que es viable la aplicación de la citada norma, puesto que al no existir, por aquel entonces, disposiciones de naturaleza administrativa que determinaran la prescripción para el cobro de las obligaciones fiscales a favor del Estado por la vía de la jurisdicción coactiva, se hacía necesario acudir a la normatividad existente en el Código Civil sobre prescripción, dado el carácter de orden público y la finalidad de utilidad social y de preservación de la seguridad jurídica que tal fenómeno conlleva.

Según tal ordenamiento jurídico, la acción ejecutiva tiene señalado un término de prescripción de diez (10) años que empieza a correr a partir del día en que el acreedor ha podido accionar; pero como en el caso *sub-exámine* el derecho a ejercitar la acción se deriva del acaecimiento del riesgo asegurado dentro de un contrato de seguro, cuya

regulación para efectos de la prescripción se rige por la norma especial del artículo 1081 del Código de Comercio, es esta disposición la aplicable para el caso controvertido, conforme a lo establecido en los artículos 2545 del C. C. y 5o., regla primera, de la ley 57 de 1887.

El artículo 1081 del Código de Comercio, establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para los derechos y las obligaciones correlativas y para las acciones que se derivaban del contrato de seguro, las que corrían por igual antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, tanto por el derecho y las obligaciones emanadas del contrato de seguro como para la prescripción de la acción ejecutiva, pues no se había consagrado, por dicha época, la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos por no hacerse efectivas las obligaciones en ellos contenidas y que hoy en día, determinan una clara diferenciación, entre la prescripción del derecho y la prescripción de la acción, para el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la acción, para el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación generada en el contrato de seguro.

En el *sub-lite*, el título ejecutivo se conformó el 17 de noviembre de 1982 al suscribirse entre las partes contratantes el acta de liquidación del contrato de arrendamiento de espacios de televisión, acto mediante el cual se consolidó el título de recaudo; y es a partir de esta fecha en que debe empezar a contarse el término de prescripción de dos años, que para la extinción de la acción ejecutiva derivada del contrato de seguros, tiene prevista el citado artículo del Código de Comercio.

Así las cosas, es lógico concluir que si Inravisión presentó demanda ejecutiva en contra de la sociedad excepcionante el 29 de abril de 1988, con base en un título ejecutivo conformado por varios documentos, el último de los cuales está fechado el 17 de noviembre de 1982 y el mandamiento de pago fue notificado el 2 de enero de 1989, la acción así incoada se hallaba prescrita conforme al artículo 1081 del Código de Comercio por haber transcurrido un lapso superior a dos años desde que el título que sirvió de base a la acción surgió a la vida jurídica, pues es a partir de ese momento que ha de reputarse que el "interesado", Inravisión, tuvo conocimiento del hecho que dio base a la tardía acción que ejerció, y la cual se extinguió por prescripción, al no emplearse dentro del término previsto por la ley en ese entonces, dado que la prescripción escogida por la sociedad demandada se regía por normas vigentes antes de la expedición del Decreto 01 de 1984, como son las especiales contempladas en el Código de Comercio, artículo 1081.

Como consecuencia de lo anterior, habrá de prosperar la excepción de prescripción de la acción ejecutiva propuesta por la Sociedad Aseguradora COLSEGUROS S.A., y, en cuanto a ella respecta se declarará terminado el proceso y se ordenará el desembargo de sus bienes si lo hubiere.

B.- EXCEPCIONES PROPUESTAS POR ELCONDOR S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES.

El artículo 509 del Código de Procedimiento Civil vigente el 20 de enero de 1989, fecha en la cual el señor apoderado de El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales propuso excepciones, disponía lo siguiente:

"EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE:

1. ...

2. Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o en otra providencia que conlleve ejecución, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que ellas se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos contemplados en los incisos segundo y tercero del artículo 154, la de pérdida de la cosa debida y las previas de que tratan los numerales 1 a 5 del artículo 97".

De acuerdo con el pretranscrito artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, las excepciones de inexigibilidad de la obligación, de enriquecimiento sin causa, de inexistencia del título ejecutivo y de coexistencia de seguros no están comprendidas dentro del listado de medios defensivos oponibles en esta clase de procesos y, por tal razón, son improcedentes.

Más como el excepcionante insiste en la inexigibilidad de la obligación en contra de su representada y también manifiesta que no existe título ejecutivo, con fundamento en que la póliza expedida por la Compañía Aseguradora Colseguros S. A., que garantiza el cumplimiento del contrato No. 1469 en un 25% de su valor total, dejó sin eficacia la póliza expedida con posterioridad por El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales que amparaba el mismo objeto, y también aduce que se estableció un primer y un segundo grado de garantía, se considera conveniente anotar que tales argumentos giran en torno, a desconocer la existencia y condicionar la validez del título, no siendo ésta la oportunidad ni la vía para discutir aspectos que debieron alegarse inicialmente a través de los recursos propios en la etapa gubernativa, y ante los estrados judiciales.

Por lo demás, se reitera, que el contrato No. 1469, la Resolución No. 03342 que decretó la caducidad del mismo y ordenó hacer efectivas dichas pólizas si la contratista no se allanare a satisfacer las obligaciones derivadas del referido contrato, así como los demás documentos relacionados en los antecedentes de este proveído, conforman el título ejecutivo a tenor del numeral 4) del artículo 68 del C. C. A., el cual va en contra de cualquiera de las partes ejecutadas dentro de los límites de su respectiva responsabilidad, lo que significa para la compañía de seguros que debe responder por el pago de la suma asegurada.

En consecuencia, como quedó dicho, las excepciones propuestas por el señor apoderado de El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales, serán rechazadas por improcedentes.

La Sala agrega que la prescripción debe alegarla quien pretenda aprovecharse de ella. Como quiera que el señor apoderado de la Compañía Seguros Generales Antioquia S. A., hoy El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales no propuso la excepción de prescripción, ni existe prueba de solidaridad entre las compañías de seguros demandadas, la ejecución deberá continuar en contra de la mencionada sociedad El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales pero únicamente por el valor de la suma asegurada, esto es, por $1.932.060 más los intereses a que haya lugar.

C.- EXCEPCION PROPUESTA POR YOLANDA VILLABONA GUTIERREZ.

PRESCRIPCION DE LA ACCION O PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA.

Se apoya el curador *ad litem* de la ejecutada en el numeral 3) del artículo 66 del C. C. A., y hace consistir el hecho alegado como base de la excepción en que por haber transcurrido más de cinco años desde la fecha de ejecutoria de la Resolución No. 03623 de 18 de octubre de 1982 sin ejecutar el contrato, prescribió para Inravisión su derecho a accionar.

Como quedó establecido, el título ejecutivo en el *sub-lite* que está conformado por varios documentos, se consolidó el 17 de noviembre de 1982, fecha en la cual fue suscrita entre las partes el Acta de liquidación final del contrato No. 1469 de arrendamiento de espacios de televisión, determinando dicha Acta las obligaciones a cargo de Yolanda Villabona Gutiérrez, por lo que la fecha indicada es realmente el punto de partida para contar el tiempo desde cuando dichas obligaciones se hicieron exigibles.

Ahora bien, en cuanto al término de prescripción, en materia de créditos a favor del Estado que resultan de la ejecución de un contrato administrativo como en el *sub-lite*, debe tenerse en cuenta para la época indicada, a falta de norma especial eran aplicables las disposiciones tradicionales del Código Civil, entre otras, el artículo 2517 según el cual, "las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación..."; el artículo 2536 que establece para la acción ejecutiva un plazo de prescripción de diez años; y el artículo 2539 que dispone: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo".

Se tiene entonces, en el presente caso, que la obligación a cargo de la contratista Yolanda Villabona Gutiérrez se hizo exigible desde el día 17 de noviembre de 1982, fecha en la cual se suscribió el acta de liquidación del contrato No. 1469 y que la prescripción a falta de estipulación en contrario, se regía, en esa época, por las reglas del Código Civil, cuyo artículo 2536 señala para tal efecto un término de diez (10) años.

Según consta en el expediente, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, presentó ante el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales demanda ejecutiva contra Yolanda Villabona Gutiérrez el 29 de abril de 1988 (Fl. 16).

De conformidad con el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que entonces regía, la prescripción se considerará interrumpida desde la fecha de presentación de la demanda "... siempre que el demandante, dentro de los cinco días siguientes a su admisión, provea lo necesario para notificar al demandado y que si la notificación no se hiciere en el término de diez días, efectúe las diligencias para que se cumpla con un curador *ad litem*, en los dos meses siguientes.

"En caso contrario, sólo se considerará interrumpida con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su curador *ad litem*".

En el *sub-lite*, el auto de mandamiento de pago se notificó a la señora Yolanda Villabona Gutiérrez, mediante curador*ad litem*, el 30 de junio de 1993, tal como consta al folio 185 del expediente, y en vigencia del Decreto 2282 de 1989 que reformó el Código de Procedimiento Civil, disponiendo su artículo 90 que la presentación de la demanda interrumpe el término de la prescripción "... siempre que el auto admisorio o el mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación al demandante de tales providencias por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado".

Sentado lo anterior, se tiene que la diligencia de notificación del auto de mandamiento de pago, en el presente caso, no se cumplió dentro de los plazos previstos en el artículo 90 del antiguo Código de Procedimiento Civil para que pudiera considerarse interrumpida la prescripción desde la fecha de presentación de la demanda, como tampoco en el término señalado en el mismo artículo de la actual codificación que entró a regir el 1o. de junio de 1990 (Diario Oficial 39013 de octubre 7 de 1989), y es bien sabido que las normas de procedimiento son de aplicación inmediata (Art. 40 Ley 153 de 1887), si bien "los términos que hubieren empezado correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación "Pero de cualquier manera, ya sea bajo la urgencia del antiguo Código de Procedimiento Civil, ya bajo del actual, lo cierto es que si no se dan las condiciones previstas sólo se interrumpe la prescripción con la notificación al demandado.

Siendo ello así, la fecha que debe tomarse en cuenta para establecer la interrupción de la prescripción, en el presente caso, es el 30 de junio de 1993, cuando se notificó el auto de mandamiento de pago al curador *ad litem* de Yolanda Villabona Gutiérrez.

Así las cosas, es claro que entre el 17 de noviembre de 1982, cuando se hizo exigible la obligación a cargo de la demandada, y el 30 de junio de 1993, cuando se le notificó

mediante curador*ad litem*el auto de mandamiento de pago, transcurrieron más de diez años, por lo que en estas condiciones, el derecho de Inravisión para adelantar la acción ejecutiva contra Yolanda Villabona estaría prescrito.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la excepción de "prescripción o pérdida de fuerza ejecutoria" que ahora se analiza, fue propuesta por la ejecutada con invocación del artículo 66 numeral 3) del C. C. A., según el cual, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa, pero perderán su fuerza ejecutoria, entre otros casos, "cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos".

Al respecto, el Consejo de Estado, por medio de su Sala Plena y de sus Secciones Cuarta, antes, y Quinta ahora, ha sido constante en expresar su criterio en el sentido de que el tema atinente a la prescripción ejecutiva por jurisdicción coactiva quedó definido en el actual Código Contencioso Administrativo, y que este fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos del Estado debe encuadrarse dentro de los límites que señala el precitado artículo 66 del C. C. A.

Pero salta a la vista que los hechos que dieron origen a la presente acción ejecutiva ocurrieron con anterioridad al 1o. de marzo de 1984, cuando entró en vigencia el actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que regula en sus artículos 64 y 66, respectivamente, el carácter ejecutivo de los actos administrativos y la pérdida de dicho atributo por causas específicas, por lo que, en principio, las normas aplicables al presente asunto en materia de prescripción serían las del Código Civil atrás citadas.

Pero entiende la Sala que en el caso *sub-lite*, la excepcionante voluntariamente escogió la prescripción que se rige según las previsiones del artículo 66 numeral 3) del C. C. A., lo cual es admisible según la regla sobre aplicación de las leyes contenida en el artículo 41 de la ley 153 de 1887, del siguiente tenor:

> "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Como en virtud de la antedicha norma sobre prescripción, el término de ésta debe empezar a contarse desde la vigencia de la nueva ley que lo modifica que, para el caso que nos ocupa es el Decreto 01 de 1984 que entró a regir el 1o. de marzo de 1984, a partir de esta fecha es que debe empezar a correr el término de cinco años establecido en el numeral 3) del artículo 66 del C. C. A. Por tanto, desde el 1o. de marzo de 1984 hasta el 30 de junio de 1993, cuando se notificó el auto de mandamiento de pago al

curador *ad litem* de Yolanda Villabona Gutiérrez, transcurrió ampliamente el plazo de cinco años concedido a la Administración para accionar. En consecuencia, prospera la excepción de prescripción o pérdida de fuerza ejecutoria y, por tal motivo, se declarará terminado el proceso en contra de Yolanda Villabona Gutiérrez y se ordenará el desembargo de sus bienes si lo hubiere.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.- Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por el señor apoderado de la Compañía Aseguradora Colseguros S. A. contra el auto de mandamiento de pago dictado el 9 de noviembre de 1988.

2o.- Declárase terminado el proceso en contra de la mencionada sociedad y ordénase el desembargo de sus bienes si lo hubiere.

3o.- Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por la señora Yolanda Villabona Gutiérrez mediante curador *ad litem.*

4o.- Declárase terminado el proceso en contra de la susodicha ciudadana y ordénase el desembargo de sus bienes si lo hubiere.

5o.- Recházanse por improcedentes las excepciones de inexigibilidad de la obligación, enriquecimiento sin causa, inexistencia del título ejecutivo y coexistencia de seguros, propuestas por el apoderado de la Compañía de Seguros Generales Antioquia S. A., hoy El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales con Nit. 90.300.182.

6o.- Continúe la ejecución contra la sociedad El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales, pero únicamente por la suma de $1.932.060 más intereses a que haya lugar.

7o.- Condénase en costas a la excepcionante, la sociedad El Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales, y liquídense conforme a la ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la prescripción de las acciones que se deriven del contrato de seguro. Sentencia de 7 de mayo de 1991 proferida por la Sala Plena, Exp. R-087, Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

DEMANDA ELECTORAL-Corrección/**INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/COPIA DEL ACTO**-Inexistencia/**CORRECCION DE LA DEMANDA**-Inadmisión

Como es presupuesto de la demanda electoral y carga procesal para el actor la individualización del acto acusado acompañando su copia (arts. 229 y 139 del C. C. A.), la conclusión a que se llega es que la presentada resulta inadmisible.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 1146. Actor: Daniel Mosquera.

En el término previsto en el art. 230 del C.C.A., subrogado por el art. 66 de la Ley 96 de 1985, el apoderado del actor presentó escrito de corrección de la demanda propuesta contra el acto declaratorio de la elección, como representantes a la Cámara para el período 1994-1998, de Zulia María Mena García y Agustín Hernando Valencia Mosquera, contenido en el Acuerdo No. 08 de 1994 del Consejo Nacional Electoral.

Para resolver, se considera:

Autorizada la corrección de la demanda, la propuesta es inadmisible toda vez que contiene hechos nuevos, petición de pruebas y pretensiones con relación a personas cuya elección no se acredita.- En efecto, es notoria la ausencia, tanto en la demanda como en su corrección, del acto que declaró elegidos representantes a la Cámara a Luz

Marina Angulo Quiñones y Saturnino Moreno, personas éstas de quienes se predica, en la corrección de la demanda, inhabilidad para ser elegidas.

Como es presupuesto de la demanda electoral y carga procesal para el actor la individualización del acto acusado acompañando su copia (arts. 229 y 139 del C. C. A.), la conclusión a que se llega es que la presentada resulta inadmisible.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Inadmitir la corrección de la demanda por los motivos expuestos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Amado Gutiérrez Velásquez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL-Presentación/**CADUCIDAD**-Interrupción/**REMISION DE PROCESOS ENTRE CORPORACIONES**-Causales/**FALTA DE COMPETENCIA**

El artículo 142 del C. C. A. subrogado por el artículo 16 del Decreto 2304/89 es aplicable para los casos de remisión de procesos entre corporaciones, por falta de competencia de la remitente; en tal caso, la caducidad se interrumpe desde la fecha de la presentación inicial. Si trata de aplicarse la disposición a una remisión entre distintas Secciones de una misma Corporación, cuya división hace relación a especialidades y a distribución de trabajo por ley o reglamento, y no a la competencia, en este caso del Consejo de Estado, se resalta, la consecuencia de remitir el expediente de una Sección a otra está en que tal remisión no puede incidir en la caducidad de la acción, caducidad que se considera interrumpida desde la fecha de la presentación inicial.

ACTO DE NOMBRAMIENTO-Naturaleza/**ACTO CONDICION**

El acto de nombramiento discutido, tiene la naturaleza de un acto condición y no implica finalización de una actuación administrativa; con su expedición y perfeccionamiento se agota la vía gubernativa y, en consecuencia, se debe acudir directamente ante los Tribunales para ejercitar la acción correspondiente, sin que recursos improcedentes tengan la virtualidad de revivir los términos para accionar.

ANALOGIA-Improcedencia/**ALCALDE POR NOMBRAMIENTO/ALCALDE**-Inhabilidades/ **EMPLEADO OFICIAL/ EMPLEO DE ELECCION POPULAR/NULIDAD ELECTORAL**

Se deduce claramente que la disposición establece una causal de inhabilidad que por su naturaleza constituye una excepción a la regla general que predica el derecho de ser elegido; en tales condiciones, debe ser analizada utilizando un criterio de interpretación restrictivo sin que pueda darse aplicación analógica o por extensión a situaciones no contempladas en la disposición. Es claro que el encabezamiento del artículo hace relación a la imposibilidad, tanto de elegir como de nombrar Alcaldes. Ello significa que la inhabilidad cobijará tanto a los Alcaldes, que lo sean, por elección popular o mediante nombramiento, salvo que en el numeral correspondiente se haga alguna precisión o restricción de la inhabilidad. Al examinar la causal señalada se observa que establece expresamente que las conductas descritan degeneran inhabilidad siempre que se produzcan antes de la elección popular, lo que sustrae de dicha inhabilidad a quien ejerce el cargo por nombramiento. Lo anterior es la única interpretación que cabe del artículo en estudio porque si el legislador hubiera pretendido extender la inhabilidad a los Alcaldes por nombramiento no habría especificado en el numeral, la forma de proveer el cargo pues ya se había hecho al comienzo del artículo. En consecuencia, la única explicación de tal precisión se encuentra en que en el literal se restringió la inhabilidad para los alcaldes por elección popular, cumpliendo la finalidad de la norma que fue la de impedir la indebida influencia en los electores por quien desempeñaba un cargo. Lo previsto por la Constitución de 1991 frente a los congresistas que son llamados para ocupar el cargo y respecto a los cuales el art. 181 de dicho estatuto establece que están sujetos a inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión, aunque en dicho caso quien hace el reemplazo también participó en la elección pero no resultó elegido, mientras, quien es llamado para desempeñar un cargo en virtud de un nombramiento no ha escogido tal opción y ésta es la razón por la cual, la disposición invocada como infringida, no lo incluye.

VACANCIA ABSOLUTA/NULIDAD ELECTORAL/ALCALDE POR NOMBRAMIENTO-Requisitos/**PARTIDO POLITICO IGUAL**

Conforme el artículo 19 de la Ley 78 de 1986, el único requisito que debe tener en cuenta el nominador y que cumpla quien va a reemplazar un Alcalde elegido popularmente, es el de pertenecer a su mismo partido o movimiento político.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1080. Unica Instancia. Actor: Gustavo Humberto Rodríguez R. y otro.

Los doctores Gustavo Humberto Rodríguez y María Carolina Rodríguez Ruiz obrando en propio nombre, en demanda presentada ante la Sección Segunda de esta Corporación, solicitan que, mediante el proceso correspondiente, se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

1. Que es nulo el decreto 1913 del 22 de septiembre de 1993, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, por el cual se designó al Dr. Francisco Zúñiga Riascos como Alcalde Mayor de Santa Marta.

2. Que es nulo el Decreto 1970 del 30 de septiembre de 1993, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, por el cual se rechazó por improcedente el recurso de reposición contra el Decreto 1913 de 1993.

3. Que en restablecimiento del orden jurídico se designe un nuevo Alcalde para Santa Marta, observando el art. 19 de la Ley 78 de 1986, designación que debe recaer en alguien que haga parte del mismo movimiento político al que pertenece el Dr. Hugo Alberto Gnecco Arregocés.

4. Que la sentencia se cumpla en los términos del art. 176 del C. C. A.

HECHOS

Como hechos relatan los siguientes:

1. El 1o. de febrero de 1992, varios ciudadanos inscribieron al Dr. Hugo Alberto Gnecco Arregocés, como candidato a la Alcaldía del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta, por el período comprendido entre el 1o. de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994, a nombre de un determinado movimiento liberal constituído al efecto.

En la misma fecha, el inscrito presentó su plan programa de gobierno.

2. El 8 de marzo de 1992 fue elegido como Alcalde, el Dr. Gnecco.

3. Fue declarado Alcalde electo por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el departamento del Magdalena, por Resolución 32 del 21 de marzo de 1992.

4. El Alcalde elegido tomó posesión y ejerció el cargo hasta el 4 de octubre de 1993.

5. La anterior elección fue demandada ante el Tribunal Administrativo.

6. El Tribunal denegó la nulidad del acto acusado.

7. El Consejo de Estado por sentencia de 4 de junio de 1993, revocó la providencia anterior, declaró la nulidad del acto acusado y ordenó dar cumplimiento al art. 7o. del Decreto 1001 de 1988.

8. Mediante auto del 19 de agosto de 1993, el Tribunal Administrativo del Magdalena comunicó al Presidente de República, la vacancia presentada en la Alcaldía de Santa Marta para que designara Alcalde encargado.

9. La sentencia del Consejo de Estado fue objeto de una acción de tutela instaurada en el Juzgado Diecinueve Civil Municipal por el Dr. Gnecco Arregocés y decidida por sentencia mediante la cual el Juzgado accedió a tutelar los derechos invocados como infringidos y ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia del Consejo de Estado. El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá conoció de la impugnación y revocó la sentencia del Juzgado Municipal denegando por improcedente la tutela solicitada.

10. Por Decreto 1913 del 22 de septiembre de 1993, el Gobierno designó como Alcalde Encargado al Dr. José Francisco Zúñiga Riascos.

11. Contra el acto anterior el Dr. Gnecco interpuso recurso de reposición.

12. Por Decreto 1970 del 30 de septiembre de 1993 el Presidente de la República y el Ministro de Gobierno rechazaron el recurso.

13. El 4 de octubre de 1993, el Dr. Francisco Zúñiga tomó posesión del cargo.

14. El Dr. Zúñiga se encontraba inhabilitado en los términos del art. 5o. de la Ley 78 de 1986, porque desde el 13 de octubre de 1987 era Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta y se desempeñó como tal hasta el 1o. de octubre de 1993.

15. El Alcalde Zúñiga es de filiación liberal, pero no ha pertenecido al mismo movimiento político del Dr. Gnecco y, por ende, en los nombramientos que efectuó para integrar el equipo gubernamental desconoció dicho movimiento.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

La parte actora estima infringidas las siguientes normas según concepto que se sintetiza así:

- Literal e) del art. 5o. de la Ley 78 de 1986 modificado por el art. 1o. de la Ley 49 de 1987.

Dentro de los tres meses que antecedieron a la elección, el Dr. Zúñiga se desempeñaba como Gerente General de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta, cargo del cual se desvinculó el 1o. de ocutbre de 1993; luego el decreto expedido el 30 de septiembre no podía nombrarlo como alcalde pues desempeñaba un cargo oficial con autoridad civil.

- Ley 78 de 1986, art. 19 porque en los casos de faltas absolutas corresponde nombrar los reemplazos entre quienes pertenezcan al mismo movimiento o filiación política del titular, requisitos que no cumple el Dr. Zúñiga con respecto al Dr. Gnecco.

El requisito, explica la parte actora, es eminentemente político y democrático pues el art. 265 de la C. N. permite que los movimientos políticos tengan participación electoral, es obvio que la voluntad popular que respalda un movimiento dado no puede ser desconocida por un acto mediante el cual se nombre un alcalde que reemplace al popularmente elegido.

- El art. 260 de la C. N. por el cual se establece la elección de Alcalde, pretendió que fuera la voluntad popular la que escogiera el ciudadano y esa voluntad no puede verse burlada con la designación de un reemplazo que no consulte la voluntad de quienes eligieron al titular.

- El art. 259 de la C. N. establece el voto programático y el programa debe ser seguido por el reemplazo y por ello deben pertenecer al mismo movimiento político.

El Presidente al designar el reemplazo de un Alcalde elegido popularmente, sólo recibe una delegación del pueblo y debe respetar sus directrices, toda vez que se trata de una facultad reglada.

El Decreto 1970 de 1993 por el cual se consideró improcedente el recurso de reposición es violatorio de la ley, explica, por las siguientes razones:

- Por ser un acto condición debía someterse a las previsiones constitucionales de los arts. 260, 265 y 259, así como al art. 19 de la ley 78 de 1986. Se trataba de un acto de competencia reglada y no discrecional que fue desconocida.

- La alegada falta de interés jurídico del recurrente es argumento injurídico porque según ello sólo podía impugnarlo quien fue nombrado y si era un acto reglado condicionado a preservar la voluntad popular, toda persona tenía interés para impugnarlo administrativa y judicialmente.

Debe decretarle la nulidad del decreto.

La anterior demanda fue corregida para presentar nuevas pruebas (cuaderno 2, folios 97 a 102), corrección admitida en su oportunidad.

El Dr. Zúñiga contestó la demanda por intermedio de apoderado en la siguiente forma:

> Respecto a los hechos considera que son ciertos con las siguientes salvedades:
>
> El primero no es cierto como aparece planteado y al respecto, precisa que el Dr. Alberto Gnecco Arregocés se inscribió en representación del partido liberal colombiano y no a nombre del movimiento liberal constituído al efecto, como se expresa en la demanda.
>
> El hecho catorce tampoco es cierto y sólo es fruto de una interesada interpretación jurídica de los actores.

El hecho quince tampoco es cierto como lo expresa la intención de los actores. Tanto el Dr. Gnecco como el Dr. Zúñiga pertenecen al partido liberal, están afiliados al mismo partido político. El Dr. Gnecco no es director, jefe o directivo o representante legal de ningún movimiento político en Santa Marta, en el departamento del Magdalena o en el país.

En relación con el derecho, manifiesta:

Aunque el encabezado del art. 5o. de la Ley 78 de 1986 habla de elección o designación, el literal e) del mencionado art. 5o. rige solamente para la elección. El texto es expreso y directo. No se entiende a los nombramientos hechos por el Presidente o los Gobernadores en caso de vacancia decretada por sentencia a diferencia de los demás literales que se refieren a elección o nombramiento.

Considera que el art. 19 de la Ley 78 de 1986 no ordena consultar con el antecesor acerca del reemplazo; lo que ordena es hacer un nombramiento que recaerá en quien sea del mismo partido o movimiento político del anterior para el caso, al partido liberal colombiano. Lo demás es interpretación que hacen los actores y son extrañas al texto legal.

Propone dos excepciones:

Incompetencia de jurisdicción: Conforme al art. 29 de la Ley 78 de 1986, la elección o designación de Alcaldes se impugna en primera instancia ante los Tribunales Administrativos.

Los actores intentaron la acción en la Sección Segunda, luego es evidente la incompetencia de jurisdicción de la Sección Quinta y, en cambio, la tiene el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Caducidad. Si la demanda de nulidad del Decreto 1913 del 22 de septiembre de 1993, fue recibida en la Sección Quinta de la Corporación el 19 de noviembre de 1993, tal fecha había caducado la acción.

Debe tenerse en cuenta que la acción se presentó como de nulidad con restablecimiento del derecho y/o electoral.

El error de los actores, concluye, no les restituye el término para la oportuna presentación de la demanda, no que como en el caso de incompetencia de jurisdicción generaría nulidades consiguientes.

LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

DEL DEMANDADO

Ahonda sobre la incompetencia de jurisdicción propuesta como excepción, recalcando que la acción instaurada fue de nulidad con restablecimiento del derecho y no la electoral, lo que es inaceptable.

Conforme al art. 29 de la Ley 78 de 1986, se trata de nombramiento de un alcalde y, por lo mismo, se decide en primera instancia por los Tribunales Administrativos, y en segunda por el Consejo de Estado.

Cita en su apoyo la sentencia del 25 de septiembre de 1989, expediente 0323.

La designación no se varía porque sea el Presidente de la República el que nombre o sea mediante elección popular porque la ley no distinguió.

En relación con la caducidad de la acción, insiste en el argumento planteado en la contestación de la demanda en el sentido de que cuando quien recibe la demanda no es el competente por error del demandante, tal presentación no interrumpe el término de caducidad.

En relación con la inhabilidad de que trata el literal e) del art. 5o. de la Ley 78 de 1986, considera que no puede extenderse a los nombramientos porque la ley no lo dice y, en cambio, sí lo hace en los demás literales.

El traslado de un funcionario de un cargo a otro no tiene nada que ver con elecciones.

Si mediante el acto acusado sólo se hizo un nombramiento, luego de la declaratoria de nulidad de la elección de quien ocupaba el cargo, sin que haya destitución, ni ningún vicio, el acto es válido porque se le debía reemplazar conforme al art. 19 de la Ley 78 de 1986.

En relación con el cargo relativo al partido al cual pertenece el reemplazo del Alcalde cuya elección fue anulada, considera que no se admite discusión en relación con el hecho de que tanto Zúñiga como Gnecco pertenecen a la misma filiación política: el partido liberal colombiano.

En relación con la declaración del Dr. Gnecco expone que el citado doctor admite que pertenece al partido liberal colombiano y el hecho de que está dirigiendo el Grupo Organizado Liberal, GOL, no tiene incidencia porque no se ha demostrado la personería del movimiento, lo que lo hace inexistente.

El Dr. Gnecco reconoce en la declaración que para efectos de su inscripción, le colaboraron dos liberales y un afiliado al M-19 sin que afirme que integraron un movimiento político.

Ha ocupado, según manifiesta, otros cargos como afiliado al partido liberal colombiano.

En relación con la designación de personas que no son amigos políticos del Dr. Gnecco, la parte demandada afirma que la ley sólo exige nombrar a una persona del mismo movimiento o filiación.

El hecho cierto está constituído por un nombramiento del mismo partido o movimiento político del titular, y el reemplazo llamó a colaborar a todas las vertientes dentro de un amplio régimen de garantías democráticas.

Por su parte, el Alcalde nombrado manifiesta que ha pertenecido al partido liberal colombiano y ha militado en el movimiento político del representante Juan Carlos Vives al cual siempre perteneció el Dr. Gnecco.

Explica la parte impugnadora, que debe hacerse la siguiente distinción:

El grupo, aún no definido por la ley es la pluralidad de personas o cosas que conforman un conjunto y, entratándose de política, es la acción transitoria de algunos ciudadanos con fines electorales.

Son frecuentes las alianzas entre unos y otros para obtener los fines y su posterior desaparición por múltiples factores.

El movimiento, por su parte, tiene más experiencia porque nace con propósitos estables y permanece según los resultados. Por ello, a éstas la ley les da la oportunidad de obtener personería jurídica con el cumplimiento de ciertas condiciones.

El Dr. Gnecco, asegura, apareció en la política de Santa Marta como adherente del Representante Liberal Juan Carlos Vives y congregó distintas tendencias para lograr su elección como Alcalde. Lo cierto es que el Dr. Gnecco no ha conformado un movimiento o partido político, en concordancia con las normas legales que rigen la materia.

De otra parte, afirma, no hay lugar a consulta alguna con el titular para designar su reemplazo.

DE LA PARTE ACTORA

Se remite a los fundamentos de hecho consignados en la demanda y, en especial, a los siguientes:

a) El Dr. Gnecco fue elegido y declarado como Alcalde.

b) Representaba un movimiento propio, el GOL, (Grupo Organizado Liberal), con personas representantes de los partidos Conservador, Liberal y Alianza Democrática M-19.

Ello se prueba con la declaración del Dr. Gnecco y los comentarios periodísticos que acompaña.

El Dr. Gnecco fue sólo apoyado por otros políticos del Magdalena, sin que ello signifique que pertenecería a ninguno de ellos.

No puede deducirse entonces que pertenezcan al movimiento de un parlamentario en particular.

c) Se declaró la nulidad de la Resolución No. 32 de 1992, por la cual se declaró la elección del Dr. Gnecco como Alcalde Popular.

d) Por auto del 19 de agosto se comunicó al Presidente de la República para que designara nuevo alcalde.

e) Se designó al Dr. Zúñiga.

f) La posesión se realizó el 4 de octubre de 1993.

g) El Dr. Zúñiga es liberal pero no pertenece al movimiento político de Gnecco, como se demostró en la declaración extraproceso y ante el Tribunal, y no era del movimiento de Vives como sí lo era Zúñiga.

h) Desde el 13 de octubre de 1987, Zúñiga fue Gerente de la Empresa de Telecomunicaciones.

i) En consecuencia estaba inhabilitado.

Reitera los fundamentos jurídicos, y en especial:

Dos personas pueden pertenecer al mismo movimiento, como Zúñiga y Gnecco pertenecían al partido liberal, pero tenían distintas filiaciones políticas dentro del mismo partido, donde la filiación sería el conjunto de ideas y de los respectivos programas.

Los programas de Gnecco no se han seguido desarrollando en la Administración Zúñiga.

En el presente caso se cumplió la primera de las condiciones, pertenecer al partido liberal, pero no la segunda, es decir, tener la misma filiación política, o sea, compartir los planes y programas.

Por último recalca que Zúñiga era empleado público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado solicita se denieguen las peticiones de la demanda con base en la siguiente fundamentación:

LA CADUCIDAD

Considera que la presentación de la demanda ante un Tibunal incompetente no interrumpe el término de caducidad conforme a la sentencia del 8 de agosto de 1988, Expediente 5128 de la Sección Tercera.

La presentación ante una Sección distinta del mismo Tribunal, debe entenderse como presentada oportunamente porque el Consejo es el Tribunal competente para conocer.

Invoca al respecto, la sentencia del 15 de febrero de 1991, Sección Quinta, Sentencia 0213.

JURISDICCION INCOMPETENTE

Con base en el texto del art. 29 de la Ley 78 de 1986, manifiesta que la acción no va contra una elección sino contra la designación por el Presidente.

Invoca al efecto el art. 128 del C.C.A.

Con la aclaración de que la expresión "*incompetencia de jurisdicción*" es antitécnica, observa que la jurisdicción o sea la capacidad para pronunciarse sobre el derecho reclamado no se ve conculcada en el *sub-lite*.

Hace un análisis sobre la naturaleza de la acción aunque, aclara, ésta no fue analizada por las partes.

Se presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pero siguiendo la jurisprudencia de la Corporación considera que por sobre las palabras sacramentales empleadas está la capacidad de interpretar la demanda del juez.

Atendiendo los fines de los actores y, en especial, las pretensiones del libelo, que apuntan a solicitar la anulación de los actos de contenido electoral, la Sección Segunda envió el proceso a la Quinta y ésta lo tramitó.

PERTENENCIA A UN MISMO PARTIDO Y MOVIMIENTO POLITICO.

El art. 108 de la C. N. y la ley estatutaria de los partidos, arts. 1 y 3, hablan de partidos y movimientos políticos, el reconocimiento de su personería y la posibilidad de que inscriban candidatos.

El art. 2241 de 1986, en su art. 93 exige la pertenencia a partido o movimiento político para realizar la inscripción.

Cuando se habla de movimientos, hay que atender agrupaciones que, sin ser partidos tienen personería reconocida por el Consejo Nacional Electoral a nombre de quien realiza la inscripción.

Sostiene que el Ex-alcalde Gnecco no pertenece a un movimiento político sino a una organización social, GOL, sin personería jurídica según está demostrado a fl. 544.

Ahora bien, el Ex-alcalde dice que esa agrupación pertenece al partido liberal, pero el acta de inscripción ante la Registraduría dice que se inscribió por el partido liberal colombiano y en la certificación del Consejo Nacional Electoral, fls. 465 a 474 no aparece registrado como movimiento o partido político.

En consecuencia, pertenece al partido liberal y ninguno de los dos pertenece a movimiento político alguno y el Ex-alcalde hace parte de una organización social, GOL, que no da lugar para exigir prerrogativas especiales que la ley sólo concede a quien paciente y diligentemente ha reunido los requisitos señalados en las normas.

Considera que la anterior conclusión es la más razonable máxime en el marco de una democracia participativa que requiere la institucionalización para evitar la anarquía.

Lo anterior considera se encuentra respaldado en las declaraciones.

Respecto a la alegada falta de continuidad en los programas considera que no hay prueba alguna en el expediente.

EN RELACION CON LA INHABILIDAD

Manifiesta que el literal e) del art. 5o. de la Ley 78 de 1986, regula los designados y no los elegidos y no puede extenderse porque el espíritu de la ley es claro.

Llegado el momento de fallar el proceso sin que se observe causal alguna de nulidad a ello, se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

La parte impugnadora propone como excepciones las que denomina de incompetencia de jurisdicción y de caducidad de la acción.

La Sala como lo ha dicho reiteradamente, las estudiará como motivos de impugnación en atención a la derogatoria que del art. 163 del Decreto 01 de 1984 hizo el art. 68 del Decreto 2304 de 1989 y a ello se procede:

CUESTION PREVIA

Es necesario precisar la naturaleza de la acción incoada, para efectos de determinar si se cumplen los presupuestos de oportunidad de la acción y de competencia de la Corporación para conocer del fondo del negocio. Para tal efecto debe analizarse el libelo.

En el primer párrafo la parte actora expresa que demanda en ejercicio de la acción consagrada en el art. 128-4 del C.C.A.

Las peticiones de la demanda se exponen así:

"Pretensiones.

1o. Que es nulo el Decreto 1913 del 22 de septiembre de 1993 expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Gobierno, por medio del cual se designó al Dr. JOSE FRANCISCO ZUÑIGA RIASCOS en el cargo de Alcalde Mayor de Santa Marta.

2o. Que es nulo el Decreto 1970 del 30 de septiembre de 1993 expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Gobierno por medio del cual se rechazó por improcedente, el recurso de reposición que se había interpuesto en contra del Decreto 1913 de 1993.

3o. Finalmente, como restablecimiento del orden jurídico, que se ordene efectuar una nueva designación de Alcalde Mayor (encargado) del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta por medio de un decreto expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Gobierno, observando la disposición del artículo 19 de la Ley 78 de 1986, es decir, nombrando a una persona que haga parte del mismo movimiento político del Dr. Hugo Alberto Gnecco Arregocés, anterior Alcalde Mayor de Santa Marta".

De la lectura atenta no sólo de las pretensiones transcritas, sino de los hechos, fundamentos de derecho e inclusive, de la cita de la norma (art. 128-4 del C.C.A.), que se hace al comienzo del libelo, resulta claro que se solicita la anulación del acto administrativo de nombramiento del Alcalde de Santa Marta, realizado por el gobierno nacional.

Siendo lo anterior así, es claro que se está solicitando la anulación de un acto de contenido electoral por lo cual la acción procedente es, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia, la de nulidad de carácter electoral y debe someterse al trámite de los juicios electorales. El restablecimiento en el caso de autos sólo puede referirse al orden jurídico que se supone quebrantado con el acto acusado.

Es cierto que en la demanda se menciona el restablecimiento de un derecho tal como se dejó transcrito, pero al respecto, la Sala debe precisar que, tal como está planteado, constituye una petición consecuencial que no desvirtúa la naturaleza de la acción pública de carácter electoral. A lo anterior se agrega que tampoco se restablece el interés particular con el solo pronunciamiento sobre la nulidad por lo que no se está en presencia de un contencioso objetivo impropio.

De todo lo anterior se concluye que la acción interpuesta es la pública de nulidad de carácter electoral.

COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del negocio conforme a lo previsto por el art. 128-4 del C.C.A., tal como fue subrogado por el art. 2o. del Decreto 597 de 1988 en concordancia con el art. 6o. de la Ley 14 de 1988.

La primera de las disposiciones dice:

"El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

.....

4. ... De los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional".

Por su parte, la Ley 14 de 1988, que subrogó el 231 del C.C.A., establece en su art. 6o. que *"el Consejo de Estado tramitará y decidirá todos los procesos electorales de su competencia a través de la Sección Quinta".*

Ahora bien, la parte impugnadora invoca el art. 29 de la ley 78 de 1986 para fundamentar la incompetencia de la Corporación, por considerar que el competente para conocer del negocio es el Tribunal Administrativo correspondiente, en primera instancia, según argumentación que aparece en otro acápite de esta providencia.

La Ley 78 de 1986 dice, en relación con la competencia"

"Art. 29. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de las demandas de nulidad sobre la elección de Alcaldes y el Consejo de Estado en segunda instancia".

De la transcripción anterior se deduce claramente que la disposición introduce una reforma en cuanto a competencia para conocer de los asuntos originados en la elección de Alcaldes, no en el nombramiento de los mismos.

Ahora bien de la lectura completa de la ley en mención (no sólo del artículo transcrito), se deduce que el legislador manejó los conceptos no sólo de elección sino de nombramiento en artículos distintos al 29, lo que indica que aunque los tenía presentes no quiso reformar el aspecto de la competencia en relación con nombramientos de Alcaldes.

De otra parte, si se analiza el asunto a la luz de los principios generales de la estructura de la jurisdicción se debe concluir que la ley 78 de 1986 no tuvo intención de establecer ninguna excepción en cuanto al control de los actos de nombramiento de Alcaldes.

En efecto, el principio general de competencia, salvo excepción expresa o vacío legal, enseña que los actos de contenido electoral, dictados por funcionarios del orden nacional se juzgan por el Consejo de Estado, y los actos expedidos por funcionarios del

orden departamental y municipal se someten al control de los Tribunales en primera instancia y en segunda por el Consejo de Estado, salvo los casos en los cuales en la última de las hipótesis mencionadas sea de única instancia ante el Tribunal Administrativo competente.

El único cambio de la Ley 78 en relación con la competencia, fue establecer segunda instancia para todos los procesos en que se solicite la anulación de la elección popular de alcaldes que en algunos casos no tenía apelación conforme a lo visto.

En el presente caso se tiene que el art. 128-4 dispone que el control de los nombramientos hechos entre otros funcionarios por el Presidente o por el Gobierno Nacional, se ejerce por el Consejo de Estado, competencia específica que como ya se vio no fue subrogada por la Ley 78 de 1986 que, en atención a la estructura y consecuente redacción del art. 128 ya transcrito, debía hacerlo en forma expresa.

La ley 78 de 1986 pudiendo establecer una excepción no lo hizo, no por olvido porque, como se dejó explicado, en el texto de la ley se desprende que el legislador tuvo en cuenta las distintas formas en que podía proveerse el cargo de Alcalde, por elección y por nombramiento y, en tales condiciones, el art. 29 sólo contempló la competencia de los Tribunales para conocer en primera instancia de los casos que se susciten con la elección de los Alcaldes, dejando que la competencia en relación con los asuntos que tengan que ver con el nombramiento de los mismos siquiera las reglas generales.

Ahora bien, la parte impugnadora cita en apoyo de sus planteamientos la sentencia dictada el 25 de septiembre de 1989 en el expediente 0323 que no es aplicable a este caso porque los hechos planteados son distintos en relación con el tema en estudio, pues en aquel no se examina la demanda contra un nombramiento sino contra una elección de alcalde.

En este entendimiento, en la parte considerativa la sentencia mencionada, en efecto, establece la competencia de la Corporación en segunda instancia en demandas electorales pero circunscribiendo el estudio y la solución a la competencia para decidir sobre las demandas instauradas contra los actos administrativos por los cuales se hagan los escrutinios correspondientes y la consiguiente declaratoria de elección y precisa, que tal competencia la tiene en primera instancia el Tribunal y en segunda el Consejo.

La misma sentencia hace mención a que el tema había sido analizado en ocasión anterior, dentro de ese mismo expediente, aludiendo a la decisión de un incidente de nulidad que observa la Sala, se resolvió por auto del 17 de marzo de 1989 y en cuya parte considerativa también se circunscribe el estudio de la nulidad al caso de la competencia para analizar los asuntos originados en la elección de alcaldes, simplemente porque en el expediente no se discute la nulidad de un nombramiento sino de una elección.

De todo lo anterior se desprende claramente que la competencia para conocer de los asuntos originados en nombramientos de Alcaldes por el Gobierno Nacional se

atribuye al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en única instancia. En consecuencia, por este aspecto procede el análisis de fondo.

CADUCIDAD DE LA ACCION

Sentado, como está, que se trata de una acción pública de nulidad de carácter electoral, interpuesta contra el acto administrativo de nombramiento de un Alcalde, que se tramita por la Sección Quinta de la Corporación, se procede a analizar la demanda en relación con la oportunidad:

El art. 136 del C.C.A., subrogado por el art. 28 de la Ley 78 de 1986, subrogado a su vez por el 7o. de la Ley 14 de 1988, establece:

> *"La acción electoral caducará en 20 días contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata".*

En el presente caso, la demanda con solicitud de suspensión provisional fue presentada personalmente y radicada en la Sección 2a. de la Corporación el 20 de octubre de 1993.

Ahora bien, recibida la demanda en la Sección Segunda del Consejo de Estado, la Sala Unitaria observó que se trataba de un proceso electoral relacionado con un nombramiento por lo cual, en obedecimiento del Acuerdo 39 de 1990, por auto de dicha Sala Unitaria del 9 de noviembre de 1993, ordena su envío por competencia a la Sección Quinta de esta misma Corporación.

Recibida el 24 de noviembre de 1993 en el despacho, fue registrado el proyecto el 1o. de diciembre y el 6 de diciembre de 1993 se dictó un auto por el cual se admitía la demanda y se denegaba la suspensión provisional.

De la reseña anterior, se deduce que el art. 142 del C.C.A. no es aplicable al presente caso como sugiere la parte impugnadora.

En efecto, dice el citado art. 142 *"Toda demanda deberá ser presentada por quien la suscribe ante el Secretario del Tribunal a quien se dirija.*

El signatario que se halle en lugar distinto podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada en el despacho judicial de destino".

La norma regula el trámite que debe seguir el actor que está en un lugar distinto al de destino del libelo y hace su presentación personal en el primero, con el fin de remitirlo al despacho que considera competente. En este caso la fecha en la cual se suspende la caducidad de la acción es la de llegada al despacho judicial de destino, porque el envío corre por cuenta del actor.

En el presente caso, el signatario no se encuentra en lugar distinto al de destino, Consejo de Estado, al que va dirigida la demanda y ante el cual fue presentada personalmente.

La demanda es recibida por la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado y radicada en la misma, no presentada personalmente ante el Consejo y devuelta al interesado para que la remitiera a una Corporación distinta.'

En realidad, en el presente caso se trata de un trámite interno entre secciones de una misma corporación, más cercano en el aspecto fáctico al regulado por el art. 143 del C.C.A., tal como fue subrogado por el art. 16 del Decreto 2304 de 1989, que establece:

> "*En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente al competente a la mayor brevedad. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación que ordena la remisión*".

La norma anterior es aplicable para los casos de remisión de procesos entre corporaciones, por falta de competencia de la remitente; en tal caso, la caducidad se interrumpe desde la fecha de la presentación inicial. Si trata de aplicarse la disposición a una remisión entre distintas Secciones de una misma Corporación, cuya división hace relación a especialidades y a distribución de trabajo por ley o reglamento, y no a la competencia, en este caso del Consejo de Estado, se resalta, la consecuencia de remitir el expediente de una Sección a otra está en que tal remisión no puede incidir en la caducidad de la acción, caducidad que se considera interrumpida desde la fecha de la presentación inicial.

En atención a lo expuesto, el término de caducidad en el presente caso debe contarse desde la expedición del acto acusado hasta la fecha en que se presentó la demanda en la Secretaría de la Sección 2a.

Nótese que en el anterior análisis se cuenta el término corrido entre el acto de nombramiento acusado y la presentación de la demanda sin tomar en cuenta el decreto mediante el cual se denegó el recurso de reposición.

La razón está en que el acto de nombramiento discutido, tiene la naturaleza de un acto condición y no implica finalización de una actuación administrativa; con su expedición y perfeccionamiento se agota la vía gubernativa y, en consecuencia, se debe acudir directamente ante los Tribunales para ejercitar la acción correspondiente, sin que recursos improcedentes tengan la virtualidad de revivir los términos para accionar.

Como entre la fecha de expedición del acto acusado (22 de septiembre de 1993) y la presentación de la demanda (20 de octubre de 1993) no se venció el término de caducidad, debe concluirse que la acción fue incoada oportunamente y, por lo mismo, por este aspecto debe conocerse del fondo del negocio.

ASPECTO DE FONDO

I. El primer cargo que se plantea en la demanda es la violación del art. 5o. literal e) tal como fue adicionado por la Ley 49 de 1987, art. 1o., parágrafo segundo:

La disposición invocada dice:

"No podrá ser elegido ni desginado como Alcalde quien:

.....

e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores haya ejercido autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

Del texto anterior, se deduce claramente que la disposición establece una causal de inhabilidad que por su naturaleza constituye una excepción a la regla general que predica el derecho de ser elegido; en tales condiciones, debe ser analizada utilizando un criterio de interpretación restrictivo sin que pueda darse aplicación analógica o por extensión a situaciones no contempladas en la disposición.

Es claro que el encabezamiento del artículo transcrito hace relación a la imposibilidad, tanto de elegir como de nombrar Alcaldes. Ello significa que la inhabilidad cobijará tanto a los Alcaldes, que lo sean, por elección popular o mediante nombramiento, salvo que en el numeral correspondiente se haga alguna precisión o restricción de la inhabilidad.

Al examinar la causal señalada y atrás transcrita, se observa que establece expresamente que las conductas descritas generan inhabilidad siempre que se produzcan, antes de la elección popular, lo que sustrae de dicha inhabilidad a quien ejerce el cargo por nombramiento.

La anterior es la única interpretación que cabe del artículo en estudio porque si el legislador hubiera pretendido extender la inhabilidad a los Alcaldes por nombramiento no habría especificado en el numeral, la forma de proveer el cargo pues ya se había hecho al comienzo del artículo. En consecuencia, la única explicación de tal precisión se encuentra en que en el literal se restringió la inhabilidad para los alcaldes por elección popular, cumpliendo la finalidad de la norma que fue la de impedir la indebida influencia en los electores por quien desempeñaba un cargo.

A lo anterior se agrega, como criterio de interpretación, lo previsto por la Constitución de 1991 frente a los congresistas que son llamados para ocupar el cargo

y respecto a los cuales el art. 181 de dicho estatuto establece que están sujetos a inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión, aunque en dicho caso quien hace el reemplazo también participó en la elección pero no resultó elegido, mientras, quien es llamado para desempeñar un cargo en virtud de un nombramiento no ha escogido tal opción y ésta es la razón por la cual, la disposición invocada como infringida, no lo incluye.

En el presente caso, el Gobierno nombró al señor Zúñiga Riascos para desempeñar el cargo de Alcalde en reemplazo del titular a quien se le anuló la elección y en tales condiciones para la Sala el nombrado no estaba inhabilitado por la causal invocada por las razones expuestas.

Como consecuencia de lo anterior, el cargo debe despacharse favorablemente.

II. El segundo de los cargos formulados es la violación del art. 19 de la Ley 78 de 1986.

La norma invocada, en relación con la forma de suplir las faltas absolutas del Alcalde elegido popularmente, como es el caso de autos, dice:

> *"El Presidente de la República y los gobernadores, intendentes o comisarios designarán Alcaldes del mismo movimiento y filiación política del titular en los casos de faltas o de suspensión..."*

Conforme a la disposición anterior el único requisito que debe tener en cuenta el nominador y que cumpla quien va a reemplazar un Alcalde elegido popularmente, es el de pertenecer a su mismo partido o movimiento político.

Ahora bien, el art. 93 del decreto 2241 de 1986, es del siguiente tenor:

> *"En la solicitud de inscripción debe hacerse mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura o lista de candidatos, y los inscriptores harán ante el respectivo funcionario electoral, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura.*
>
> *Cuando los candidatos no se encuentren en el lugar donde la inscripción deba hacerse, prestarán juramento ante el Registrador del Estado Civil o funcionario diplomático o consular del lugar donde estuviera, y de ello se extenderá atestación al pie del respectivo o respectivos memoriales, que deberán enviar inmediatamente esos funcionarios, así como comunicar por escrito tal hecho a las autoridades electorales ante las cuales deban hacerse las inscripciones.*
>
> *El incumplimiento de esta disposición es causal de mala conducta que implica pérdida del empleo".*

El artículo 5o. de la Ley 62 de 1988 adicionó la anterior con un nuevo inciso que dice:

> *"ART. 5o.- Adiciónase el artículo 93 del Código Electoral con el siguiente inciso:*
>
> *"En la solicitud de inscripción de candidatos a la Presidencia de la República, se hará mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe junto con los símbolos, emblemas, color, colores o combinación de colores que se usarán para identificar la tarjeta electoral respectiva. Los inscriptores y los candidatos harán ante el respectivo funcionario electoral declaración bajo juramento de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Sin embargo, los candidatos podrán prestar el juramento con la manifestación escrita en ese sentido en el memorial de aceptación de la respectiva candidatura".*

Las normas transcritas muestran que la ley exige que en la solicitud de inscripción se haga mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura; que los inscriptores declaren bajo juramento, a qué partido o movimiento político están afiliados y que el juramento citado se entiende prestado por el candidato con la firma de la aceptación de la solicitud.

En consecuencia, para los efectos de atender lo normado por el art. 19 de la Ley 78 de 1986, el nominador debe consultar el acto de inscripción que constituye la prueba que acredita la afiliación al partido o movimiento político al cual pertenece el titular elegido al que debe reemplazar por su falta absoluta.

En el proceso aparece demostrado:

Que el Dr. Gnecco Arregocés fue inscrito por el partido liberal colombiano al cual aceptó pertenecer, conforme a las normas vistas, pues impuso su firma en la aceptación de la inscripción. (fl.365 c.p.).

Que en la credencial expedida a su nombre por las autoridades electorales, para acreditar la declaratoria de la elección y la calidad en la cual había sido elegido el Dr. Gnecco, aparece como perteneciente al partido liberal colombiano sin que se especifique que pertenece a movimiento político alguno (fl. 1 C. No. 2), lo que muestra claramente que su inscripción fue hecha en nombre del mencionado partido pero no de un movimiento político determinado.

En la demanda no se identificó movimiento político alguno, sólo se mencionó que la solicitud se hizo a nombre de un movimiento político determinado, sin precisar cuál era, lo que releva a la Sala de efectuar un mayor análisis sobre el particular.

Lo anterior no obsta para constatar que el Grupo Organizado Liberal, que fue señalado durante el juicio como el movimiento al cual pertenecía el Alcalde que debía

ser reemplazado, no acredita que tuviera personería jurídica, ni que el Dr. Gnecco Arregocés, titular reemplazado por el acto acusado, perteneciera a un partido o movimiento político como se desprende de los documentos obrantes a fl. 464 y s.s.

De otra parte en el acto de inscripción no hay constancia de que la misma aparezca hecha ni, por lo mismo, aceptada en nombre de dicho movimiento.

Los testimonios y demás pruebas allegadas no demuestran que en los documentos oficiales, que son los que deben tenerse en cuenta para efectos de hacer el nombramiento, figure que el Dr. Gnecco Arregocés pertenezca a movimiento político alguno, aparte de pertenecer al partido liberal colombiano, como quedó demostrado.

Como consecuencia de lo anterior, para la Sala es claro que el cargo debe desestimarse, pues la única exigencia de la norma está cumplida. El nombrado fue escogido del mismo partido de su antecesor y al no aparecer demostrada la inscripción con pertenencia a un movimiento en especial, no hay lugar a nombrar el reemplazo del titular de personas pertenecientes a un movimiento que no se demuestra que figura en la inscripción.

Las demás alegaciones no tienen ningún asidero porque al realizarse el nombramiento conforme a derecho, no hubo violación de las normas constitucionales invocadas como infringidas.

De todo lo anterior para la Sala es claro que las pretensiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DENIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Háganse las comunicaciones de ley.

En firme esta providencia, archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala en su sesión de fecha once (11) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/MERITO EJECUTIVO/PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD/EJECUCION/JURISDICCION COACTIVA

Según el artículo 68 del C.C.A., presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, entre otros documentos, todo acto administrativo ejecutoriado que contenga una obligación clara expresa y actualmente exigible de pagar una suma líquida de dinero a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden. En reciente oportunidad esta Corporación expresó que tal como lo consagra el precitado artículo 68 del C.C.A., la ejecutoriedad del acto administrativo es presupuesto necesario para la procedibilidad de la ejecución por la vía coactiva.

NOTIFICACION PERSONAL-Inexistencia/**NOTIFICACION POR CORREO**-Inexistencia/**NOTIFICACION POR EDICTO**-Improcedencia/**FUERZA EJECUTIVA**-Inexistencia

Por manera que si en el *sub-lite* el trámite para notificar el acto al demandado es el que está previsto en los precitados artículos 44 y 45 del C.C.A, es claro que se incumplieron las formalidades contempladas en tales disposiciones, puesto que si bien, a decir de la Administración, ésta dispuso enviar por correo certificado la citación al demandado para que compareciera a notificarse personalmente de la resolución No. 01381 de 1990, lo cierto es que no hay prueba en autos que así se haya hecho, sino que se procedió a surtir la notificación directamente por edicto, lo cual conduce, en principio, a señalar que no existiendo certeza de que la citación al interesado se cumplió en la forma ordenada por la ley, la

Resolución No. 01381 de 27 de septiembre de 1990 no está ejecutoriada y por ende carece de fuerza ejecutiva.

TITULO EJECUTIVO/NOTIFICACION/DISTRITO CAPITAL/NORMA LOCAL-Inexistencia/**NORMA GENERAL**-Violación

En la época que se deja indicada, a falta de disposiciones legales especiales que regularan la notificación al interesado de las decisiones administrativas de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, se deben aplicar las reglas generales consagradas en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, si la Resolución que contiene la obligación a favor del Distrito Especial de Bogotá y a cargo del demandado, no se hizo conocer al interesado a través de los medios que la ley señala para ello, no puede producir efectos legales, pues para que el documento de cobranza constituya título ejecutivo es menester que haya sido notificado conforme a la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0342. Actor: D. C. de Santafé de Bogotá. C/ Héctor F. Mejía Rojas.

Se resuelven las excepciones de mérito propuestas por el apoderado de Héctor Francisco Mejía Rojas, contra el auto de mandamiento de pago dictado el 3 de enero de 1991 por el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

1.- La Resolución No. 001381 de 27 de septiembre de 1990 por medio de la cual la Tesorería de Bogotá, D. E., reconoce y ordena pagar a favor del Distrito Especial de Bogotá la suma de $3.818.335 a cargo del señor Héctor Francisco Mejía Rojas por concepto de la mora en el pago del impuesto de Industria, Comercio y Avisos por los años 1976 a 1979 por el establecimiento situado en la Calle 17 No. 4A-80 oficina 104 (fl. 3), constituye el título ejecutivo con base en el cual el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago el 3 de enero de 1991 contra el mencionado ciudadano, por la cuantía indicada más intereses que se causaren hasta la fecha de su cancelación y las costas. (Fl. 14).

2.- El auto de mandamiento de pago fue notificado personalmente al señor Héctor Francisco Mejía Rojas el 27 de mayo de 1991 (33) quien, por conducto de apoderado, propuso oportunamente las siguientes excepciones:

A.- PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA, precisando que la Resolución No. 001381 de 27 de septiembre de 1990 que ordena el pago del impuesto de industria y comercio por los años gravables 1976, 1977, 1978 y 1979 no reúne el requisito de exigibilidad actual por cuanto tal título de ejecución se fundamenta en una liquidación de aforo contenida en la Resolución No. 373 de 21 de septiembre de 1981 ejecutoriada, proferida por la Dirección Distrital de Impuestos.

De conformidad con el artículo 95 del Acuerdo 21 de 1983, la acción para el pago del tributo determinado en la liquidación de impuestos debe hacerse efectiva a partir de su exigibilidad, consagrándose un término de prescripción para su ejercicio de 5 años.

El impuesto de industria y comercio por los años 1976 a 1979 establecido en la liquidación de aforo se hizo exigible a partir de la ejecutoria de la Resolución 373 de 21 de septiembre de 1981 y como la Administración no realizó el cobro de la obligación fiscal dentro del término de los cinco años siguientes, prescribió su oportunidad para el ejercicio de la acción ejecutiva.

Siendo que la liquidación de aforo contenida en la citada Resolución No. 373 de 21 de septiembre de 1981 no presta mérito ejecutivo, por cuanto en ella no consta una obligación actualmente exigible, no puede ser fundamento de la ejecución lo ordenado en la Resolución No. 001381 de 1990.

Además debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., según el cual, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria cuando al cabo de 5 años de estar en firme la Administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos.

B.- FALTA DE MERITO EJECUTIVO DE LA RESOLUCION 001381 DE 1990, alegando su falta de ejecutoriedad y exigibilidad, en razón a que no fueron surtidos en debida forma los trámites de notificación al deudor para que éste conociera la existencia de la obligación impuesta en su contra y pudiera ejercer su derecho de defensa. El artículo 44 del C.C.A. establece que la notificación personal "... es el único mecanismo idóneo para comunicar las decisiones contenidas en los actos administrativos. Dicha norma supone que la administración pública debe realizar un esfuerzo para obtener la direcciónde las personas a las cuales se les debe notificar los respectivos actos administrativos. No basta que se envíe una comunicación a cualquier dirección, sino debe ser a aquella donde efectivamente pueda ser localizado el interesado.

"Sólo después de realizadas tales gestiones es posible efectuar una notificación por edicto, pues en caso contrario tal notificación no tiene valor alguno". (Fl. 44).

3.- Decretadas las pruebas solicitadas y practicadas éstas, se corrió traslado a las partes para alegar, haciéndolo el apoderado del ejecutado mediante escrito en el cual reiteró los argumentos de su defensa.

CONSIDERACIONES

Según el artículo 68 del C. C. A., presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, entre otros documentos, todo acto administativo ejecutoriado que contenga una obligación clara expresa y actualmente exigible de pagar una suma líquida de dinero a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden.

En reciente oportunidad esta Corporación expresó que tal como lo consagra el precitado artículo 68 del C. C. A., la ejecutoriedad del acto administrativo es presupuesto necesario para la procedibilidad de la ejecución por la vía coactiva. Como quiera que en el *sub-lite* el libelista plantea la excepción de "FALTA DE MERITO EJECUTIVO DE LA RESOLUCION 001381 DE 1990", alegando carencia de notificación en legal forma, comienza la Sala examinando tal supuesto por cuanto estima prioritario establecer si la condición ejecutoria está presente en dicho acto para que pueda perseguirse coactivamente el cobro de la obligación en él contenida.

Al respecto se tiene que la mencionada Resolución No. 001381 de 27 de septiembre de 1990 emanada de la Tesorería de Bogotá, D. E., por medio de la cual se ordena pagar a favor del distrito la suma de $3.818.335 correspondiente al valor de los impuestos de industria, comercio y avisos por los años gravables 1976 a 1979 fue notificada por edicto al interesado, según consta al folio 5 del expediente.

La Sala advierte que en *sub-lite* la Administración no hizo claridad respecto al procedimiento utilizado para notificar la mencionada Resolución que sirvió de base para iniciar la presente acción ejecutiva, como pasa enseguida a explicar.

Entre los distintos elementos probatorios allegados al expediente obra la citación de fecha octubre 2 de 1990 del Secretario de la Tesorería de Bogotá, D. E., dirigida al señor Héctor Francisco Mejía Rojas a la calle 17 No. 4-80 Oficina 104 de esta ciudad para que acuda a notificarse personalmente de la Resolución No. 01381 de septiembre 27 de 1990 "... dentro de los cinco (5) días contados a partir del envío de la presente comunicación. En caso contrario, se surtirá la notificación por Edicto conforme a lo dispuesto por el artículo 45 de (sic) Código Contencioso Administrativo". (Fl. 8).

Dicha citación tiene impreso un sello con las palabras "CORREO CERTIFICADO" pero sin la constancia de haber sido enviado por este medio ni recibido por el interesado.

Al solicitarse al señor Tesorero de Santafé de Bogotá, información sobre las diligencias adelantadas para notificar personalmente al interesado la Resolución No. 01381 de septiembre 27 de 1990, conforme a prueba decretada a petición del apoderado del demandado, el susodicho funcionario mediante oficio de 8 de marzo de 1994, visible al folio 147 del expediente respondió así:

> "... Para efectos de la notificación de la Resolución 1381 de 1990, la Tesorería Distrital realizó las siguientes gestiones:

a.- Se elaboró citación personal, de la cual una copia reposa en el expediente que en estos momentos se encuentra radicado en el Honorable Consejo de Estado, en la cual se requirió al contribuyente para que se acercara a la Tesorería Distrital a notificarse personalmente de la Resolución 1381 de 1990.

b.- El original de la comunicación se remitió a la Oficina de Correspondencia de la Tesorería por parte de la Secretaría General, con el fin de que fuera colocada por correo certificado, mediante oficio SG-261-90 del 03 de octubre de 1990.

c.- Ante la no comparecencia del contribuyente, la Secretaría General procedió a la notificación por edicto, del cual, al igual que lo indicado en el literal a. de este punto, una copia reposa en el expediente, con la indicación de la fecha de fijación y desfijación".

Conforme a las anteriores explicaciones y al contenido de la citación No. 0470 relacionada, se desprende que el procedimiento empleado por la Tesorería Distrital para notificar la Resolución mencionada al señor Mejía Rojas es el señalado en el Código Contencioso Administrativo cuyo artículo 44 dispone que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa deben notificarse personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, y de no haber otro medio más eficaz de informarlos, para hacer la notificación personal "... se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto...".

Y como lo dispone el artículo 45 *ibídem,* si al cabo de cinco (5) días de la citación no pudiere hacerse la notificación personal se fijará edicto.

Por manera que si en el *sub-lite* el trámite para notificar el acto al señor Mejía Rojas es el que está previsto en los precitados artículos 44 y 45 del C.C.A., es claro que se incumplieron las formalidades contempladas en tales disposiciones, puesto que si bien, a decir de la Administración, ésta dispuso enviar por correo certificado la citación a Héctor Francisco Mejía Rojas para que compareciera a notificarse personalmente de la Resolución No. 01381 de 1990, lo cierto es que no hay prueba en autos que así se haya hecho, sino que se procedió a surtir la notificación directamente por edicto, lo cual conduce, en principio, a señalar que no existiendo certeza de que la citación al interesado se cumplió en la forma ordenada por la ley, la Resolución No. 01381 de 27 de septiembre de 1990 no está ejecutoriada y por ende carece de fuerza ejecutiva.

Pero frente al interrogante que surge sobre si la forma de notificación de las decisiones de la Tesorería Distrital está regulada por norma local especial, esta Corporación, en Sala Unitaria, mediante proveído de julio 1o. de 1994 (fl. 181) dispuso de oficio solicitar a la Tesorería de Santafé de Bogotá copia del Decreto No. 62 de 1989

de la Alcaldía Mayor de Bogotá invocado en la Resolución No. 001381 mencionada y/ o cualquier otra norma local especialmente referida a la forma de notificación de las decisiones administrativas del Distrito Capital que ordenan el pago de deudas por concepto de impuestos de industria, comercio y avisos.

En respuesta a tal solicitud, la Subdirectora Jurídico Administrativa de la Tesorería Distrital de Santafé de Bogotá, D. C., con oficio 000779 de 15 de julio de 1994 remitió copias simples del decreto 062 de marzo 1o. de 1989 y del Acuerdo 21 de 1983, precisando que este último "... fue armonizado por el Decreto 807 de diciembre 17 de 1993...", cuya copia también anexó.

Del contenido de las normas en comento se tiene que mediante el Decreto 062 de 1o. de marzo de 1989 (fl. 188) el Alcalde Mayor de Bogotá delega en el Tesorero el ejercicio de la jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de las obligaciones a favor del Distrito Especial de Bogotá, pero ninguna referencia se hace allí a la forma de notificación de las decisiones administrativas de la Tesorería.

En cuanto al Acuerdo No. 21 de 1983 (fl. 191) por el cual se dictan disposiciones sobre los impuestos de industria, comercio y avisos, en su capítulo V señala el procedimiento tributario que incluye en el artículo 56 y parágrafos un trámite especial para "La notificación de los requerimientos y de los actos administrativos proferidos por la Junta Distrital de Hacienda y la Dirección Distrital de Impuestos en lo relacionado con el impuesto de Industria, Comercio y de Avisos "... Allí se indica que tratándose de actos administrativos que decidan recursos "... se notificarán personalmente o por edicto si el contribuyente no compareciere dentro del término de diez (10) días contados a partir de la fecha de introducción al correo de un aviso sobre la expedición del acto administrativo".

En cuanto a las liquidaciones oficiales o de aforo se establece que deben notificarse por correo certificado o por edicto si el correo devolviere el envío. Y los requerimientos se notificarán por correo "... mediante el envío de una copia de requerimiento a la dirección registrada por el contribuyente, y se entenderá surtida diez (10) días después de la fecha de introducción al correo".

Como puede apreciarse, dicho procedimiento no puede ser tomado en consideración para los efectos que interesan en el presente asunto, ya que es aplicable tratándose de actos administrativos proferidos por la Junta Distrital de Hacienda y la Dirección Distrital de Impuestos, lo cual no es el caso en el *sub-lite*, dado que en la expedición de la Resolución No 01381 de 27 de septiembre de 1990 no intervinieron tales autoridades sino únicamente el Tesorero del Distrito Especial de Bogotá, el Secretario General y el Jefe de la Unidad Jurídica de la Tesorería.

Aunque tampoco sería aplicable porque la citada Resolución No. 01381 de 27 de septiembre de 1990, que es el título ejecutivo base del mandamiento de pago, no está

decidiendo recurso alguno ni constituye un requerimiento sino que reconoce una obligación y ordena satisfacerla.

En lo que atañe al Decreto 807 de 17 de diciembre de 1993 "por el cual se armonizan el procedimiento y la administración de los tributos distritales con el Estatuto Tributario Nacional y se dictan otras disposiciones"(fl.189), cuyo artículo 6o. dispone que en la notificación de los actos de la administración tributaria se siguen las reglas de los artículos 566, 569 y 570 del Estatuto Tributario Nacional, siendo aquella disposición posterior al 25 de octubre de 1990, fecha de desfijación del edicto mediante el cual se notificó la resolución No. 01381 de 27 de diciembre de 1990, tampoco resulta aplicable al presente caso por no tener las normas legales efectos retroactivos.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende la siguiente conclusión: En la época que se deja indicada, a falta de disposiciones legales especiales que regularan la notificación al interesado de las decisiones administrativas de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, se deben aplicar las reglas generales consagradas en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, si la resolución No. 01381 de 27 de septiembre de 1990 que contiene la obligación a favor del Distrito Especial de Bogotá y a cargo de Héctor Francisco Mejía Rojas, no se hizo conocer al interesado a través de los medios que la ley señala para ello, no puede producir efectos legales, pues para que el documento de cobranza constituya título ejecutivo es menester que haya sido notificado conforme a la ley.

Por tanto, debe prosperar la excepción propuesta contra el auto de mandamiento de pago.

De conformidad con el artículo 510 numeral 2, literal c) del Código de Procedimiento Civil, se abstiene la Sala de fallar sobre la excepción de prescripción propuesta por la misma parte ejecutada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1o. Declárase probada la excepción de "FALTA DE MERITO EJECUTIVO DE LA RESOLUCION 001381 DE 1990", propuesta por el apoderado del señor Héctor Francisco Mejía Rojas contra el auto de mandamiento de pago dictado el 3 de enero de 1991 por el Juzgado Primero Distrital de Ejecuciones Fiscales.

2o. Ordénase cesar la ejecución y levantar el embargo de bienes si se hubiere decretado y practicado tal medida.

3o. Devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

4o. Reconócese personería para actuar en representación del ejecutado a la doctora Claudia Esperanza Rodríguez Velásquez con Tarjeta Profesional No. 66143 del Consejo Superior de la Judicatura conforme a los términos del memorial de sustitución (Fl. 184).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/SUJETO PASIVO/VIA GUBERNATIVA-Materia/**PROCESO EJECUTIVO**-Improcedencia

El asunto relativo a que la Sociedad demandada no es sujeto del impuesto distrital reclamado, por lo cual, la obligación es inexistente, es aspecto que ha debido debatir en la vía gubernativa y no es esta instancia, de acuerdo con lo previsto por el inciso segundo del artículo 561 del C. de P. C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0406. Actor: Secretaría de Hacienda de Santafé de Bogotá C/ COLOMA LTDA. Apelación de Auto.

Procedente de la Dirección Distrital de Impuestos, Jefatura de Cobranzas 2, ha llegado el proceso de la referencia, a efecto de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 16 de abril de 1993, proferido por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución 873 de 8 de octubre de 1991, la Secretaría de Hacienda de Bogotá resolvió ordenar el registro de la Sociedad COLOMA LTDA. y liquidar de

aforo el Impuesto de Industria, Comercio y de Avisos a la Sociedad, de los años gravables 1986, 1987, 1988 y 1989 (fls. 19 a 21).

La Junta Distrital de Hacienda, por Resolución No. 397 fechada el 28 de octubre de 1992 confirmó la Resolución anterior, declarando agotada la vía gubernativa (fls. 4 a 6).

El 16 de abril de 1993, el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales resolvió librar mandamiento ejecutivo de pago a favor de la Tesorería Distrital y a cargo de COLOMA LTDA. por la suma de $18.522.546.oo más los intereses y costas desde que se hizo exigible la obligación y hasta que se verifique el pago total de la misma (fls. 25 y 26).

El Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales notificó personalmente al representante legal de la Sociedad Ejecutada el mandamiento de pago ejecutivo el día 4 de junio de 1993 (fl. 61).

Mediante apoderado debidamente constituído, la Sociedad COLOMA LTDA. interpuesto recurso de reposición, y en subsidio apelación contra el auto de 16 de abril de 1993, con base en los siguientes argumentos:

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES EN EL TITULO EJECUTIVO: En este proceso se promueve el cobro correspondiente a varias liquidaciones oficiales. No es posible a la luz del C. de P. C. tal acumulación, entre otras cosas, porque la competencia y el trámite del proceso ejecutivo es diferente según la cuantía. Cita providencia proferida por el Dr. Guillermo Chahín Lizcano, Exp. 3353, ACTOR: DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA.

PRESCRIPCION DE LA EXIGIBILIDAD: De acuerdo con el art. 95 del Acuerdo 21 de 1983, las obligaciones correspondientes a los años gravables 1986 y 1987 están prescritas, pues han transcurrido más de 5 años sin que la Administración hubiere iniciado el correspondiente cobro ejecutivo. Además, esta razón legal fundamenta más la ilegalidad de la indebida acumulación de pretensiones y procesos que prohíbe el art. 566 del C. de P. C.

COLOMA LTDA. NO ES SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DISTRITAL RECLAMADO, POR LO CUAL LA OBLIGACION NO EXISTE: La sociedad ejecutada no es sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y de avisos en la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C., sino que es sujeto activo en la ciudad de Fusagasugá por la actividad de industria que allí realiza. Los fundamentos de esta afirmación son los siguientes:

- Según acta de visita 06-05 de mayo 28 de 1992 realizada por los mismos funcionarios de la administración distrital a las oficinas administrativas de la sociedad,

se estableció claramente que "*no hay local comercial donde se expendan productos sujetos a ventas ni tampoco en las instalaciones físicas de las oficinas administrativas. El sistema de venta utilizado es: COLOMA LTDA., le vende sus productos a CONSTAIN LICORES DE COLOMBIA, ... quien es su distribuidor*", COLOMA LTDA. envía los pedidos desde Fusagasugá donde tiene su planta de producción y su bodega, por lo cual, paga su impuesto en esta ciudad.

- El fallo de 25 de septiembre de 1989 del Consejo de Estado, citado por la Junta Distrital de Hacienda en la Resolución No. 397 de octubre 28 de 1992, sirve para demostrar que el acto no contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible pues, mientras por un lado se acepta que la sociedad ejerce una actividad industrial en Fusagasugá, y por tanto es allí donde debe cancelar el impuesto de industria y comercio, por otro lado, tanto la misma administración como el auto recurrido, pretenden exigir a COLOMA LTDA. el pago de una suma que no debe, si se tiene en cuenta que la liquidación del impuesto se efectuó sobre una actividad no realizada por la sociedad en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.

- Según el Acuerdo No. 3 de 1992, la exención de impuesto decretada en Fusagasugá se aplica igualmente en la ciudad de Santafé de Bogotá y por este concepto la sociedad COLOMA LTDA. no es sujeto pasible del impuesto citado en el Distrito Capital.

- En ningún momento se puede tomar a COLOMA LTDA. como comerciante. Es un fabricante sometido al régimen del impuesto de industria y comercio de la ciudad de Fusagasugá. Por esto no es sujeto de esta contribución en Santafé de Bogotá, D. C., y no requiere inscripción, ni declaración alguna (fls. 66 a 73).

El 11 de marzo de 1994, la Jefatura de Cobranzas de la Dirección Distrital de Impuestos resolvió negar el recurso de reposición, y en su lugar conceder el de apelación interpuesto subsidiariamente, con base en las siguientes razones:

- En cuanto a la indebida acumulación de pretensiones, no se presenta pues se trata de una liquidación de aforo proferida por la Dirección Distrital de Impuestos de varios años. No se puede tomar cada año gravable como un proceso o demanda diferente, sino como una pretensión, las cuales se pueden acumular de acuerdo con lo previsto en el art. 82 del C. de P. C.

- Respecto a la prescripción, no han transcurrido los 5 años a partir del momento en que se hizo exigible la obligación. Además, ésta ha debido proponerse como excepción.

Por último, el argumento de que la sociedad ejecutada no es sujeto pasivo del Impuesto Distrital es materia de discusión en la vía gubernativa (fls. 117 a 120).

Surtido el trámite correspondiente, no hubo manifestación alguna de las partes.

CONSIDERACIONES

La Sala observa, en primer término, que en el presente caso se instaura recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo y con los mismos fundamentos, se proponen excepciones previas y de fondo.

En esta oportunidad se analizará lo atinente al recurso de apelación, que se procede a resolver:

El art. 68 del C. C. A. prevé que presta mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, cuando conste en él una obligación clara, expresa y actualmente exigible, todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.

De acuerdo con los documentos obrantes en el proceso, el mandamiento de pago se dictó con base en la Resolución 873 de 1991, por la cual se determinó mediante aforo el Impuesto de Industria y Comercio y Avisos por los períodos gravables de 1986, 1987, 1988 y 1989, que aparecen debidamente individualizados en el acto administrativo en mención, el cual fue confirmado por Resolución 397 de 1992.

Los actos anteriores, debidamente notificados alcanzaron ejecutoria por lo que el mandamiento de pago dictado con base en las Resoluciones mencionadas se ajusta a derecho.

En este orden de ideas, la cita del art. 566 del C. de P. C., como fundamento del recurso, no viene al caso por no regular la situación planteada en el proceso.

La cita de la sentencia que aparece en el recurso resulta igualmente impertinente; en dicha providencia se plantea el caso de un mandamiento ejecutivo dictado con base en un título ejecutivo confuso, lo que no sucede en el presente caso.

El asunto relativo a que la Sociedad COLOMA LTDA. no es sujeto del impuesto distrital reclamado, por lo cual, la obligación es inexistente, es aspecto que ha debido debatir en la vía gubernativa y no en esta instancia, de acuerdo con lo previsto por el inciso segundo del art. 561 del C. de P. C.

Por último, en relación con la prescripción alegada, debe precisarse como se hizo en un comienzo que se analizará en oportunidad, por cuanto su naturaleza es la de una excepción.

Sin que sea necesaria la consideración adicional, la Sala encuentra que el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar el mandamiento de pago proferido por el Juzgado Segundo Distrital de Ejecuciones Fiscales.

Ejecutoriado este auto, vuelva a la Oficina correspondiente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño* (ausente con excusa).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

REVOCATORIA DIRECTA-Improcedencia/**DERECHO DE PETICION/ RECURSO ADMINISTRATIVO/DERECHO DE ACCION**

La parte recurrente invoca la revocatoria como medio de impugnación contra el auto del 27 de julio de 1994, con fundamento en el artículo 69-1 del C. C. A. Al respecto debe precisarse que la revocatoria hace parte del derecho de petición no del de acción y, por lo mismo, sólo cabe dentro del trámite administrativo, en los términos y condiciones señalados por la ley. Es claro, entonces, que la revocatoria resulta improcedente.

PROCESO ELECTORAL/CONSEJO DE ESTADO/UNICA INSTANCIA/ AUTO ADMISORIO DE-Recurso/**RECURSO DE REPOSICION**-Asimilación/ **JUEZ**-Interpretación/**REVOCATORIA DIRECTA**-Rechazo

Dentro de los procesos electorales de única instancia, como el presente, el único recurso procedente contra lo autos admisorios de demanda en los cuales se resuelve también sobre la solicitud de suspensión provisional presentada oportunamente, es el de reposición, en este caso concreto por ser el proceso de única instancia, para ante la misma Sala que se pronunció con anterioridad sobre la procedencia o no de la medida en estudio. Como se observa que el escrito de impugnación cumple los requisitos previstos en cuanto a oportunidad y formalidades de un recurso de reposición, la Sala procede a resolverlo como tal con fundamento en la posibilidad de interpretación, dejando de lado las palabras utilizadas por el recurrente que sólo conducen al rechazo de la revocatoria, por improcedente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1138. Actor: Hildebrando Ortiz Lozano. Unica instancia.

Mediante memorial visible a fl. 70 del expediente, la parte actora, solicita la revocatoria, recalca, del auto de 27 de julio de 1994 por considerarlo violatorio de la Ley y la Constitución, solicitud que apoya en lo previsto por el art. 69-1 del C. C. A.

Considera el recurrente que la suspensión provisional debe ser decretada por cuanto mencionó el parágrafo del art. 6o. de la Ley 84 de 1993, vigente hasta el 22 de marzo de 1994, porque todos los Congresistas que se apoyaron en esa norma cometieron tráfico de influencias y eran inelegibles porque crearon una disposición en su propio y exclusivo beneficio, con violación del art. 223-5 del C.C.A. y del art. 183-1 y 5 de la C. N.

Explica que es cierto que el art. 14 de la Ley 84 de 1993 fue declarado inexequible por la H. Corte Constitucional, pero estuvo vigente hasta el 22 de marzo de 1994, y, por lo mismo, debe aplicarse completamente en relación con las elecciones verificadas el 13 de marzo de 1994, aunque el cómputo se hubiera hecho con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad.

Manifiesta, de otra parte, que no se puede desechar la que denomina, acción de impedimento y recusación contra los miembros del Consejo Nacional Electoral, con el pretexto de que la cita de la disposición que establece los impedimentos y recusaciones en el Código de Procedimiento Civil se hizo teniendo como base el articulado anterior a la reforma de 1989 y que, con posterioridad a dicha reforma, se le asignó el número 150 a la regulación sobre el particular. Considera tal actitud como violatoria del principio de la eficacia que deben tener los verdaderos juristas con los simples ciudadanos a que se refiere el art. 3o. del C. C. A. y equipara tan rigurosa aplicación con la que se presentaría, en su concepto, si al interpretar los arts. 231 y 233 de la C. N. se concluyera que los miembros de esta Corporación son Magistrados interinos por no haber sido elegidos con base en las ternas o listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Expone que lo único que pretende es la nulidad de la declaratoria de la elección de Senado por cuanto él fue candidato y quedó defraudado con la decisión.

Recuerda a la Sala que el art. 83 de la C. N. le da presunción de legalidad al ciudadano por encima del funcionario y por ello invocó las conductas irregulares del Consejo Nacional Electoral al que ya denunció penalmente ante la Corte Suprema, la Fiscalía y la Comisión de Acusaciones, además de que sus omisiones son tangibles, ostensibles y saltan a la vista para que se decrete la suspensión provisional.

Expresa que la sustentación no debe hacerla como un simple incidente, recalca, porque, manifiesta, extralimitaría lo ordenado por el art. 137 del C. C. A. que no lo permite.

Finaliza solicitando la revocatoria del auto en mención.

SE CONSIDERA:

La parte recurrente invoca la revocatoria como medio de impugnación contra el auto del 27 de julio de 1994, con fundamento en el art. 69-1 del C. C. A. Al respecto debe precisarse que la revocatoria hace parte del derecho de petición no del de acción y, por lo mismo, sólo cabe dentro del trámite administrativo, en los términos y condiciones señalados por la ley. Es claro, entonces, que la revocatoria resulta improcedente.

Ahora bien, dentro de los procesos electorales de única instancia, como el presente, el único recurso procedente contra los autos admisorios de demanda en los cuales se resuelve también sobre la solicitud de suspensión provisional presentada oportunamente, es el de reposición, en este caso concreto por ser el proceso de única instancia, para ante la misma Sala que se pronunció con anterioridad sobre la procedencia o no de la medida en estudio. Como se observa que el escrito visible a fl. 70 cumple los requisitos previstos en cuanto a oportunidad y formalidades de un recurso de reposición, la Sala procede a resolverlo como tal con fundamento en la posibilidad de interpretación, dejando de lado las palabras utilizadas por el recurrente que sólo conducen al rechazo de la revocatoria, por improcedente.

No hay lugar, por lo tanto a la precisión que aparece al final del memorial, en relación con la sustentación referida al recurso.

En relación con la fundamentación misma, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

En el auto recurrido se establece claramente los parámetros dentro de los cuales debe mantenerse el juez al estudiar la solicitud de suspensión provisional, aspecto que no aparece discutido por el recurrente.

En efecto, la decisión sobre la aplicación o no del parágrafo del art. 6o. de la Ley 84 de 1993 al caso en estudio, es asunto que no puede decidirse sin haberse surtido el trámite del proceso, y por lo pronto sólo se cuenta como elemento de juicio para efectos de la decisión sobre suspensión provisional, con la Sentencia de la H. Corte Constitucional, como se dejó explicado en la providencia recurrida y se repite en esta oportunidad.

Por su parte, el art. 14 de la Ley 84 de 1993, no aparece invocado en la demanda para los efectos de la suspensión provisional, por lo que no puede hacerse análisis alguno al respecto, como no se hizo en la providencia cuya reposición se solicita.

En cuanto a la denominada acción de recusación e impedimento de los miembros del Consejo Nacional Electoral, debe precisarse como se hizo en el auto impugnado que en esta etapa del proceso sólo es posible comparar el acto acusado con la norma, tal y como aparece citada en la demanda, y dentro de los parámetros a que se hizo mención en el auto impugnado, el análisis que se solicita en el recurso, es, entonces, ajeno a esta etapa procesal por ser propio del momento del fallo.

En estas condiciones la Sala concluye que las razones que el recurrente da para lograr la suspensión provisional son asuntos que sólo pueden ser resueltos en la etapa del fallo del proceso y, por lo mismo, debe mantenerse la denegación de suspender provisionalmente el acto acusado.

Por lo expuesto, la Sección Quinta,

RESUELVE:

Confirmar la denegatoria de suspensión provisional del acto acusado, adoptada por auto del 27 de julio de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño* (ausente con excusa).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO COACTIVO/PARTE DEMANDADA/SOCIEDAD COMERCIAL/SOCIEDAD ANONIMA-Existencia/**RAZON SOCIAL**-Modificación/ **DISOLUCION DE SOCIEDAD COMERCIAL**-Inexistencia/**PERSONERIA JURIDICA**-Atributos/ **NOMBRE**-Función

En tratándose de la parte demandada, no es razonable alegar inexistencia por el hecho de haberse modificado la razón social de la Sociedad. Las sociedades anónimas como la vinculada a este proceso en condición de ejecutada, una vez constituídas legalmente y hayan adquirido status jurídico, no lo pierden sino en virtud de presentarse alguna de las situaciones establecidas como causales de disolución en los artículos 218 y 457 del Código de Comercio y siempre y cuando la disolución se haya tramitado hasta su culminación, con sujeción a las normas que rigen ese procedimiento, sólo así puede decir que la Sociedad ya no existe jurídicamente. La simple modificación o cambio de nombre no está contemplada como causal de disolución. El nombre es uno de los atributos de la sociedad dotada de personalidad jurídica y tiene como función esencial identificar a la persona jurídica como empresa social, distinguiéndola de las demás, siendo susceptible de ser modificado o cambiado sin que por este motivo la sociedad sufra lesión alguna; menos aún que se le atribuya su inexistencia.

JURISDICCION COACTIVA-Procedimiento/**PROCESO EJECUTIVO SINGULAR/DEUDA FISCAL**-Ejecución

El apoderado de la sociedad demandada, expresa que no es el trámite del proceso ejecutivo singular el que debe imprimirse a las ejecuciones por

Jurisdicción Coactiva, sino el previsto en los artículos 561 y siguientes del C. P. C. El planteamiento como puede apreciarse es equivocado y contradictorio, puesto que es el mismo artículo 561 el que remite al trámite del proceso ejecutivo singular las ejecuciones por deudas fiscales.

PROCESO EJECUTIVO SINGULAR-Aplicación/**COBRO COACTIVO/ DEUDA FISCAL**-Ejecución/**NORMA ESPECIAL/MANDAMIENTO DE PAGO**-Notificación/**EMBARGO/ACUMULACION DE DEMANDAS**-Ejecutivas/**ACUMULACION DE PROCESOS**-Coactivo y Otros/**DESPACHO COMISORIO**-Procedimiento/**FUNCIONARIO EJECUTOR**-Facultades

El trámite del proceso ejecutivo singular el que debe seguirse en las ejecuciones para el cobro de deudas fiscales, salvo en lo atinente a la notificación del auto de mandamiento de pago, que deberá hacerse conforme al artículo 564 del mismo estatuto y las modificaciones que en materia de embargos, acumulación de demandas y procesos y comisiones, establecen los artículos 565, 566 y 568 *ibídem*.

PLEITO PENDIENTE-Definición/**EXCEPCION**

Según el artículo 97 numeral 10 del C.P.C., la excepción de pleito pendiente se configura, cuando en dos procesos, además de presentarse identidad de partes, el asunto que en el fondo deba decidirse sea en ambos el mismo, de tal suerte que la sentencia que se dicte en uno, constituya excepción de cosa juzgada en el otro.

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA/PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Diferencias/**EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE**-Improcedencia/**IDENTIDAD DE PARTES**- Inexistencia/ **IDENTIDAD DE OBJETOS**-Inexistencia

En este proceso de jurisdicción coactiva y el de nulidad y restablecimiento que se menciona en la excepción de pleito pendiente no hay identidad de partes, pues la "SOCIEDAD PROMIGAS S.A."O "PROMOTORA DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA" que aparece como ejecutada en el primero, figura como demandante en el segundo. Respecto a las pretensiones en el de Jurisdicción Coactiva, persigue la administración pública el pago de una obligación y en el adelantado ante el Tribunal Contencioso Administrativo busca la Sociedad "PROMIGAS S. A.", la nulidad de dichos actos administrativos y el restablecimiento del derecho que considera lesionado, siendo por tanto evidente, que el objeto es diferente en uno y otro caso.

MANDAMIENTO DE PAGO/NOTIFICACION/SOCIEDAD COMERCIAL/ RAZON SOCIAL-Modificación

Si el auto de mandamiento ejecutivo de pago proferido en el *sub-lite*, contra la Promotora de los Gasoductos de la Costa Atlántica "PROMIGAS S. A.", no se notificó a la Sociedad deudora bajo este nombre, sino con el de "PROMIGAS S. A.", únicamente, ello se debe a que el primero, se modificó suprimiéndosele las palabras que lo integraban, dejándose solamente la sigla "PROMIGAS S. A." como razón social. Esta circunstancia a juicio de la Sala, no puede interpretarse y menos aún de ella concluirse, que la sociedad afectada por la medida ejecutiva sea distinta a aquella sobre la cual recayó la notificación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No.0407. Partes: Municipio de Soledad - Atlántico C/ Promigas S.A. Jurisdicción Coactiva.

Procede la Sala a resolver las excepciones previas formuladas por la parte demandada en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante resolución No. 212 del 12 de junio de 1990 vista a folio 3 y 4 del Cdno. 2, el alcalde de la localidad de Soledad - Atlántico, libró en favor de la Tesorería de este municipio y en contra de "*PROMOTORA DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA" "PROMIGAS S. A.",* mandamiento de pago por la suma de sesenta y siete millones ciento nueve mil cuatrocientos veintiún pesos ($67.109.421) m/cte., más los intereses de mora al 3% mensual desde el día en que se hizo exigible la obligación, hasta cuando se verifique el pago total de la misma.

La medida fue dictada con fundamento en la resolución No. 518 de 1990 por medio de la cual se fijó a cargo de la demandada, el impuesto de Industria y Comercio y Avisos y Tableros por los años de 1983 a 1990,con sus respectivos intereses moratorios, y la resolución No. 201 de mayo 29 de 1990 confirmatoria de la anterior.

Dentro del término previsto en el artículo 510 del C. P. C., la empresa afectada con la medida ejcutiva, propuso contra ésta mediante apoderado, las siguientes excepciones previas:

1.- INEXISTENCIA DE LA DEMANDADA.-

Se hace consistir en el hecho de que a partir del 14 de mayo de 1990, la Sociedad demandada en virtud de una reforma a sus estatutos sociales dejó de denominarse *"Promotora de la Interconexión de los Gasoductos de la Costa Atlántica S. A."*

y quedó simplemente con el nombre de *"PROMIGAS S.A."* siendo ésta la que se debió demandar dado que el cambio de razón social ocurrió antes de que se librara mandamiento de pago.

2.- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES.-

Estima la parte ejecutada que en el presente proceso no existe ninguna especie de demanda, pues únicamente se encuentran en el expediente dos providencias: el auto de mandamiento de pago y el que decretó medidas cautelares, siendo que de conformidad con el artículo 75 del C. P. C., la demanda con que se promueve todo proceso, debe contener, por lo menos once requisitos que están explicados en igual cantidad de numerales.

3.- SE LE HA DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE LE CORRESPONDE.-

"No cabe duda - dice el excepcionante - *que en la presente actuación sólo existen como soporte de la misma un escueto mandamiento de pago y otro auto, mal proveído, que hace relación a las medidas cautelares.*

Lo anterior ha sido dispuesto fundamentándose en normas distintas a las establecidas para las ejecuciones coactivas o de deudas fiscales que se precisan en los arts. 561 y siguientes del C. P. C. Esto hace que al presente asunto se le haya imprimido un trámite diferente del que le corresponde".

4.- PLEITO PENDIENTE.-

Se alega respecto a esta excepción que con anterioridad a la fecha en que fue notificado el auto de mandamiento de pago, "PROMIGAS S. A." había demandado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, la nulidad de las resoluciones números 518 y 201 de 4 y 29 de mayo de 1990, respectivamente, existiendo por lo tanto otro proceso entre las mismas partes, por igual causa e idéntico objeto.

5.- HABERSE NOTIFICADO LA ADMISION DE LA DEMANDA (MANDAMIENTO DE PAGO) A UNA PERSONA DISTINTA DE LA QUE FUE DEMANDADA.-

Se argumenta que el mandamiento ejecutivo le fue notificado a PROMIGAS S.A., persona distinta a la demandada PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA S.A.

CONSIDERACIONES

En el mismo orden en que fueran formuladas las excepciones anteriormente relacionadas, se procederá a su examen:

1.- INEXISTENCIA DE LA DEMANDADA.-

No tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Para la Sala es incuestionable que en el presente proceso están claramente determinados y definidos los extremos de la *litis*.

En tratándose de la parte demandada, no es razonable alegar inexistencia por el hecho de haberse modificado la razón social de la Sociedad.

Las sociedades anónimas como la vinculada a este proceso en condición de ejecutada, una vez constituídas legalmente y hayan adquirido status jurídico, no lo pierden sino en virtud de presentarse algunas de las situaciones establecidas como causales de disolución en los artículos 218 y 457 del Código de Comercio, y siempre y cuando la disolución se haya tramitado hasta su culminación, con sujeción a las normas que rigen este procedimiento; sólo así puede decirse que la Sociedad ya no existe jurídicamente. La simple modificación o cambio de nombre no está contemplada como causal de disolución.

El nombre es uno de los atributos de la sociedad dotada de personalidad jurídica y tiene como función esencial identificar a la persona jurídica como empresa social, distinguiéndola de las demás, siendo susceptible de ser modificado o cambiado sin que por este motivo la sociedad sufra lesión alguna; menos aún que se le atribuya su inexistencia.

2.- INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES.-

Se concreta al hecho de no haberse presentado demanda conforme al artículo 75 del C. P. C.

En este mismo proceso al resolver la Sección Cuarta el recurso de apelación interpuesto contra el auto de mandamiento de pago (fl. 410 cdno. 1) y desechar la misma objeción, fue clara al indicar que *"Tratándose de Jurisdicción Coactiva se presenta una prerrogativa de la Administración Pública, de ser a la vez Juez y Parte; por ello no es requisito, como lo pretende el recurrente, que la Administración se presente así misma una demanda, como lo hacen los particulares en vía de obtener el reconocimiento por el Estado de la inexistencia de un derecho que le disputa otra persona, porque su situación jurídica es distinta, como quiera que de la Administración Pública emana el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, previo el procedimiento legal, el cual es contentivo de una obligación expresada en la moneda legal de circulación y cuya satisfacción puede exigir compulsivamente".*

El criterio mencionado es el que ha adoptado esta Sección en forma reiterada y por ello la excepción examinada no está llamada a prosperar.

3.- SE LE HA DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE LE CORRESPONDE.-

Esta excepción observa la Sala, carece en absoluto de fundamentos legales. Afirma el apoderado de la sociedad demandada, en síntesis, que no es el trámite del proceso ejecutivo singular el que debe imprimirse a las ejecuciones por Jurisdicción Coactiva, sino el previsto en los artículos 561 y siguientes del C. P. C.

El planteamiento como puede apreciarse es equivocado y contradictorio, puesto que es el mismo artículo 561 el que remite al trámite del proceso ejecutivo singular las ejecuciones por deudas fiscales.

La norma citada no consagra en su texto un trámite especial, pero sí precisa cuál es el que debe adoptarse para desarrollar el proceso por Jurisdicción Coactiva, al indicar que estos procesos se seguirán ante los funcionarios que determine la ley, *"por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor, y mínima cuantía, según fuere el caso, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente capítulo"*.

Es pues, el trámite del proceso ejecutivo singular el que debe seguirse en las ejecuciones como la presente, salvo en lo atinente a la notificación del auto de mandamiento de pago, que deberá hacerse conforme al artículo 564 del mismo estatuto y las modificaciones que en materia de embargos, acumulación de demandas y procesos y comisiones, establecen los artículos 565, 566 y 568 *ibídem.*

En el *sub-lite*, contrariamente a lo afirmado por el Procurador Judicial de la ejecutada, la acción ejecutiva fiscal para la cual no se requiere demanda, se adelantó por el procedimiento que le corresponde, puesto que tratándose de una obligación contenida en actos administrativos expedidos por la misma Administración, el funcionario ejecutor procedió de una vez a librar mandamiento ejecutivo de pago conforme a lo establecido en el artículo 497 del C. P. C., disponiendo en el mismo su notificación con ceñimiento al artículo 564 *ibídem* (fl. 3 y s.s. cdno. 2). Por estas razones la excepción es impróspera.

4.- PLEITO PENDIENTE.-

Tampoco está llamada a prosperar por cuanto no se dan las condiciones requeridas para su existencia.

Según el artículo 97 numeral 10 del C. P. C., la excepción de pleito pendiente se configura, cuando en dos procesos, además de presentarse identidad de partes, el asunto que en el fondo deba decidirse sea en ambos el mismo, de tal suerte que la sentencia que se dicte en uno, constituya excepción de cosa juzgada en el otro.

En este proceso y el de nulidad y restablecimiento que se menciona el excepcionante no hay identidad de partes, pues la *"SOCIEDAD PROMIGAS S.A."* o *"PROMOTORA*

DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA" que aparece como ejecutada en el primero, figura como demandante en el segundo.

Respecto a las pretensiones en el de Jurisdicción Coactiva, persigue la administración pública el pago de una obligación contenida en las resoluciones números 518 y 201 del 4 y 29 de mayo de 1990, y en el adelantado ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, busca la Sociedad *"PROMIGAS S. A."*, la nulidad de dichos actos administrativos y el restablecimiento del derecho que considera lesionado, siendo por tanto evidente que el objeto es diferente en uno y otro caso.

Cabe observar finalmente que los hechos alegados se familiarizan más con la figura de la prejudicialidad que con el medio exceptivo propuesto, que como atrás se anotó, deberá desestimarse.

5.- HABERSE NOTIFICADO LA ADMISION DE LA DEMANDA (MANDAMIENTO DE PAGO) A UNA PERSONA DISTINTA DE LA QUE FUE DEMANDADA.-

Aduce el apoderado que el mandamiento ejecutivo le fue notificado a PROMIGAS S.A., persona distinta de la demandada "PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA".

Cabe observar en primer lugar, que esta excepción como ocurre con las anteriormente examinadas, deberá declararse no probada por las siguientes razones:

Si el auto de mandamiento ejecutivo de pago proferido en el *sub-lite,* contra la Promotora de los Gasoductos de la Costa Atlántica *"PROMIGAS S.A."*, no se notificó a la Sociedad deudora bajo este nombre, sino con el de *"PROMIGAS S. A."*, únicamente, ello se debe a que el primero, se modificó suprimiéndole las palabras que lo integraban, dejándose solamente la sigla *"PROMIGAS S.A."* como razón social.

Esta circunstancia a juicio de la Sala, no puede interpretarse y menos aún de ella concluirse, que la sociedad afectada por la medida ejecutiva sea distinta a aquella sobre la cual recayó la notificación. Se trata de la misma Sociedad a cuyo cargo está la obligación demandada, como lo demuestra claramente no solo el certificado de existencia y representación visto a folio 8 y s.s. del cdno. 2 sino también, los demás elementos de juicio que obran en el plenario.

Del certificado se desprenden estos hechos:

a.- Que por escritura pública No. 3561 de diciembre 27 de 1974 de la Notaría 3a. de Barranquilla se constituyó legalmente la Sociedad denominada: *"PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA LIMITADA" (PROMIGAS LTDA.).*

b.- Que mediante la escritura No. 338 de marzo 8 de 1976, de la misma notaría, dicha sociedad se transformó en anónima, conservando el mismo nombre.

c.- Que por escritura No. 611 de mayo 9 de 1990 de la Notaría Unica de Riohacha (Guajira) -nuevo domicilio-, se modificó la razón social de *"PROMOTORA DE LA INTERCONEXION DE LOS GASODUCTOS DE LA COSTA ATLANTICA LIMITADA" (PROMIGAS LTDA.),* por la de *"PROMIGAS S.A."*, con la cual se identificaba la persona colectiva al momento de la notificación.

Estos actos realizados en desarrollo del contrato social y los realizados por las partes en el proceso, además de otros documentos que dentro del mismo existen, como el poder general conferido al apoderado mediante la escritura pública No. 1852 de agosto 24 de 1983 que obra a folio 11 del cdno. 2; el contrato celebrado entre el Ministerio de Minas y la ejecutada a través de la escritura No. 1629 de septiembre 16 de 1976 visible a folios 28 y s.s. cdno. 2, las actas de liquidación de impuestos y aun la misma actividad desplegada por el citado apoderado, conllevan inequívocamente a identificar como una misma persona jurídica, la que fue vinculada al proceso mediante el mandamiento de pago y la que recibió notificación personal del mismo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Decláranse no probadas las excepciones previas formuladas por el apoderado de la Sociedad demandada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACUMULACION DE PROCESOS-Irregularidades/**AUDIENCIA PUBLICA**-Convocatoria/**SORTEO DE PONENTE/NULIDAD PROCESAL**

El *a-quo* incurrió en irregularidad procesal al momento de decretar la acumulación de los procesos, por cuanto no dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 237 del C. C. A., norma especial del contencioso electoral. En efecto, no convocó a audiencia pública para sorteo del ponente, sino que del modo como lo prevén los arts. 158 y 159 del C. de P. C., aplicables a los demás procesos contencioso administrativos, continuó conociendo de los procesos acumulados quien conducía el más antiguo. Dicha irregularidad, empero, no es causal de nulidad y está subsanada al tenor de lo previsto en el parágrafo del art. 140 del C. de P. C.

CONTRALOR MUNICIPAL ENCARGADO-Nombramiento/**CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades/**CONTRALOR MUNICIPAL**-Incompatibilidades/**EMPLEADO OFICIAL**

El numeral 6o. del art. 59 del Acuerdo 035 de 1990, es norma aplicable en circunstancias de normalidad administrativa, cuando el titular toma vacaciones, se encuentra en licencia, comisión o encargo de otro empleo, etc., pero no en el evento discutido, cuando la actuación del cabildo energía de una solicitud disciplinaria que suspendió provisionalmente al Contralor en el ejercicio de sus funciones. Atendiendo al contexto de toda la normatividad del art. 272 de la C. P., e interpretándola sistemáticamente, como con acierto lo señaló el *a-quo*, es de entender que dicha causal de inhabilidad es valedera sólo para cuando

se designa contralor en propiedad, guardando así armonía con la causal de incompatibilidad del inciso 9o. de la misma norma. En efecto, si la incompatibilidad dicha reza sólo con "... Quien haya ocupado en propiedad el cargo de Contralor... municipal...", para prohibirle el desempeño de empleo oficial alguno en el respectivo municipio, no es razonable que la inhabilidad del inciso 8o. se extienda más allá de la elección para contralor en propiedad. Menos aún a quien sólo es elegido por encargo, como que se trata sólo de superar una dificultad coyuntural de la función pública.

CONTRALORIA MUNICIPAL-Organización/**AUDITOR GENERAL DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL**-Designación/**CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades

El artículo 274 difiere a la ley la determinación de la manera de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría en los municipios. A su vez, los artículos 65 a 71 de la Ley 42 de 1993, estatuye lo concerniente a las Contralorías Departamentales y Municipales, siendo expresa la facultad a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales para organizar las contralorías autorizadas por la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 1132. Actor: Vilma Cecilia Ladino Díaz y otros.

Por apelación, interpuesta únicamente por la actora Vilma Cecilia Ladino Díaz, conoce la Sala de la sentencia proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, con fecha del 29 de abril del año en curso, mediante la cual denegó las pretensiones de las demandas acumuladas propuestas contra la resolución No. 194 de mayo 5 de 1993, expedida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Villavicencio para designar Contralor y Auditor General de la Contraloría, encargados.

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no encontrando en lo actuado motivo de nulidad, se desata el recurso partiendo del examen de los siguientes

ANTECEDENTES

I.- De las demandas acumuladas.-

Se las fundamenta así:

1.- La señora Vilma Cecilia Ladino Díaz solicita la nulidad de la precitada resolución No. 194 del 5 de mayo de 1993, en cuanto por su artículo 1o. se designó a Pedro Nel Yaya Martínez como contralor encargado.

Al respecto afirma que dicho acto viola el Art. 272, inciso 2o. de la Constitución Política, por cuanto el designado se desempeñó como funcionario municipal en el año inmediatamente anterior; también, porque la Ley 42 de 1993 en su artículo 69, dispuso que el propio Concejo Municipal debe regular la forma de proveer las ausencias temporales o definitivas de los Contralores y el art. 59 No. 6o. del Acuerdo 035 de 1990, dispone que el contralor está facultado para designar a quien lo ha de reemplazar en sus ausencias temporales.

El demandado no contestó la demanda, mas no así la administración municipal, que por medio de apoderado y en tiempo le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones y aportando pruebas.

2.- A su vez, el ciudadano Héctor Alfonso Velásquez Reyes demandó también en acción pública la nulidad del acto administrativo plasmado en la resolución No. 194 de 1993 , mediante el cual el Concejo de Villavicencio designó para ejercer por encargo funciones de Contralor Municipal y Auditor General de la Contraloría a Pedro Nel Yaya Martínez y Rodulfo Monroy Rodríguez, en su orden.

Opina el actor que el acto impugnado viola los artículos 3, 6, 29, 150 inc. 1o., 313, No. 10 de la Carta Fundamental; los artículos 62 y 69 de la Ley 42 de 1993, el Decreto, 1950 de 1973, Art. 23 No. 6o., y el Acuerdo No. 035 de 1990, Arts. 59 6o.

Respecto a la situación del señor Yaya Martínez anota que es el mismo contralor quien está facultado para designar su reemplazo, por lo que el efectuado por la mesa directiva del Concejo es nulo.

En cuanto al nombramiento del Sr. Rodulfo Monroy Rodríguez, en el cargo de Auditor General de la Contraloría, porque la ley no ha atribuido al Concejo la facultad de designar auditor general de la Contraloría Municipal, por lo cual dicha designación se hizo con extralimitación de funciones.

II.- Mediante providencia calendada a 23 de noviembre de 1993, se dispuso en primera instancia la acumulación de los procesos originados en las dos demandas referidas.

III.- La Sentencia Recurrida.-

La sentencia impugnada desestima las pretensiones de las demandas al sostener que los dignatarios del Concejo de Villavicencio se limitaron a cumplir lo ordenado por el propio cabildo, según el texto del "acta y la misma resolución instrumentalizada":, porque debiendo el Concejo cumplir la orden de suspensión provisional del contralor, como autoridad nominadora es lógico que deba suplir su ausencia, y no puede entenderse que el Concejo ejecute la orden de suspensión solicitada por la Procuraduría y sea el propio contralor quien designe su reemplazo provisorio. Quien está cesante, así sea de manera precaria, carece también de las funciones propias al cargo del cual se

le separa.- En conclusión, el Acuerdo No. 035 de 1990 en su artículo 6o. no es la norma aplicable al caso.

Agrega que la acusación que se sustenta en pretensa violación del artículo 272 de la Constitución Nacional, por haber encargado a Pedro Nel Yaya Martínez de la Contraloría, siendo su auditor general, no se ajusta al mandato legal, porque dicha norma debe entenderse de manera amplia cuando se trata de "aplicarse a contingencias temporales y episódicas de la función pública".

Complementa la afirmación anotando:

> "La Constitución para desarollar sus principios los delega generalmente a la ley, y éstas a su vez a las ordenanzas y acuerdos, caso concreto del art. 6o. de la Ley 42 de 1993, sobre ausencias temporales del contralor; todo entendido dentro de un ordenamiento lógico y sistemático".

Y frente al cargo erigido por la designación recaída en la persona de Rodulfo Monroy Rodríguez como auditor general para la Contraloría Municipal, lo despachó el *a-quo* de manera contraria a lo pretendido en los mismos términos que consideró esta Sala cuando conoció del proceso respecto al auto que decidió la no suspensión provisional, al decir que las disposiciones constitucionales invocadas como violadas no están relacionadas con el acto impugnado.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La demandante Vilma Cecilia Ladino recurre de la sentencia con el argumento de que para cuando se profirió el acto acusado era plenamente vigente el art. 59 del Acuerdo No. 035 de 1990, norma que faculta al contralor para designar al funcionario que en sus ausencias temporales deba reemplazarlo, disposición que corresponde a lo preceptuado por el art. 69 de la Ley 42 de 1993. En ese aspecto estima irregular la actuación del cuerpo edilicio, en tanto no sea modificado el acuerdo citado.

En cuanto al encargo del auditor, dijo que el Concejo carecía de facultad para hacer la designación en razón a que lo ordenado en la Constitución aún no tiene ley que lo desarrolle. Por tanto no podía proveer un cargo cuya creación no está autorizada ni sus funciones regladas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La colaboradora Fiscal Novena Delegada en lo Contencioso, luego de identificar los cargos que fundamentan las demandas y evaluar las pruebas obrantes en el proceso, solicita la confirmación del fallo. Suyas son las siguientes apreciaciones:

> "En este asunto de acuerdo con estas disposiciones, se deduce que a la autoridad nominadora le correspondía suspender provisionalmente al señor Orlando

Rengifo Callejas de sus funciones de Contralor Municipal por solicitud de la Procuraduría Provincial de ese municipio (sic) era el Concejo Municipal, por consiguiente, también a éste le competía designar por encargo su reemplazo mientras dure la suspensión, como así efectivamente se hizo". (fol. 189).

La predicada inhabilidad atribuída al Contralor Municipal encargado, dice, sólo se configura cuando para el cargo se elige en propiedad y no fue establecida por el constituyente para situaciones especiales como la presente.

Finalmente, aludiendo a la designación que por encargo se hizo de Auditor General de la Contraloría, expresa que las disposiciones invocadas como presuntamente transgredidas, no corresponden al acto acusado por estar referidas a otras situaciones.

CONSIDERACIONES

I.- Antes de proceder al examen de fondo de la cuestión que es materia del debate procesal, no puede la Sala dejar de observar que el *a-quo* incurrió en irregularidad procesal al momento de decretar la acumulación de los procesos, por cuanto no dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 237 del C. C.A., norma especial del contencioso electoral.

En efecto, no convocó a audiencia pública para sorteo del ponente, sino que del modo como lo prevén los arts. 158 y 159 del C. de P. Civil, aplicables a los demás procesos contencioso administrativos, continuó conociendo de los procesos acumulados quien conducía el más antiguo.

Dicha irregularidad, empero, no es causal de nulidad y está subsanada al tenor de lo previsto en el parágrafo del art. 140 del C. P. Civil.

II.- Se está ante procesos acumulados, coincidentes en las normas que se invocan como violadas y en el concepto de su violación. Por ello su análisis es dable realizarlo de manera conjunta, para definir lo pertinente a los cargos en forma correlacionada.

III.- En las demandas se pide la nulidad de la resolución No. 194 proferida el 5 de mayo de 1993 por la Mesa Directiva del Concejo de Villavicencio, mediante la cual se encargó a los señores Pedro Nel Yaya Martínez y Rodulfo Monroy Rodríguez, en su orden, de las funciones de Contralor y Auditor General para dicha municipalidad.

Los cargos contra los actos de elección de Contralor y Auditor General de la Contraloría del Municipio de Villavicencio, se pueden resumir así:

A) El Concejo de Villavicencio no tiene facultad para hacer encargo de Contralor, porque de acuerdo con la Ley 42 de 1993, artículo 69, es atribución suya regular la forma de proveer las ausencias definitivas o temporales de los contralores, lo cual está resuelto por el artículo 59, numeral 6o. del Acuerdo 035 de 1990, según el cual en las ausencias temporales el propio contralor nombra su reemplazo.

B) Que a Pedro Nel Yaya Martínez no se lo podía encargar de la Contraloría Municipal, porque era empleado del mismo municipio como Auditor General ante la Contraloría. Por tanto, la Mesa Directiva del Concejo violó la Constitución Nacional en su artículo 272, inciso 8o.

C) No existe facultad legal para que el Concejo de Villavicencio designe Auditor General ante la Contraloría del municipio, por no haberse legislado ni autorizado que se regle sobre ese organismo municipal.

IV.- Las pruebas, sobre las que debe sustentarse el fallo, son las siguientes:

a) Copia autenticada de la edición No. 43, año 3, de la Gaceta Municipal, de agosto 18 de 1990, en la que se publicó el Acuerdo No. 035 de mayo 30 de 1990 del Concejo de Villavicencio (fl. 1-34 Vto. proceso # 1132; fl. 2-35 Vto. Proceso # 1061);

b) Constancia autenticada expedida por el Jefe de la División Administrativa de la Contraloría Municipal de Villavicencio, según la cual el Sr. Pedro Nel Yaya Martínez ejerce el cargo de Auditor General de la Contraloría local;

c) Copia autenticada de la resolución No. 194 del 5 de mayo de 1993 proferida por el Concejo de Villavicencio, por lo cual se materializa lo dispuesto por el cabildo en cuanto a los encargos de Contralor y Auditor Fiscal ante la Contraloría;

d) Poder conferido por la alcaldesa de Villavicencio para intervenir en el proceso, con los anexos pertinentes;

e) Copia autenticada del acta No. 20 del 5 de mayo de 1993, correspondiente a la sesión del Concejo de Villavicencio en la que se dispusieron los encargos objeto de controversia;

Examen de los cargos.

V.- CARGO PRIMERO: El Concejo de Villavicencio no tiene facultad para designar contralor encargado; al hacerlo transgredió la Ley 42 de 1993 en su artículo 69 y el numeral 6o., artículo 59, del Acuerdo Municipal No. 035 de 1990.

Sea lo primero precisar que la Carta Fundamental atribuye a los Concejos Municipales la facultad de organizar las respectivas contralorías (art. 272 inc. 3o.) y delegó en la ley la facultad de organizar el control Fiscal. Desarrollo de ese mandato es la Ley 42 de 1993 que establece las pautas sobre las que debe desenvolverse esa gestión en los Departamentos y Municipios, confiriendo en el artículo 69 competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para regular la forma de proveer las ausencias definitivas y temporales de los respectivos contralores.

La Ley 136 del 2 de junio de 1994, artículos 154 a 167, determina el régimen de control fiscal municipal y del Contralor Municipal. De allí se deduce que el Acuerdo No.

035 de 1990, expedido en desarrollo del Dto. 1333 de 1986, está vigente en tanto se adecúe a las previsiones de las Leyes 42 de 1993 y 136 de 1994.

Pero se trata de definir si la determinación atacada se ajustó o no a derecho. Ella fue cumplimiento de una solicitud de carácter disciplinaria expedida por la Procuraduría Provincial del Departamento del Meta, conforme a las facultades a ella conferidas por la Ley 13 de 1984, art. 21, y del Dto. 482 de 1985, art. 26, norma esta última del siguiente tenor:

> "Art. 26.- De la suspensión provisional. Cuando el Jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional tenga conocimiento de hechos o actos que puedan ser constitutivos de una de las faltas disciplinarias señaladas en el art. 15 de la Ley 13 de 1984, una vez abierta la investigación disciplinaria, podrá suspender provisionalmente al empleado investigado, siempre que tenga facultad legal para ello. **En caso contrario solicitará a la autoridad nominadora la suspensión de dicho funcionario...**" (líneas fuera del texto).
>
> El término de la suspensión..."
>
> El acto administrativo... "

Observado así el asunto, no se requiere de mayor discernimiento para deducir que el numeral 6o. del art. 59 del Acuerdo No. 035 de 1990, es norma aplicable en circunstancias de normalidad administrativa, cuando el titular toma vacaciones, se encuentra en licencia, comisión o encargo de otro empleo, etc., pero no en el evento discutido, cuando la actuación del cabildo emergía de una solicitud disciplinaria que suspendió provisionalmente al Contralor en el ejercicio de sus funciones.

La Mesa Directiva del Concejo de Villavicencio, no hizo más que cumplir lo aprobado por el cabildo en sesión plena según el acta No. 20 del 5 de mayo de 1993, aplicando acertadamente la ley al encargar, como nominador, a quien debía reemplazar al suspendido. En consecuencia, el cargo no prospera.

CARGO SEGUNDO: Pedro Nel Yaya Martínez se hallaba inhabilitado para ser encargado de la Contraloría Municipal, porque en el año inmediatamente anterior se desempeñó como Auditor General de la Contraloría del Municipio. Su designación violó el artículo 272 inc. 8o. Dicha norma prescribe causal de inhabilidad para ser elegido Contralor Municipal en "quien haya ocupado cargo público del orden... municipal, salvo la docencia...", considerando por ello los actores que al señor Yaya Martínez no se lo podía encargar de la Contraloría Municipal.

Sin embargo, atendiendo al contexto de toda la normatividad del art. 272 de la C. Política, e interpretándola sistemáticamente, como con acierto lo señaló el *a-quo*, es de entender que dicha causal de inhabilidad es valedera sólo para cuando se designa contralor en propiedad, guardando así armonía con la causal de incompatibilidad del inciso 9o. de la misma norma.

En efecto, si la incompatibilidad dicha reza sólo con "... Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor... municipal...", para prohibirle el desempeño de empleo oficial alguno en el respectivo municipio, no es razonable que la inhabilidad del inciso 8o. se extienda más allá de la elección para contralor en propiedad. Menos aún a quien sólo es elegido por encargo, como que se trata sólo de superar una dificultad coyuntural de la función pública.- No prospera el cargo.

TERCER CARGO: Inexistencia de norma legal que autorice al Concejo para designar, así fuere por encargo, auditor general de la contraloría.- El actor cita como normas violadas las constitucionales correspondientes a los artículos 274, 150 Inc. 1o. y 313 No. 10 de la C. Política.

El precitado artículo 274 defiere a la ley la determinación de la manera de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría en los municipios. A su vez, los artículos 65 a 71 de la Ley 42 de 1993, estatuye lo concerniente a las contralorías departamentales y municipales, siendo expresa la facultad a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales para organizar las contralorías autorizadas por la ley.

No se ve, entonces, contradicción alguna del Acuerdo No. 035 de1990, con esa atribución legal, acuerdo que en su artículo 48 autoriza al Concejo para la designación del auditor general de la Contraloría.

Por lo expuesto, se desestimarán los cargos de la demanda y, compartiendo el concepto de la Procuradora Delegada en lo Contencioso, se confirmará la sentencia recurrida.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta con fecha 29 de abril de 1994, por la cual se negaron las pretensiones de las demandas en los procesos acumulados propuestos por Vilma Cecilia Ladino Díaz y Héctor Alfonso Velásquez Reyes contra el acto de elección contenido en la resolución No. 194 del 5 de mayo del presente año, proferido por el Concejo de Villavicencio.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/DEMANDA-Requisitos/**MANDAMIENTO DE PAGO**-Requisitos/**PROCESO EJECUTIVO**-Procedimiento/**CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**-Aplicación/**OBLIGACION CLARA**-Inexistencia/**INTERESES**-Determinación

La administración, no requiere de previa demanda para adelantar los juicios por Jurisdicción Coactiva. Pero en uso de esta prerrogativa, los organismos investidos de tal jurisdicción al proferir el auto de mandamiento de pago, no pueden inobservar los principios básicos que de manera general, rigen el procedimiento en el proceso ejecutivo, cuyas normas le son aplicables de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 561 del C. P. C. en concordancia con el artículo 252 del C.C.A. El artículo 498 del C. de P.C., si bien autoriza al Juez para expedir orden de pago por los intereses causados, cuando la obligación versa sobre una cantidad de dinero líquida, también es claro al exigir que en el auto de mandamiento ejecutivo, se debe señalar la tasa de interés que se cobra, norma que estima la Sala, debe aplicarse con mayor rigorismo cuando la obligación ha surgido de contratos o convenios celebrados entre particulares, cuyo origen es un acuerdo de voluntades, a diferencia de lo que sucede en estos procesos de jurisdicción coactiva en los que las entidades oficiales autorizadas por la Constitución y la ley cobran las obligaciones con sus respectivos intereses, los cuales generalmente están autorizados en su monto respectivo, por la ley, ordenanzas, acuerdos o resoluciones, normas estas que son de obligatorio cumplimiento, no sólo para las partes procesales, sino también para el funcionario que tramita el proceso.

DEMANDA EJECUTIVA-Pretensión/**OBLIGACION PRINCIPAL**-Mora/**PAGO/INTERESES DE MORA/PARTE DEMANDADA/DERECHO DE CONTRADICCION/SENTENCIA**-Contenido

Cuando hay demanda, la solicitud de pago de intereses como consecuencia de una obligación principal en mora, debe ser conocida por el demandado para que éste sepa qué es lo que por tal concepto se le está cobrando y pueda, en aras de ese conocimiento, ejercer el derecho de contradicción y como pretensión que es, debe ser resuelta en la sentencia.

ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO-Vigencia/**MULTA/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**

El artículo 212 del Decreto 0663 de 1993 por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que invoca el funcionario ejecutor para sostener la providencia recurrido entró a regir el 2 de mayo de 1993, o sea con posterioridad a las resoluciones mediante las cuales se impuso la multa que originó la obligación principal a cargo de la ejecutada no quedando por tanto estos actos administrativos cobijados por tal disposición, dado el principio de irretroactividad de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0416. Partes: Superintendencia Bancaria C/ Eduardo Rincón Gómez y Cía. Ltda. Jurisdicción Coactiva.

Por apelación del mandamiento de pago librado contra la sociedad mencionada en la referencia, conoce la Corporación de este proceso.

La medida ejecutiva la dictó la Subsecretaría Jurídica - Grupo Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 23 de febrero de 1994 (fl. 34), ordenando a la firma demandada cancelar a favor del Tesoro Nacional la suma de dos millones setecientos mil pesos ($2.700.000.oo) m/cte., como capital "más las costas que se causaren y los intereses si hubiere lugar a ellos", con fundamento en las resoluciones números 1696 del 20 de mayo de 1991 y 4325 del 21 de noviembre del mismo año.

Notificada la sociedad ejecutada a través de apoderado (fl. 37), por conducto de este mismo, dentro del término de ejecutoria interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el auto de mandamiento de pago para que éste se modifique en el sentido de suprimir la orden de pagar intereses.

Sustenta el apoderado el recurso así:

"El mandamiento de pago es una orden para que una cantidad determinada, clara, expresa y exigible, sea pagada por el ejecutado. Si la cantidad no es ciertamente clara, expresa y exigible, su pago no puede ser ordenado, porque carecería de mérito ejecutivo, y quedaría insatisfecho lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Procedimiento Civil.

Al ordenarse un pago de intereses condicionado a "si hubiere lugar a ellos, se está afirmando indudablemente la falta de claridad de la obligación y el desconocimiento de lo (sic) expresión de la misma, y la incertidumbre consecuencial sobre su exigibilidad actual".

Agrega: que la multa es apenas una sanción y como tal no puede generar a su vez perjuicios por el retardo en el pago, por lo cual no hay posibilidad de incluirlos bajo la denominación de intereses en el mandamiento de pago.

El funcionario ejecutor al negar el recurso de reposición expresó en auto de mayo 30 de 1994 (fls. 47 y s.s.), que en cuanto a la expresión *"si hubiere lugar a ellos"*, no es necesario señalar el monto exacto de los intereses, toda vez que lo importante es que sean por lo menos determinables, siendo perfectamente claro que los intereses que se cobran a un deudor por no pagar a tiempo su deuda, no son perjuicios económicos sino la consecuencia lógica del incumplimiento de una obligación, que en este caso particular es el pago de una multa impuesta en favor de la Nación.

En memorial que obra a folios 51 y s.s., el apoderado de la demandada amplía la sustentación del recurso, reiterando la afirmación de que la orden de pago no puede ser condicionada a si hay o no lugar al pago de intereses y que la multa es apenas una sanción que por carecer de finalidad económico-financiera no puede generar intereses moratorios. Dice que la cita hecha por el funcionario en apoyo de sus planteamientos, el artículo 212 del D. 663de 1993, no puede aplicarse en este caso, por ser posterior dos (2) años a la sanción impuesta.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, se procede a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Prescribe el artículo 497 del C. P. C., "*presentada la demanda con arreglo a la ley, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el Juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal*". Y el artículo 498 ibídem, señala: "*Si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco días con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda, señalando su tasa y demás modalidades así como el momento que deba tenerse en cuenta para aplicar la tasa de cambio en la conversión a moneda nacional, si fuere el caso*".

Es abundante la Jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que la administración no requiere de previa demanda para adelantar los juicios por Jurisdicción Coactiva. Pero en uso de esta prerrogativa, los organismos investidos de tal jurisdicción al proferir el auto de mandamiento de pago, no pueden inobservar los principios básicos que de manera general rigen el procedimiento en el proceso ejecutivo, cuyas normas le son aplicables de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 561 del C. P. C., en concordancia con el artículo 252 del C. C. A.

El artículo 498 anteriormente transcrito, si bien autoriza al Juez para expedir orden de pago por los intereses causados, cuando la obligación versa sobre una cantidad de dinero líquida, también es claro al exigir que en el auto de mandamiento ejecutivo, se debe señalar la tasa de interés que se cobra, norma que estima la Sala, debe aplicarse con mayor rigorismo cuando la obligación ha surgido de contratos o convenios celebrados entre particulares, cuyo origen es un acuerdo de voluntades, a diferencia de lo que sucede en estos procesos de jurisdicción coactiva en los que las entidades oficiales autorizadas por la Constitución y la ley cobran las obligaciones con sus respectivos intereses, los cuales generalmente están autorizados en su monto respectivo, por la ley, ordenanzas, acuerdos o resoluciones, normas estas que son de obligatorio cumplimiento, no sólo para las partes procesales, sino también para el funcionario que tramita el proceso.

En el caso *sub-exámine* estas exigencias fueron ignoradas por el funcionario ejecutor, quien al dar la orden de pago en relación con los inereses moratorios, se limitó a condicionarlos a un posterior estudio y viabilidad mediante la expresión "*si hubiere lugar a ellos*", omitiendo en el cuestionado auto señalar de manera expresa y clara la obligación accesoria por ese concepto.

La exigencia de estos presupuestos tienen una explicación lógica. Cuando hay demanda, la solicitud de pago de intereses como consecuencia de una obligación principal en mora, debe ser conocida por el demandado para que éste sepa qué es lo que por tal concepto se le está cobrando y pueda, en aras de ese conocimiento, ejercer el derecho de contradicción y como pretensión que es, debe ser resuelta en la sentencia.

Ahora si no hay demanda por tratarse como en este caso de un proceso adelantado por la misma administración, ello no significa que tales presupuestos puedan omitirse; en el auto de mandamiento de pago deben especificarse para que se cumpla el propósito de las normas que los regulan.

En el *sub-lite* la forma hipotética en que se ordenó el pago de los intereses, "si hubiere lugar a ellos", impide a la Sala aceptarla y por ello habrá de revocarla en lo anotado entre comillas, para que al dictarse la sentencia, en forma clara y precisa con fundamento en la norma jurídica que los consagre, se determinen los diferentes aspectos señalados en el art. 498 del C. de P. C., sobre los mismos.

Las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, son suficientes para la prosperidad del recurso, pero cabe anotar, que el artículo 212 del D. 0663 de 1993 por

medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que invoca el funcionario ejecutor para sostener la providencia recurrida entró a regir el 2 de mayo de 1993, o sea con posterioridad a las resoluciones 1696 y 4325 de 1991, mediante las cuales se impuso la multa que originó la obligación principal a cargo de la ejecutada no quedando por tanto estos actos administrativos cobijados por tal disposición, dado el principio de irretroactividad de la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Revocar el auto de mandamiento de pago librado en contra de la Sociedad Eduardo Rincón Gómez y Cía. Ltda., en este proceso, pero únicamente en cuanto se refiere a la expresión "si hubiere lugar a ellos", quedando en firme en todo lo demás.

En firme esta decisión **devuélvase** el expediente a su oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESOS DE JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Requisitos/**IDENTIDAD DE PARTES/IDENTIDAD DE OBJETOS**

La excepción de pleito pendiente está consagrada como previa en el artículo 97 numeral 10 del C. P. C., su procedencia depende de que el demandado demuestre la existencia de dos procesos en los cuales haya, no sólo identidad de partes sino también de objeto. Tratándose de procesos de Jurisdicción Coactiva adelantados con fundamento en obligaciones contenidas en actos emanados de la administración, para que exista identidad de partes y de objeto, es necesario que haya un proceso paralelo donde la misma entidad esté cobrando la misma obligación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0415. Partes: Superintendencia Bancaria C/ Mercurio Rodrigo Jaramillo y Cía. Ltda. Corredores de Seguros.

Resuelve la Sala la excepción previa de pleito pendiente propuesta por el apoderado de la Sociedad demandada en el proceso de la referencia.

La Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante auto calendado el 30 de marzo

de 1994, visto a folio 24, libró en favor del Tesoro Nacional y en contra de la Sociedad Mercurio Rodrigo Jaramillo y Cía. Ltda. Corredores de Seguros, mandamiento ejecutivo de pago por la suma de tres millones de pesos ($3.000.000.oo) m/cte. como capital, las costas que se causaren y los intereses si hubiere lugar a ellos.

Mediante apoderado y en diligencia que obra a folio 30, la Sociedad demandada recibió notificación personal de la medida ejecutiva y a través del mismo profesional del derecho, en escrito presentado en tiempo (fl. 40), propuso contra aquella la excepción de pleito pendiente.

Los fundamentos son los siguientes:

"Existe ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto de que trata este proceso por Jurisdicción Coactiva. En efecto, ante la Sección Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y siendo magistrada ponente la Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, la misma firma demandada en este proceso... es demandante y adelanta un proceso que busca que se decrete la nulidad del Acto Administrativo cuya multa impuesta es el título ejecutivo que busca hacerse efectivo por medio del cobro coactivo.

Existe entonces -agrega el excepcionante- un pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, que impide que la acción de cobro coactivo pueda llevarse adelante y proseguirse hasta cuando no se pronuncie la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...".

Dentro del término de traslado, el funcionario ejecutor presentó escrito que obra a folios 60 y s.s., en el cual solicita se declare improcedente la excepción previa propuesta por la ejecutada, porque a su juicio no se dan los requisitos para la existencia de ese medio de defensa.

CONSIDERACIONES

La excepción de pleito pendiente está consagrada como previa en el artículo 97 numeral 10 del C.P.C., su procedencia, depende de que el demandado demuestre la existencia de dos procesos en los cuales haya no sólo identidad de partes sino también de objeto.

Es abundante la Jurisprudencia de esta Sección, en el sentido de que tratándose de procesos de Jurisdicción Coactiva adelantados con fundamento en obligaciones contenidas en actos emanados de la administración, para que exista identidad de partes y de objeto, es necesario que haya un proceso paralelo donde la misma entidad esté cobrando la misma obligación.

Estos presupuestos no existen en eventos como el *sub-lite*, donde el proceso ejecutivo por Jurisdicción Coactiva, se adelanta contra la Sociedad Mercurio Rodrigo

Jaramillo y Cía. Ltda.-Corredores de Seguros-, para hacer efectivas las sanciones económicas impuestas mediante resolución No. 0655 de febrero 21 de 1992, mientras que en el de nulidad y restablecimiento se busca la declaración de nulidad de dicha resolución.

En el ejecutivo obra como demandante la Administración y como demandada la Sociedad Mercurio Rodrigo Jaramillo y Cía. Ltda. -Corredores de Seguros- y en el de nulidad y restablecimiento, esta sociedad es la demandante y la Administración la demandada, por lo cual no se da la identidad de las partes.

Cabe observar, como lo ha hecho la Sala en procesos similares, que los hechos alegados se familiarizan más con la figura de la pejudicialidad que con el medio exceptivo propuesto, el que no está llamado a prosperar por las aducidas razones.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declárase no probada la excepción de pleito pendiente propuesta por la Sociedad ejecutada.

En firme la decisión, **devuélvase** el expediente a su oficina de origen para que continúe el trámite del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PETICION INCOMPLETA/DERECHO DE PETICION/CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Inaplicación**/DERECHO DE ACCION/ PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El presente es un proceso y, por lo mismo, se ejerce el derecho de acción y no el de petición. En consecuencia el art. 11 del C. C. A. no es aplicable al caso.

RECUSACION-Causales**/PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ RECUSACION-**Normatividad**/CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-**Remisión**/CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-**Aplicación

Como se trata de una recusación propuesta dentro de un proceso que cursa ante esta jurisdicción, es aplicable al art. 160 del C. C. A. que ordena que las causales de impedimento y recusación serán las señaladas en el art. 142 del C. de P. C. y su trámite y decisión se hará conforme lo previsto por los art. 143 y ss. del Código citado. Ahora bien, la referencia del art. 160 del C. C. A. se hacía a las disposiciones del C. de P. C. vigente en la época de expedición del Decreto 01 de 1984. Como a raíz de la expedición del Decreto 2282 de 1989 se modificó, entre otras cosas, la numeración de los artículos, para los efectos de la presente decisión, la orden contenida en el art. 160 del C.C.A. se debe entender referida a los arts. 149 y ss. del C. de P. C. (o al art. 1o. num. 88 del Decreto 2282 de 1989) a los cuales se debe dar aplicación, tal como lo solicita el recusante en relación con el art. 150 del C. de P. C.

RECUSACION/DENUNCIA PENAL

Para la Sala es claro que la recusación se sustenta en un solo hecho, la presentación de una denuncia penal contra el H. Consejero pero no se afirma siquiera que el recusado haya vinculado al proceso, elemento que exige la norma para que se configure la causal en todos los casos. En consecuencia, la recusación debe ser rechazada.

RECUSACION-Requisitos/**DENUNCIA PENAL/SANCION**-Inaplicación

El artículo 156 del C. de P. C. establece que cuando una recusación se declare no probada en el mismo auto se condenará al recusante y a su apoderado, solidariamente, al pago de una multa, cuyos límites determina la misma disposición, sin perjuicio de la investigación disciplinaria a que haya lugar. No procede la sanción prevista en la ley por las siguientes razones: Tanto el recursante como el recusado, consideran que si el proceso en el cual se eleva petición de recusación se ha iniciado, el legislador no exige la vinculación del denunciado al proceso penal mientras que conforme a la interpretación que de la norma hace la H. Corte Suprema de Justicia y que esta Sala comparte, el legislador exige la mentada vinculación en cualquiera de los supuestos que establece la disposición. Así las cosas, no puede tomarse una determinación sancionatoria si existe una diferencia de criterio como la que surge en el presente análisis y que debe tenerse en cuenta para los efectos de considerar tal diferencia de criterio como prueba en contrario de la presunción a que hace mención la misma sentencia de la H. Corte Constitucional antes transcrita.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Sala de Decisión.- Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1155. Actor: Jaime Rafael Pedraza. Recusación.

Procedente del Despacho del H. Consejero Miguel Viana Patiño llega para el correspondiente trámite la recusación propuesta por el Dr. Jaime Rafael Pedraza, demandante en propio nombre en el proceso de la referencia.

Manifiesta el proponente que denunció penalmente ante la Comisión de Investigación y Acusación de la H. Cámara de Representantes al H. Consejero Dr. Miguel Viana Patiño por los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, cometidos al dictar, dentro del proceso acumulado con radicación 821 de la Sección Quinta, un auto en el cual el Consejero mencionado no declaró el

impedimento de los restantes miembros de la Sala para conocer del negocio y le impuso una cuantiosa multa.

Con base en lo relatado alega que el H. Consejero al actuar en el presente juicio sin declararse impedido, está incurso en la causal 7a. del art. 1o. del Decreto 2282 de 1989, que modifica el art. 142 del C. de P. C. aplicable al caso por mandato del art. 160 del C. C. A.

Como pruebas de la recusación, aduce que, tal como lo hizo en el proceso 821 citado, jura que antes de la iniciación del presente juicio formuló contra el H. Consejero Dr. Miguel Viana Patiño, la denuncia penal a que se hizo mención antes, radicada con el No. 379 de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes.

A más del juramento anterior, sustenta su recusación en la presunción de buena fe consagrada en el art. 83 de la C. N.

Agrega que, para el caso de que no se tengan en cuenta las pruebas anteriores, adjunta fotocopia no auténtica de la denuncia radicada, como ya se dijo, en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes con el No. 379 y, para el caso de que se desconozca su valor probatorio por su falta de autenticación solicita se pida a la Cámara de Representantes la copia auténtica de la denuncia en mención.

Por último exige que si se considera que la petición estuviere incompleta se dé estricto cumplimiento al art. 11 del C. C. A.

El escrito fue recibido por el H. Consejero recusado, quien aceptó el hecho en el cual se basó la recusación, la presentación de una denuncia penal, con antelación a la iniciación del proceso de la referencia por considerar que era el único presupuesto exigido por la norma que establece la causal invocada.

La interpretación que hizo el H. Consejero de la causal 7a. del Decreto 2282 de 1989, fue la siguiente:

En su concepto, la disposición establece dos hipótesis:

1a. Contempla la denuncia penal presentada antes de la iniciación del proceso en el cual se propone la recusación y,

2a. Se refiere a la denuncia penal presentada cuando el proceso en el cual se propone la recusación, está en curso.

Sólo en la segunda hipótesis, estima el recusado, exige la norma que el denunciado esté vinculado al proceso y por lo tanto sólo en esta última hipótesis debe afirmar y comprobar la vinculación del denunciado.

Conforme a la interpretación anterior, al analizar la situación fáctica, acepta que se presentó una denuncia penal en su contra, supone que la misma debió ser presentada con anterioridad a la iniciación del presente juicio y concluye que está incurso en la causal, conforme a su interpretación de la misma.

Al respecto se observa:

1. TRAMITE

Debe precisarse que el presente es un proceso y, por lo mismo, se ejerce el derecho de acción y no el de petición. En consecuencia el art. 11 del C.C.A. no es aplicable al caso.

Como se trata de una recusación propuesta dentro de un proceso que cursa ante esta jurisdicción, es aplicable al art. 160 del C.C.A. que ordena que las causales de impedimento y recusación serán las señaladas en el art. 142 del C.de P. C. y su trámite y decisión se hará conforme a lo previsto por los arts. 143 y s.s. del Código citado.

Ahora bien, la referencia del art.160 del C.C.A. se hacía a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil vigente en la época de expedición del Decreto 01 de 1984. Como a raíz de la expedición del Decreto 2282 de 1989 se modificó, entre otras cosas, la numeración de los artículos, para los efectos de la presente decisión, la orden contenida en el art. 160 del C. C. A. se debe entender referida a los arts. 149 y s.s. del Código de Procedimiento Civil (o al art. 1o. num. 88 del Decreto 2282 de 1989) a los cuales se debe dar aplicación, tal como lo solicita el recusante en relación con el art. 150 del C. de P. C.

2. OPORTUNIDAD

Por haber sido presentada en el término previsto por el art. 151 del C. de P. C., es procedente su trámite.

3. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer de la recusación propuesta conforme a lo previsto por el art. 152 del C. de P. C. en concordancia con el art. 149 *ibídem.*

4. PRUEBAS

Como fundamento de la recusación se invoca la causal 7a. del art. 150 del C. de P. C. En consecuencia, no hay lugar a ordenar la práctica de pruebas que deben ser presentadas con la recusación conforme lo ordena el art. 152 del C. de P. C., por lo cual se procede a decidir.

5. LA OCURRENCIA DE LA CAUSAL

Dice el art. 150 del C. de P. C. en el num. 7:

"Son causales de recusación las siguientes:

.....

7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal".

Ya la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 3 de marzo de 1993 de la Sala de Casación Civil hizo la interpretación correspondiente en los siguientes términos:

"No hay duda, pues, de que la petición se apoya en la causal de impedimento enlistada en el numeral 7o. del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice:

""Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal".

Si lo transcrito se compara con lo que sobre el particular disponía inicialmente el código de los ritos civiles, rápidamente se pone al descubierto que el cambio legislativo producido con ocasión de la reforma que a ese ordenamiento introdujo el Decreto 2282 de 1989, fue bastante significativo.En efecto: a buen seguro que con el propósito de salirle al paso al abuso que de la mentada causal venía demostrando la experiencia judicial, especialmente cuando se apelaba a la insana práctica de denunciar al funcionario para acomodar el trámite a la mera conveniencia personal de los litigantes, se pensó en reducir el ámbito, por cierto amplio, que traía la preceptiva original del código. De ahí que pueda afirmarse que la causal fue hoy investida de mayor seriedad, tornándose un tanto más exigente para su estructuración.

Así en la actualidad no es de recibo el impedimento, y por contera la recusación, cuando la denuncia verse sobre hechos que precisamente están dentro de los confines del respectivo proceso o, en su caso, de la ejecución de la sentencia, desde luego que, según esa clara disposición legal, la causal se yergue siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia.

De otra parte, tampoco lo constituye el mero hecho de la formulación de la denuncia, en contraste con lo que otrora acaecía. Hoy es menester que de ello se haya seguido la vinculación del sindicado a la correspondiente investigación penal, lo cual, según la doctrina más aceptada se produce cuando al funcionario denunciado se vincula mediante indagatoria".[1]

La anterior interpretación se comparte en su integridad por esta Sala y la hace suya.

6. EL CASO EN ESTUDIO

En el presente caso se manifiesta por el recusante y se acepta por el recusado que existe una denuncia penal y que la misma se presentó con anterioridad a la iniciación del presente juicio. En consecuencia, sobre tal aspecto no hay lugar a hacer mayores consideraciones acerca de las pruebas allegadas para demostrar dicho hecho.

Pero nada se dice en el memorial de recusación sobre la vinculación del denunciado que, como lo exige la norma invocada y lo corrobora la interpretación de la H. Corte Suprema, antes transcrita, es requisito para que se estructure la causal.

Por su parte, el recusado manifiesta en su escrito que sólo tuvo noticia de la denuncia por el escrito de recusación.

En este orden de ideas se deduce claramente que en la fecha de presentación de la recusación el denunciado no había sido vinculado al proceso.

Así las cosas, para la Sala es claro que la recusación se sustenta en un solo hecho, la presentación de una denuncia penal contra el H. Consejero Dr. Miguel Viana pero no se afirma siquiera que el recusado haya sido vinculado al proceso, elemento que exige la norma para que se configure la causal en todos los casos. En consecuencia, la recusación debe ser rechazada.

7. LA SANCION

El art. 156 del C. de P. C. establece que cuando una recusación se declare no probada en el mismo auto se condenará al recusante y a su apoderado, solidariamente, al pago de una multa, cuyos límites determina la misma disposición, sin perjuicio de la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Esta disposición ha sido interpretada por la H. Corte Constitucional en sentencia del 16 de septiembre de 1993, al declararla exequible, en la siguiente forma:

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. S. Dr. Rafael Romero Sierra, Auto del 3 de marzo de 1993.

"Entre las causales de recusación consagradas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil existen indistintamente hechos objetivos y argumentos subjetivos para tachar al juez, así:

*- Son **objetivas** las siguientes causales: No. 2 (haber conocido el proceso), 3 (parentesco), 4 (guarda), 5 (dependiente), 6 (existir pleito), 7 (denuncia penal contra el juez), 8 (denuncia penal por el juez), 10 (acreedor o deudor), 11 (ser socio), 12 (haber emitido concepto), 13 (ser heredero o legatario) y 14 (tener pleito pendiente similar).*

*- Son **subjetivas** las siguientes causales: No. 1 (interés en el proceso) y 9 (enemistad grave o amistad íntima).*

Ahora bien, tanto las causales objetivas como subjetivas deben ser debidamente probadas. De hecho la norma acusada lo que sanciona no es otra cosa que "cuando una recusación se declare no probada" (art. 156 C.P.C.).

No obstante es diferente la prueba de las causales que la Corte ha denominado objetivas de aquellas llamadas subjetivas, así:

*En el primer caso -12 de las 14 causales-, la prueba es por naturaleza objetiva y por tanto la cuestión de su estudio se reduce a establecer si existe o no existe prueba, pues si existe la recusación queda automáticamente probada y si ello no ocurre la recusación resultaría no probada. En esta última hipótesis la ausencia de prueba es sancionable de manera razonable, y por tanto ajustada a la Carta, por lo siguiente: siendo un hecho objetivo demostrable fácilmente por medios escritos o demás medios probatorios que no permiten ningún margen de apreciación subjetiva, la cuestión se limita a verificar si el hecho existe o no. Ahora si se alega una causal objetiva de recusación y no se puede probar, es claro que desaparece la presunción de inocencia (art. 29 C.P.) y el principio de la buena fe (art. 83 **ibídem**), surge una presunción de que el deseo del recusante fue dilatar el proceso, atentando así contra la celeridad y eficacia de los procesos, en los que están interesados tanto el interés privado de la contraparte como el interés general de la sociedad y el Estado (art. 1o. C.P.). Dicha presunción admite desde luego prueba en contrario. En otras palabras, el ejercicio abusivo o de la mala fe de lo que en principio era un derecho -recursar-, se vuelve contra el recusante para efectos de sancionarlo, como quiera que afecta otros derechos de terceros o derechos generales de la comunidad".*[2]

---

[2] Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-390, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, No. 263, noviembre de 1993, pag. 1150.

Conforme a las consideraciones precedentes, en el presente caso la Sala estima que no procede la sanción prevista en la ley por las siguientes razones:

- Aunque la causal establece la necesidad de la vinculación del denunciado al proceso, dicha vinculación no fue alegada por el recusante.

- El H. Consejero recusado aceptó en su escrito que estaba incurso en la causal alegada, sin reparar que el requisito de la vinculación del denunciado es elemento indispensable para la estructuración de la misma, sea que la denuncia se hubiera presentado con anterioridad o durante la tramitación del presente proceso.

- De lo anterior se sigue que tanto el recusante como el recusado, consideran que si el proceso en el cual se eleva petición de recusación se ha iniciado, el legislador no exige la vinculación del denunciado al proceso penal mientras que conforme a la interpretación que de la norma hace la H. Corte Suprema de Justicia y que esta Sala comparte, el legislador exige la mentada vinculación en cualquiera de los supuestos que establece la disposición.

- Así las cosas, no puede tomarse una determinación sancionatoria si existe una diferencia de criterio como la que surge en el presente análisis y que debe tenerse en cuenta para los efectos de considerar tal diferencia de criterio como prueba en contrario de la presunción a que hace mención la misma sentencia de la H. Corte Constitucional antes transcrita.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

1. Rechazar la recusación propuesta por el Dr. Jaime Rafael Pedraza contra el H. Consejero Dr. Miguel Viana Patiño.

2. No hay lugar a la imposición al recusante de la multa prevista en la ley, por las razones expuestas en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de M., Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema se transcribe jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, establecida en el auto del 3 de marzo de 1993, Sala de Casación Civil, Magistrado Sustanciador: Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA

NOTA DE RELATORIA: La sentencia de la H. Corte Constitucional a la que se refiere es la proferida por la Sala Plena radicada en el No. C-390; Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

EJECUCION DE LA NACION-Improcedencia/**ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO**-Ejecución/**NULIDAD PROCESAL/FALTA DE JURISDICCION**

Ningún Juez de la República tiene competencia para ejecutar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -, salvo en el caso de que trata el artículo 177 del C.C.A., por lo que la actuación cumplida en el *sub-lite*, para cobrar por vía de la jurisdicción coactiva el valor de $890.770.035, correspondiente a los servicios médicos asistenciales que el Departamento de Antioquia prestó a los docentes nacionalizados durante 1990 y los meses de enero, febrero y marzo de 1991, resulta nula de conformidad con el numeral 1o. del artículo 140 del C. de P. C., según el cual el proceso es nulo cuando el juez carece de jurisdicción, para efectos de ejecutar a la Nación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0405. Actor: Departamento de Antioquia C/ Ministerio de Educación Nacional.

Sería esta la oportunidad de decidir el recurso de apelación como subsidiario al de reposición interpuesto contra el auto de mandamiento de pago dictado el 15 de abril de 1994 por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia, de no existir un hecho constitutivo de nulidad cuyo análisis se hará a continuación.

Con base en el incumplimiento del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y La Nación - Ministerio de Educación Nacional -, referente a las prestaciones médico asistenciales y económicas del personal docente que labora en el Departamento de Antioquia, el señor Gobernador de dicha territorialidad expidió la resolución No. 0745 de octubre 4 de 1993 confirmada por resolución No. 40758 de marzo 16 de 1994, por medio de la cual ordena hacer exigible a la Nación -Ministerio de Educación Nacional- la obligación por la suma de $890.770.035 correspondiente al valor de los servicios médico asistenciales que el Departamento de Antioquia prestó a los docentes nacionalizados durante 1990 y los meses de enero, febrero y marzo de 1991.

Teniendo en cuenta los anteriores documentos, el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia libró mandamiento de pago el 15 de abril de 1994 a favor del Departamento de Antioquia y en contra de La Nación -Ministerio de Educación Nacional- por la suma indicada más los intereses moratorios a la tasa legal establecida causados desde la fecha de ejecutoria de los actos administrativos referenciado hasta cuando se cancele el total de la deuda. (Fls. 89 y 90).

El anterior proveído fue notificado el 29 de abril de 1994 a la apoderada judicial del Ministerio de Educación, quien interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación alegando al efecto que el contrato por sí solo no presta mérito ejecutivo sino que se hacen necesarios otros documentos que se encuentran enunciados en el numeral 4 del artículo 68 del C. C. A., como son el acto administrativo de liquidación final del contrato y la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad o terminación según el caso. Además señaló que los argumentos expuestos por la entidad demandante en la resolución No. 40758 del 16 de marzo de 1994 son insuficientes.

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Antioquia, en auto calendado a 10 de mayo de 1994 negó el recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago y concedió en el efecto devolutivo el de apelación para ante esta Corporación.

Al hacer el estudio del expediente encuentra la Sala que la demandada en este proceso es La Nación - Ministerio de Educación Nacional uno de cuyos privilegios y prerrogativas es el de no ser sujeto pasivo de ejecución, tal como lo dispone el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente tenor:

> "Ejecución contra entidades de derecho público. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.
>
> Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo.

El término de seis meses que establece el inciso anterior, se contará desde la ejecutoria de la sentencia o de la providencia que la complemente; pero cuando se hubiere apelado de aquella o de ésta, comenzará a correr desde la ejecutoria del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior".

Indica la anterior previsión que ningún Juez de la República tiene competencia para ejecutar a la Nación -Ministerio de Educación Nacional-, salvo en el caso de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, por lo que la actuación cumplida en el *sub-lite*, para cobrar por vía de la jurisdicción coactiva el valor de $890.770.035, correspondiente a los servicios médico asistenciales que el Departamento de Antioquia prestó a los docentes nacionalizados durante 1990 y los meses de enero, febrero y marzo de 1991, resulta nula de conformidad con el numeral 1o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según el cual el proceso es nulo cuando el juez carece de jurisdicción, para efectos de ejecutar a la Nación.

Como quiera que en la apelación de autos, según el artículo 357, inciso segundo *ibídem,* cuando el superior "... observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145...", el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables advertidas, como las que se presenta en este caso en el que la autoridad que profirió el mandamiento de pago carece jurisdicción.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1o.- Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso iniciado para obtener por la vía coactiva el cobro de la suma de $890.770.035 por servicios médico asistenciales a los docentes, con cargo a La Nación -Ministerio de Educación Nacional-.

2o.- Reconócese personería para actuar en representación de La Nación - Ministerio de Educación Nacional- a la doctora Nubia Betancourt Gutiérrez con T. P. No. 44773 del Ministerio de Justicia, conforme a los términos del memorial poder visible al folio 131.

3o.- En firme este auto regrese el expediente al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

IMPEDIMENTO/ACCION ELECTORAL/ACTO ADMINISTRATIVO/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Funciones/**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/LISTAS**-Inexistencia

La acción se fundamenta en el hecho de que la designación que se impugna fue realizada por la H. Corte Suprema de Justicia sin solicitar al H. Consejo Superior de la Judicatura las listas correspondientes. Al respecto anoto que la Corporación de la cual hago parte designó funcionarios judiciales, siguiendo los mismos parámetros que la demanda afirma, tomó la H. Corte Suprema de Justicia, esto es, entre otras cosas, sin solicitar las listas que se echan de menos, por aplicación del criterio adoptado por la Sala Plena del H. Consejo de Estado en sesión del 22 de marzo pasado. Con base en lo anterior, me siento obligada a manifestarme impedida para conocer del negocio por considerar que me encuentro incursa en la causal 1a. del artículo 150 del C. de P. C. por cuanto intervine en la producción de un acto administrativo de iguales características a las del acto impugnado en la presente demanda, características que influyen en mi ánimo inclinándolo a que prevalezca su legalidad y restándole la necesaria imparcialidad y serenidad que debe acompañar al juzgador al proferir sus actos y se genera, en cambio, el interés de que trata la causal citada, lo que considero a todas luces debe evitarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1124. Actor: Tulia Adelaida Ruiz Ruiz. Unica Instancia. Suspensión Provisional.

Llega al Despacho el negocio de la referencia para proveer lo pertinente sobre la demanda con solicitud de suspensión provisional.

Al estudiar el libelo demandatorio se observa que la acción se fundamenta en el hecho de que la designación que se impugna fue realizada por la H. Corte Suprema de Justicia sin solicitar al H. Consejo Superior de la Judicatura las listas correspondientes.

Al respecto anoto que la Corporación de la cual hago parte designó funcionarios judiciales, siguiendo los mismos parámetros que, la demanda afirma, tomó la H. Corte Suprema de Justicia, esto es, entre otras cosas, sin solicitar las listas que se echan de menos, por aplicación del criterio adoptado por la Sala Plena del H. Consejo de Estado en sesión del 22 de marzo pasado.

Con base en lo anterior, me siento obligada a manifestarme impedida para conocer del negocio por considerar que me encuentro incursa en la causal 1a. del art. 150 del C. de P. C., por cuanto intervine en la producción de un acto administrativo de iguales características a las del acto impugnado en la presente demanda, características que influyen en mi ánimo inclinándolo a que prevalezca su legalidad y restándole la necesaria imparcialidad y serenidad que debe acompañar al juzgador al proferir sus actos y se genera, en cambio, el interés de que trata la causal citada, lo que considero a todas luces debe evitarse.

Así las cosas, para los efectos previstos en el art. 149 del C. de P. C., por Secretaría, pase el presente negocio a quien corresponda para su conocimiento.

Miren De La Lombana de Magyaroff.

TITULO EJECUTIVO/POLIZA-Fotocopia/**PRESUNCION DE AUTENTICIDAD/MERITO EJECUTIVO/OBLIGACION**-Características.

El recurrente afirma que, cuando se inicia un proceso ejecutivo con pagaré, letra de cambio o cheque, debe ser aportado en original y no en fotocopia autenticada, como se aportó en este caso la póliza, ya que conjuntamente con el acto administrativo ejecutoriado conforman el título ejecutivo complejo. En términos del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, el documento aludido se reputa auténtico, sin que pueda tomarse separadamente por carecer de la virtualidad jurídica suficiente para iniciar un proceso como el presente ya que el mérito probatorio y ejecutivo surge en este caso de la entidad jurídica que integran el referido documento y la resolución No. 03299/88 que, según el art. 68-5 del C.C.A. estructuran una obligación clara, expresa y exigible.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 0421. Actor: Min. de Hacienda y Crédito Público C/Cía. de Seguros La Continental S. A. y otro. Apelación de Auto.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la demandada contra el mandamiento de pago librado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 22 de enero de 1990.

ANTECEDENTES

Mediante resolución No.03299 del 12 de julio de 1988 (fls. 1-3), el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá resolvió requerir al Gerente de la Compañía "La Continental S.A.", a fin de que procediera a cancelar a favor de dicha entidad la suma de $3.619.848.oo, para cuyo efecto seguiría el procedimiento señalado en el mismo acto administrativo, previniéndole que si dentro de los diez (10) días hábiles, contados a partir de su ejecutoria, no se hubiere pagado el referido valor, se trasladarían las diligencias a la jurisdicción coactiva.

2. Al encontrar debidamente notificada y ejecutoriada la resolución mencionada, con fecha 22 de enero de 1990 el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, libró orden de pago a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la "Compañía de Seguros Generales S.A. La Continental", por la cantidad de $3.619.848, más los intereses y costas que se causaren (fl. 17); dicha providencia fue notificada personalmente al representante legal de la ejecutada, el 11 de junio de 1990 (fl. 20).

3. Por conducto de apoderado, la firma ejecutada interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra el auto de mandamiento de pago, exponiendo los argumentos que se resumen así:

a) "La Continental Compañía de Seguros Generales S.A.", expidió la póliza No.06061, razón social que aparece ratificada en la resolución expedida por la Superintendencia Bancaria -No. 0841 del 17 de marzo de 1988-; el acto administrativo que sirvió de título ejecutivo en este proceso, ordena requerir al Gerente de la Compañía "La Continental S.A." y, a ésta misma se enviaron las citaciones y se notificó por edicto, ninguna de las varias compañías que así se denominan es filial o subsidiaria de "La Continental Compañía de Seguros Generales S. A.", ellas son empresas distintas, a lo cual hay que agregar que, la primera de las referidas cambió de razón social al nombre de "Cigna Seguros de Colombia S.A." antes de haberse proferido la resolución expedida por la Aduana.

En la época en que fue enviado el oficio citatorio por parte de la Aduana, "La Continental Compañía de Seguros Generales S.A.", se había fusionado cambiando su razón social, así como su dirección de residencia y, posiblemente, la administración del edificio donde funcionaba lo recibió sin comprender a qué persona jurídica iba dirigido.

El edicto conque pretendió surtirse la notificación, tampoco puede ser tenido en cuenta, ya que él se refiere a la Compañía "La Continental S. A." y no a la "Continental Compañía de Seguros Generales S.A.", razón por la cual el acto puede estar notificado para la primera pero no para la segunda de las firmas mencionadas, en consecuencia, tampoco está ejecutoriado para constituir título ejecutivo complejo (art. 68 C.C.A.).

b) El recurrente afirma que, cuando se inicia un proceso ejecutivo con pagaré, letra de cambio o cheque, debe ser aportado en original y no en fotocopia autenticada, como

se aportó en este caso la póliza, ya que, conjuntamente con el acto administrativo ejecutoriado conforman el título ejecutivo complejo.

4. Por auto del 30 de noviembre de 1993 (fls. 41-42), el Despacho ejecutor resolvió no reponer el auto de mandamiento de pago al considerar que, los hechos alegados por el recurrente debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa y por lo tanto no pueden ser analizados en instancia diferente.

Al sustentar su apelación, el recurrente reiteró los argumentos expuestos como fundamento de la reposición (fls. 78-80).

CONSIDERACIONES

1. La providencia recurrida es apelable por virtud de lo dispuesto en el inc. 3o. del art. 505 del C. de P. C. y esta Sala es competente para conocer de la alzada, tal como prevén los arts. 129-3 del C. C. A., en concordancia con el 265*ibídem* y 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

2. Adelantamiento del proceso contra persona jurídica diferente a la que figura en la vía gubernativa.

El art. 68-5 del C. C. A., dispone:

> *"Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:*
>
> .....
>
> *5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación".*

De acuerdo con la norma transcrita, en el presente caso el título ejecutivo lo integran la resolución No. 03299 del 12 de julio de 1988, expedida por el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, junto con la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades oficiales CTO. No. 043-06061, expedida por "La Continental Compañía de Seguros Generales", cuyo objeto era garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, relativas a la importación temporal y futura reexportación, o nacionalización, de dos cristales de centelleo para medicina nuclear, importados por Siemens Sociedad Anónima.

Según precisa en su parte considerativa la resolución premencionada, la firma importadora incumplió la obligación garantizada cuyo valor asegurado era de $3.619.848, sin embargo, en su parte resolutiva, dispuso requerir al gerente de la Compañía "La Continental S. A.", para que procediera a cancelar la citada suma a favor de la Nación

Tesorería General de la Nación Aduana Interior de Bogotá; ahora bien, si el mandamiento de pago se libró a cargo de la "Compañía de Seguros S. A. La Continental" no puede deducirse que la firma requerida por la Administración y la notificada del mandamiento de pago sean dos personas jurídicas diferentes, puesto que si el título ejecutivo es de la categoría de los complejos debía ser considerado como la unidad que integran la garantía no contractual en la que aparece señalada la denominación de la firma aseguradora y, el acto administrativo cuya parte considerativa determina con precisión el nombre de la compañía importadora, el objeto de garantía, el valor asegurado y el número de la póliza.

Pero si alguna duda hubiere al respecto, debió despejarse en la vía gubernativa puesto que la resolución es clara al prevenir sobre los recursos procedentes.

3. Falta de notificación de la providencia administrativa. El aspecto mencionado, aunque conexo con el estudiado, es asunto que por ser materia de excepción y estar aducido como tal, será analizado en su oportunidad.

Baste decir, para efectos del recurso en estudio, que la Sala desestima el argumento del recurrente en el sentido de que al fusionarse, la Continental Compañía de Seguros cambió su residencia, ya que los oficios remitidos para efectos de las notificaciones tanto de la resolución No. 03299/88 (fl. 4) como del mandamiento ejecutivo (fl.18) se enviaron a la misma dirección, Carrera 13 No. 26-45 P. 9o.; en el primer caso la ejecutada no compareció, en el segundo sí lo hizo.

4. Incumplimiento del art. 268 del C. de P. C., por cuanto debió aportarse al proceso, el original y no la fotocopia de la póliza, ya que ella es parte del título ejecutivo.

En términos del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, el documento aludido se reputa auténtico, sin que pueda tomarse separadamente por carecer de la virtualidad jurídica suficiente para iniciar un proceso como el presente, ya que el mérito probatorio y ejecutivo surge en este caso de la entidad jurídica que integran el referido documento y la resolución No. 03299/88 que, según el art. 68-5 del C. C. A. estructuran una obligación clara, expresa y exigible.

Así las cosas no es procedente infirmar la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1. Confírmase el mandamiento de pago librado el 22 de enero de 1991 por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

2. Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Despacho para proveer sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: La providencia también trata el tema de la notificación de sociedad comercial ejecutada que ha cambiado de razón social, en términos similares a los de la sentencia del 5 de septiembre de 1994, Exp. 0407, Ponente: Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

	Página
ABRAHAM ORTIZ SIERRA	440
AEROEXPRESO BOGOTA S.A.	537
ALBERTO URIBE OÑATE	159
ALFREDO LEWIN FIGUEROA	264
ALUMINIO NACIONAL S.A.	420
ALUMINIOS REYNOLDS	381
ANSELMO ESPAÑA QUIROZ	26
ANTONIO GUTIERREZ J. Y OTRO	568,582
ASOCIACION BANCARIA	641
ASOCIACION DE INGENIEROS CONSTRUCTORES	512
AVANTI LTDA.	61
BANCO COLOMBO AMERICANO	328,336
BANCO DE LA REPUBLICA	471
BANCO DEL COMERCIO	351
BERTHA HERNANDEZ	213
CAJA SOCIAL DE AHORROS	704
CAMILO E. CORTES BRUSCHI	34
CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO	605
CANO ISAZA Y CIA.	365
CARBONES DE COLOMBIA S.A.	390
CARLOS ROMAN ALVAREZ CAJIAO	132
CARTON DE COLOMBIA S.A.	730
CERVECERIA AGUILA S.A.	528
COMPAÑIA "PRODECO" - PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A.	406

	Página
CONSTRUCTORA SALOMIA LTDA.	505
D.C. DE SANTAFE DE BOGOTA	797
DACEGRA S.A.	443
DANIEL MOSQUERA	774
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA	846
DILMA DEL SOCORRO CASTRO CARBAL	750
DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES S.A.	620
ENRIQUE MANUEL OROZCO MARTINEZ	663
ENRIQUE TAFUR TAFUR	715
EXPOCAFE LTDA.	691
FELIX SALCEDO BALDION	753
FINETER S.A.	371
FONAMSA S.A.	597
FRANCISCO JOSE CACERES DAZA	54
GABRIEL CUERO VALLECILLA	676
GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ R. Y OTRO	778
HECTOR R. RODRIGUEZ PIZARRO	43
HERNAN SALDARRIAGA L. Y CIA.	307
HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO	810
ICOLLANTAS S.A.	401
INDIANA S.A.	274
INMOBILIARIA PROGRESO S.A.	681
INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION"	743,760
JAIME JOSE ORTIZ BETANCUR	670
JAIME RAFAEL PEDRAZA	838
JESUS VALLEJO MEJIA	628
JOSE JOAQUIN JOVEL CABEZAS	593
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA	340,519
JUSTO VICENTE CUERVO LONDOÑO	185
LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA	610
LAS VILLAS	430
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA	616
LLOYDS BANK (BLSA) LIMITED	254
LUIS GUILLERMO PEÑA LONDOÑO	415

	Página
LUIS MIGUEL URREGO DELGADO	545,553
MANUEL E. NAVARRETE RODRIGUEZ	425
MARTHA CECILIA PAEZ GALLO	261
MERCK SHARP DOHME QUIMICA	554
MIKE BARACALDO RAMIREZ	457
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO	851
MUNICIPIO DE BUCARAMANGA	738
MUNICIPIO DE PEREIRA	126
MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLANTICO	815
OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. S.A.	219
PROMIGAS S.A.	632
RAFAEL ARENAS ANGEL	524
RAFAEL AVENDAÑO MORALES	82
RUBEN DARIO GARCIA RODRIGUEZ	316
SECRETARIA DE HACIENDA DE SANTAFE DE BOGOTA	804
SOCIEDAD ASEGURADORA GRAN COLOMBIANA DE VIDA S.A.	491
SOCIEDAD CINGHER INGENIEROS LTDA.	10
SOCIEDAD EL PORTON TRES LTDA.	50
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	830,834
SUSANA BECERRA DE MEDELLIN Y OTROS	96
TULIA ADELAIDA RUIZ RUIZ	850
UNION DE ARROCEROS S.A.	281
VILMA CECILIA LADINO DIAZ Y OTROS	822

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

TERCER TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

SECCION TERCERA

Página

A

ACCION CONTRACTUAL-Improcedencia 87

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 87

ACCION DE REPETICION 25, 126

ACTO CONTRACTUAL-Inexistencia 87

ALCALDE MAYOR-Facultades 34

C

CADUCIDAD 87

CARGA DE LA PRUEBA 25

COMPETENCIA 50

CONSTITUCION 42

CONTRATACION ADMINISTRATIVA 34

CONTRATACION DIRECTA 82

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Reajuste 9

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES 82

CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia 50

COSA JUZGADA-Inexistencia 42

CULPA GRAVE 25

CULPA PERSONAL 26

Página

D

DAÑO ANTIJURIDICO 184
DERECHO DE GENTES 95
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 95

E

EQUIDAD 184
EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO 9
ERROR JUDICIAL 158
EX FUNCIONARIO 126

F

FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA PUBLICA 95
FALLA DEL SERVICIO DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS-Custodia 25
FALLA DEL SERVICIO MEDICO 53, 131
FALLA DEL SERVICIO MEDICO-Falta de Elementos Médicos 131
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA 131
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION 95
FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO MEDICO 53
FATIGA 131

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES-Inexistencia 60
INDEMNIZACION A *FORFAIT*-Compatibilidad 95
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 60, 95
INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA 158
INSCRIPCION-Transición 34
INSUBSISTENCIA DE LA LEGISLACION PREEXISTENTE 42

J

JUICIO CIVIL DE POLICIA 50
JUNTA DIRECTIVA-Facultades 34

	Página
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA- Atribuciones	126
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- Improcedencia	50
JURISDICCION ORDINARIA	50

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA	60
LEY DEROGATORIA	42
LEY REFORMATORIA	42

LL

LLAMAMIENTO EN GARANTIA	25

N

NORMA CONSTITUCIONAL	126
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	60
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO-Titularidad	60

O

OBLIGACION DE RESULTADO	25
OPERATIVO MILITAR	95

P

PARTE DEMANDADA	126
PERSONAL MEDICO-Turnos	131
PERSONA NATURAL	82
PLAZO-Ampliación	9

R

REFINACION DE PETROLEOS	42
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES	34
RESPONSABILIDAD CONEXA	126
RESPONSABILIDAD POR FALLA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	158
RESTITUCION DE BIENES	50

Página

S

SISE 34
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia 34
82

T

TRANSITO CONSTITUCIONAL 42

SECCION CUARTA

A

ACCION CONTRAVENCIONAL CAMBIARIA 327
ACCION DE NULIDAD 314
ACCION DE NULIDAD (Salvamento de Voto) 552
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 469
662
(Salvamento de Voto) 552
ACTIVIDAD AGROPECUARIA 597
ACTIVIDAD DE CAPTACION Y COLOCACION DE RECURSOS 703
ACTIVIDAD NO GRAVADA 254
ACTIVIDAD NO SUJETA 597
631
ACTIVIDAD PETROLERA 631
ACTIVO NO MONETARIO 339
519
616
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia 440
ACTO ADMINISTRATIVO (Salvamento de Voto) 336
ACTO DEFINITIVO 489
ACTO DEMANDABLE 314
ACTO DEMANDABLE ANTE LO CONTENCIOSO 593
ACTO MERCANTIL 254
ACUERDO DE CARTAGENA 420

	Página
ADMINISTRACION TRIBUTARIA	370
	371
	490
ADMINISTRACION TRIBUTARIA-Deberes	442
ADMINISTRADOR-Facultades	400
AGENCIA	400
AJUSTE A CUENTAS DE RESULTADO (Salvamento de Voto)	581
AJUSTE DE PASIVO NO MONETARIO (Salvamento de Voto)	581
AJUSTE MONETARIO	327
AJUSTE POR DIFERENCIA EN CAMBIO	640
AJUSTES POR INFLACION	339
	519
	567
(Salvamento de Voto)	582
AJUSTES POR INFLACION-Destinatario (Salvamento de Voto)	581
AJUSTES POR INFLACION-Objeto (Salvamento de Voto)	581
AJUSTES POR INFLACION SOBRE INGRESOS	640
APORTES EN SOCIEDAD-Reajustes	306
ARMAS Y MUNICIONES	628
AVISOS EN ESPACIO PUBLICO	730
B	
BANCO DE LA REPUBLICA-Naturaleza	469
BASE GRAVABLE	528
BASE GRAVABLE EN INDUSTRIA Y COMERCIO	640
BASE GRAVABLE PARA BANCOS	639
	640
BENEFICIO DE AUDITORIA-Facultad Potestativa	680
BIEN DE ORIGEN NACIONAL	470
BIENES DE CAPITAL	456
BIENES EXCLUIDOS	609
BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA	676
BONOS DE GUERRA-Deducción	676

Página

C

CADUCIDAD DE LA ACCION 400
CADUCIDAD DE LA ACCION-Improcedencia 469
CAJA SOCIAL DE AHORROS-Naturaleza 703
CARGA DE LA PRUEBA 504
CASO FORTUITO 351
CAUCION PARA DEMANDAR 314
CERTIFICADO DE RETENCION EN LA FUENTE 619
CERT-Beneficiarios 470
CERT-Reconocimiento 469
CESION DE CONTRATO 217
CESION DE CREDITOS 490
CESION DE DERECHOS 217
CLAUSULA DE NO AGRAVACION 380
COBRO COACTIVO 213
CODIGO CIVIL-Inaplicabilidad 490
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-Aplicación 213
COMPENSACION 357
COMPENSACION-Oportunidad 357
COMPENSACION-Requisitos 490
COMPETENCIA FUNCIONAL 704
COMPRAS CON TARJETA DE CREDITO 662
CONCEJO MUNICIPAL 640
CONCEPTO DE LA DIAN 440
CONDENA INGENERE-Inexistencia 280
CONFESION-Inexistencia 442
CONGRESO 544
CONTRATO DE ASOCIACION 217
CONTRATO DE CESION 217
CONTRIBUCION DE VALORIZACION 314
CONTRIBUCION ESPECIAL-Cálculo 523
604
CONTRIBUYENTE-Deberes 370
511
CONTRIBUYENTE-Obligaciones 504

	Página
CONVENIO PRIVADO-Inoperancia	490
CORRECCION DE DECLARACION	690
CORRECCION DE DECLARACION TRIBUTARIA	370
CORRECCION DE LA DECLARACION	424
CORRECCION MONETARIA	470
COSTO FISCAL	306
	616
COSTO PRESUNTO-Requisitos	511
COSTOS-Comprobación	511
COSTOS-Desconocimiento	511
CUENTA CORRECCION MONETARIA	339
	567
	640
CUENTA CORRIENTE DEL IVA-Manejo	554

D

DECLARACION DE RENTA	669
	680
DECLARACION DE RENTA NO PRESENTADA	668
DEDUCCIONES-Comprobación	511
DEDUCCIONES-Desconocimiento	511
DEDUCCIONES TEORICAS-Límite	519
DEDUCCION TEORICA	339
	582
DEDUCCION TEORICA-Cálculo	616
DEFECTO DE ENCAJE	351
DEMANDA-Inadmisión	440
DERECHO ADQUIRIDO	536
DESCUENTO TRIBUTARIO	456
	536
DESCUENTOS TRIBUTARIOS	523
DEUDA TRIBUTARIA-Ajuste por Actualización	261
DEVOLUCION	280
	357
DEVOLUCION-Actualización a Valor Presente	470
DEVOLUCION DEL IVA	609

	Página
DEVOLUCION SALDO A FAVOR	390
DIFERENCIA EN CAMBIO	567

E

EMBARGO DE BIENES	593
EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO	536
EMPRESA EXPLOTADORA DE RECURSOS NATURALES	217
ENAJENACION DE ACTIVOS-Determinación del Precio	442
ENTIDAD FINANCIERA	639
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Naturaleza	315
ESTABLECIMIENTO BANCARIO	703

F

FACULTAD DE CORRECCION	371
FACULTAD DE FISCALIZACION	370
FACULTAD DE REVISION	371
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL	544
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	544 631 640
FACULTAD IMPOSITIVA PRIMARIA	544
FACULTAD PARA CORREGIR DECLARACIONES	370
FACULTAD PARA EXENCION MUNICIPAL	631
FALLO *EXTRA PETITA*	327
FALSA MOTIVACION	288
FIDEICOMISO INMOBILIARIO	714 715
FIRMA DE CONTADOR PUBLICO	668 669
FONDO COMUN ESPECIAL-Autorización	715
FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS-Obligaciones	289
FUERZA MAYOR	351
FUNCION PUBLICA	469
FUNDAMENTOS DE DERECHO	327

Página

G

GASTO DEDUCIBLE 567

GASTO DEDUCIBLE POR CORRECCION MONETARIA (Salvamento de Voto) 582

GASTO FINANCIERO 567

GASTO FINANCIERO-Ajuste (Salvamento de Voto) 581

H

HECHO GENERADOR 254, 597

HECHO IMPONIBLE 730

I

IMPORTACION EXCLUIDA 390, 628

IMPUESTO A CARGO 364, 523

IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZA 528

IMPUESTO A LOS GASODUCTOS 631

IMPUESTO A LOS PARQUEADEROS 544

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS 730

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 730

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Barranquilla 631

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Medellín 400

IMPUESTO DESCONTABLE 364

IMPUESTO DE TRANSITO DE CARBON 406

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 254, 597

IMPUESTO GENERADO 364

IMPUESTO NETO DE RENTA 523

IMPUESTO NETO DE RENTA-Concepto 523

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 390, 609, 690

IMPUTACION 357

	Página
INDUSTRIA Y COMERCIO EN SECTOR FINANCIERO	639 640
INFORMACION DE PAGOS A TERCEROS	511
INFORMACION TRIBUTARIA	680
INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL	306
INGRESO OPERACIONAL	639
INGRESOS CORRIENTES	280
INTERESES	470 567
INTERESES FINANCIEROS	639
INTERESES MORATORIOS	280
INTERPRETACION PREJUDICIAL	420
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA	668
IVA EN ACTIVOS FIJOS-Tratamiento	456
IVA EN IMPORTACION	390 628

J

JUICIO CONTENCIOSO DE IMPUESTOS	280
JUICIO DE REVISION DE IMPUESTOS	662

L

LEY	288
LEY DEL CONTRATO	217
LEY EN EL TIEMPO	690
LEY POR ANALOGIA-Improcedencia	689
LEY PROCEDIMENTAL-Aplicación	690
LEY SUSTANCIAL	690
LEY SUSTANTIVA	689
LEY SUSTANTIVA-Aplicación	690
LEY-Vigencia	689
LICITACION INTERNACIONAL	470
LIQUIDACION DE REVISION	273
LIQUIDACION PRIVADA-Firmeza	273

Página

M

MAQUINARIA PARA INDUSTRIAS BASICAS 390
MATERIAS PRIMAS EXCLUIDAS DEL IVA 609
MEDIOS PROBATORIOS-Valoración 662
MINISTERIO DE COMUNICACIONES 315
MINISTERIO DE COMUNICACIONES-Autorización 315
MUEBLES Y ENSERES 456

N

NORMA PENAL-Inaplicabilidad 350
NOTIFICACION 400
NOTIFICACION-Objeto 327
(Salvamento de Voto) 336
NULIDAD-Causales 213

O

OPERACION DE FIDEICOMISO DE INVERSION 715
OPERACION DE FIDEICOMISO-Plan de Ajuste 714
ORGANIZACION REGIONAL DE TELEVISION 315
OTORGAMIENTO DE CREDITO-Restricciones 429

P

PAGO-Imputación 261
PAGO-Requisitos 490
PASIVO NO MONETARIO-Ajuste
(Salvamento de Voto) 581
(Salvamento de Voto) 582
PERSONA NATURAL 668
669
PLIEGO DE CARGOS 424
POSICION PROPIA 640
POTESTAD REGLAMENTARIA 338
POTESTAD REGLAMENTARIA-Restricción 567
PRECIO AL CONSUMIDOR 528

	Página
PRECIO DE ENAJENACION DE ACTIVOS-Determinación	442
PRECIO USUAL DE COMPETENCIA	586
PRESCRIPCION-Interrupción	327
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	567
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA	327
PRINCIPIO DE DERECHO PENAL-Improcedencia	689
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL-Improcedencia	689
PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DEL IMPUESTO	689
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO	689
PRINCIPIO *LEX REISITAE*	217
PRINCIPIO *LOCUS REGIT ACTUM*	217
PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD	415
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO	414
PRINCIPIOS DE EQUIDAD	414
PRODUCTO EN NOMINA DE RESERVA	380
PROFESION	668
PROGRAMA DE LIBERACION-Aplicación	380
PROGRAMA SECTORIAL DE DESARROLLO INDUSTRIAL	380
PROVEEDOR NACIONAL	470
PROYECTO DE CORRECCION - FACULTAD PARA CORREGIR DECLARACIONES	370
PRUEBA DE RETENCION	619
PRUEBA FISCAL EN LO CONTENCIOSO	662
PRUEBA SUPLETIVA	619
P.V.C. PARA EL SECTOR FINANCIERO	639

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Requisitos	264
REMATE DE BIENES	213 593
RENTA BRUTA DE ENAJENACION DE ACTIVOS	442
REQUERIMIENTO DE GASTOS NO EXPLICADOS	662
REQUERIMIENTO ESPECIAL	424
RESPONSABLE DEL IVA-Obligaciones	554
RETENCION EN LA FUENTE	504

	Página
RETENCION EN LA FUENTE-Demostración	619
REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO-Requisitos	469

S

SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO	264
SALDO A FAVOR	280
	357
SANCION ADMINISTRATIVA	350
SANCION A ENTIDAD VIGILADA	288
SANCION BANCARIA-Gradualidad	703
SANCION BANCARIA-Norma Aplicable	429
SANCIONES DE LA SUPERBANCARIA	350
SANCION PENAL	350
SANCION POR EXCESO EN COLOCACIONES	703
	704
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD-Base de Cálculo	364
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD-Procedencia	690
SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS	662
SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS-Reducción	424
SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia	536
SANCION POR INEXACTITUD-Requisitos	504
SANCION POR NO INFORMAR PAGOS A TERCEROS	511
SANCION POR NO PRESENTAR DECLARACIONES-Improcedencia	668
SECUESTRO DE BIENES	593
SENTENCIA CONDENATORIA	280
SENTENCIA DECLARATORIA	280
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos	406
SENTENCIA INHIBITORIA (Salvamento de Voto)	552
SENTENCIA JUDICIAL-Obligatoriedad	676
SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION	315
SISTEMA TRIBUTARIO	414
SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA	406
	536
SOBERANIA IMPOSITIVA	536

	Página
SOBRANTE-Compensación	489
SOBRANTE-Traslado	489
SOCIEDAD EXTRANJERA NO INCORPORADA	254
SOCIEDAD FIDUCIARIA	714
SOCIEDAD FIDUCIARIA-Deberes	714
SUCESION ILIQUIDA	668 669
SUCURSAL	400
SUJETO PASIVO DEL IMPORRENTA	668 669
SUPERINTENDENCIA BANCARIA	288
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	350 715
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Función Informadora	640
SUPERINTENDENTE DELEGADO-Facultades	704
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	604 676
SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia	261 628
SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de Voto)	552

T

TERMINO DE FISCALIZACION-Determinación	273
TERMINO DE PRESCRIPCION-Interrupción (Salvamento de Voto)	336
TERMINO PARA CORREGIR DECLARACIONES	370
TERMINO PARA SOLICITAR COMPENSACION	357

V

VALOR COMERCIAL	442
VALOR COMERCIAL-Parámetros	442
VALOR NORMAL EN ADUANA	586
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento	469

SECCION QUINTA

Página

A

ACCION EJECUTIVA 758
ACCION ELECTORAL 849
ACTA DE LIQUIDACION 758
ACTO ADMINISTRATIVO 759
796
849
ACTO ADMISORIO DE RECURSO 809
ACTO CONDICION 776
ACTO DE ELECCION GENERAL 750
ACTO DE NOMBRAMIENTO-Naturaleza 776
ACUMULACION DE DEMANDAS-Ejecutivas 814
ACUMULACION DE PROCESOS-Coactivo y Otros 814
ACUMULACION DE PROCESOS-Improcedencia 750
ACUMULACION DE PROCESOS-Irregularidades 821
ALCALDE-Inhabilidades 776
ALCALDE POR NOMBRAMIENTO 776
ALCALDE POR NOMBRAMIENTO-Requisitos 777
ANALOGIA-Improcedencia 776
AUDIENCIA PUBLICA-Convocatoria 821
AUDITOR GENERAL DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL-Designación 822

C

CADUCIDAD-Inexistencia 742
CADUCIDAD-Interrupción 776
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL DEL AMAZONAS 750
COBRO COACTIVO 737
814
CODIGO CIVIL-Aplicación 758
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Inaplicación 837
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Remisión 837
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Vigencia 758
CODIGO DE COMERCIO-Aplicación 758

	Página
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-Aplicación	829 837
CODIGOS DE CONTRATACION-Vigencias	758
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	821 822
CONSEJO DE ESTADO	809
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	849
CONTRALORIA MUNICIPAL-Organización	822
CONTRALOR MUNICIPAL ENCARGADO-Nombramiento	821
CONTRALOR MUNICIPAL-Incompatibilidades	821
CONTRATO ADMINISTRATIVO	758
CONTRATO DE SEGURO	758 759
COPIA DEL ACTO-Inexistencia	774
CORRECCION DE LA DEMANDA-Inadmisión	774
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Funciones	849

D

DEMANDA EJECUTIVA-Pretensión	830
DEMANDA ELECTORAL-Corrección	774
DEMANDA ELECTORAL-Presentación	776
DEMANDA-Requisitos	829
DENUNCIA PENAL	838
DERECHO DE ACCION	809 837
DERECHO DE CONTRADICCION	830
DERECHO DE PETICION	809 837
DERECHOS DEL ESTADO	759
DESPACHO COMISORIO-Procedimiento	814
DEUDA FISCAL-Ejecución	813 814
DISOLUCION DE SOCIEDAD COMERCIAL-Inexistencia	813
DISTRITO CAPITAL	797

Página

E

EJECUCION 796
EJECUCION DE LA NACION-Improcedencia 846
EMBARGO 814
EMPLEADO OFICIAL 776
821
EMPLEO DE ELECCION POPULAR 776
ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO-Ejecución 846
ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO-Vigencia 830
EXCEPCION 742
814
EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia 814
EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Requisitos 834
EXCEPCIONES-Improcedencia 759
EXCEPCION-Improcedencia 737

F

FALTA DE COMPETENCIA 776
FALTA DE JURISDICCION 846
FUERZA EJECUTIVA-Inexistencia 796
FUNCIONARIO EJECUTOR-Facultades 814

I

IDENTIDAD DE OBJETOS 834
IDENTIDAD DE OBJETOS-Inexistencia 814
IDENTIDAD DE PARTES 834
IDENTIDAD DE PARTES-Inexistencia 814
IMPEDIMENTO 849
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 804
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO 774
INTERESES-Determinación 829
INTERESES DE MORA 830
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 830

Página

J

JUEZ-Interpretación 809
JURISDICCION COACTIVA 737
757
796
829
JURISDICCION COACTIVA-Procedimiento 813

L

LISTAS-Inexistencia 849

M

MANDAMIENTO DE PAGO 742
814
MANDAMIENTO DE PAGO-Notificación 814
MANDAMIENTO DE PAGO-Requisitos 829
MERITO EJECUTIVO 796
851
MERITO EJECUTIVO-Inexistencia 758
MULTA 830

N

NOMBRE-Función 813
NORMA ESPECIAL 814
NORMA GENERAL-Violación 797
NORMA LOCAL-Inexistencia 797
NOTIFICACION 796
814
NOTIFICACION PERSONAL-Inexistencia 796
NOTIFICACION POR CORREO-Inexistencia 796
NOTIFICACION POR EDICTO-Improcedencia 796
NULIDAD ELECTORAL 776
777
NULIDAD PROCESAL 821
846

Página

O

OBLIGACION-Características 851
OBLIGACION CLARA-Inexistencia 829
OBLIGACIONES FISCALES 758
OBLIGACION PRINCIPAL-Mora 830

P

PAGO 830
PARTE DEMANDADA 813
830
PARTIDO POLITICO IGUAL 777
PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA 759
PERSONERIA JURIDICA-Atributos 813
PETICION INCOMPLETA 837
PLEITO PENDIENTE-Definición 814
POLIZA-Fotocopia 851
PREJUDICIALIDAD 737
PRESCRIPCION 758
PRESCRIPCION EJECUTIVA 759
PRESCRIPCION EXTINTIVA 742
759
PRESCRIPCION EXTINTIVA EXTRAORDINARIA 759
PRESCRIPCION EXTINTIVA ORDINARIA 759
PRESCRIPCION-Inexistencia 758
PRESUNCION DE AUTENTICIDAD 851
PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD 796
PROCESO COACTIVO 813
PROCESO CONTENCIOSO 737
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 837
PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA 814
834
PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Diferencias 814
PROCESO EJECUTIVO 742
759

	Página
PROCESO EJECUTIVO-Improcedencia	804
PROCESO EJECUTIVO-Procedimiento	829
PROCESO EJECUTIVO SINGULAR	813
PROCESO EJECUTIVO SINGULAR-Aplicación	814
PROCESO ELECTORAL	750
	753
	809

R

RAZON SOCIAL-Modificación	813
	814
RECURSO ADMINISTRATIVO	809
RECURSO DE REPOSICION-Asimilación	809
RECUSACION	838
RECUSACION-Causales	837
RECUSACION-Normatividad	837
RECUSACION-Requisitos	838
REMISION DE PROCESOS ENTRE CORPORACIONES-Causales	776
REPRESENTANTE A LA CAMARA-Inhabilidad Personal	750
REVOCATORIA DIRECTA-Improcedencia	809
REVOCATORIA DIRECTA-Rechazo	809

S

SANCION-Inaplicación	838
SENTENCIA-Contenido	830
SOCIEDAD ANONIMA-Existencia	813
SOCIEDAD COMERCIAL	813
	814
SORTEO DE PONENTE	821
SUJETO PASIVO	804
SUSPENSION DEL PROCESO-Causal	737
SUSPENSION PROVISIONAL	753

Página

T

TITULO EJECUTIVO 737
742
797
851

U

UNICA INSTANCIA 809

V

VACANCIA ABSOLUTA 777
VIA GUBERNATIVA-Materia 804

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE NORMAS DEMANDADAS, SUSPENDIDAS Y ANULADAS

TERCER TRIMESTRE DE 1994

ACUERDOS DE ALCALDES

ACUERDO 031 DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de San José de Pare, por el cual el H. Concejo Municipal de San José de Pare autoriza un cupo de endeudamiento y faculta al Alcalde para negociar empréstitos y celebrar contratos.

Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2971
Actor : JAIRO CALDERON GOMEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 6o. INCISO 4o. DEL ARTICULO 229 DE 1985, proferido por el Concejo del D.E. de Bogotá, por el cual se expide el Código Fiscal para el Distrito Especial de Bogotá.

Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 7443
Actor : GABRIEL DE VEGA PINZON
Ponente : Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Anulado.

ACUERDO 16 ARTICULO 5o. DE 1990, expedido por el Concejo de Santafé de Bogotá, D.C., mediante el cual se se determinaron los criterios que se tendrán en cuenta para la determinación del valor a liquidar de la contribución de valorización por beneficio general correspondiente a cada crédito.

Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 5831
Actor : JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

ACUERDO 19 ARTICULO 26 DE 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por el cual se expidió el presupuesto de renta e ingresos y de inversiones y gastos de las entidades descentralizadas del Fondo Rotatorio del Distrito Especial de Bogotá.
Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 5077
Actor : MARIA CLEMENCIA GOMEZ DE ESCOBAR
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Anulado.

ACUERDO 32 ARTICULO 22 1991, expedido por el Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, mediante el cual se expidió el presupuesto de rentas e ingresos y de inversiones y gastos de las entidades descentralizadas y fondos rotatorios del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y dictó otras disposiciones.
Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 5603
Actor : LUIS MIGUEL URREGO DELGADO
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Anulado.

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 1o. DEL 18 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Chachaguí, por el cual se crea una sobretasa de carácter especial.
Providencia : Auto de 8 de julio de 1994
Expediente : 5644
Actor : ALCALDE MUNICIPAL DE CHACHAGUI
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Suspendido.

ACUERDO 04 PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 1o. DEL 14 DE ABRIL DE 1977, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, por el cual se establece la cremación de cadáveres en el Municipio de Cali y se da una autorización.
Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 2553
Actor : JAVIER CANO GARCIA

Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anulado.

ACUERDOS 04 DEL 26 DE MAYO DE 1992, el cual se modifica el Acuerdo 06 de 16 de noviembre de 1991 y el **05 DEL 6 DE MAYO DE 1992,** por el cual se modifica el Acuerdo011 de 2 de diciembre de 1991; expedidos por el Concejo Municipal de Castilla La Nueva.
DECRETA LA NULIDAD DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 1o. DEL ACUERDO 004, Y DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o., EN SU INCISO 1o., DEL ACUERDO 005.
Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2850
Actor : DEPARTAMENTO DEL META
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

ACUERDO 07 APARTES DE LOS ARTICULOS 2o., 4o. INCISO PRIMERO Y 6o. DEL 21 DE MAYO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Armenia, por medio del cual se organiza la Contraloría Municipal de Armenia -Quindío-.
EN RELACION CON EL ACUERDO 07 ANULA LA FRASE "...quien será su representante legal...", CONTENIDA EN EL ARTICULO 2o.; LA NULIDAD DE LA CIFRA DE $87.797.983.oo, DEL INCISO PRIMERO DEL ARTICULO CUARTO; LA SUPRESION DEL INCISO SEGUNDO IBIDEM; LA SUPRESION DEL NUMERAL 2o. DEL ARTICULO 6o. CORRESPONDIENTE AL ACAPITE III FUNCIONES ESPECIFICAS DEL CONTRALOR DEL MUNICIPIO; LA NULIDAD DE LA FRASE "el Contralor deberá reunir los requisitos que establecen el artículo 68 de la Ley 42 de 1993", CONTENIDA EN EL APARTE IV, DEL CITADO ARTICULO 6o. (REQUISITOS PARA SER CONTRALOR MUNICIPAL); LA NULIDAD DE LA EXPRESION "acreditar dos (2) años de estudios relacionados con el cargo", CONTENIDA EN EL APARTE IV (REQUISITOS PARA SER SECRETARIA MECANOGRAFA DEL CONTROL POSTERIOR); LA NULIDAD DE LA EXPRESION "por lo tanto queda suprimida en su totalidad la planta de personal existente a la fecha", CONTENIDA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTICULO 6o.
Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2650
Actor : ARMODIO RAMOS CASTILLO Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

ACUERDO 012 DE 1989, expedido por el Concejo Municipal de Neiva, por el cual se dictan disposiciones sobre el comercio informal en los espacios públicos.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ARTICULOS 7o. Y 32 DEL ACUERDO 012 DE 1989.

Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2973
Actor : MUNICIPIO DE NEIVA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

ACUERDO 022 DE 24 DE JUNIO DE 1989, expedido por el Concejo Municipal de Viotá, por medio del cual se dan autorizaciones al señor Alcalde para la venta directa del servicio de agua a los vecinos de la Vereda El Piñal.

Providencia : Sentencia de 8 de julio de 1994
Expediente : 2740
Actor : JUNTA DE ACCION COMUNAL DEL PIÑAL
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 24 ARTICULO 7o. NUMERAL 1o. DEL 3 DE OCTUBRE DE 1988, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, por el cual se asignan funciones a Inspecciontes de Policía, se modifica parcialmente los Acuerdos 26 de 1985, 21 y 28 de 1986 y se dictan otras disposiciones y el **DECRETO 0186 ARTICULO 1o. NUMERAL 2o. DEL 24 DE FEBRERO DE 1992,** expedido por la Alcaldía de Santiago de Cali, por el cual se asignan funciones a las Inspecciones Superiores de Policía Municipal.

Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2986
Actor : JOSE JOAQUIN GAMBOA SALAZAR
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

ACUERDO 029 DEL 26 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Rionegro, Antioquia, por el cual se fijan políticas en materia de servicio urbano de transporte masivo de pasajeros, se reglamenta la sobretasa al consumo de la gasolina motor y se crea el Fondo de Financiación de Sistemas de Servicio Público Urbano Transporte Masivo de Pasajeros.

Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 5664
Actor : FABIO NOREÑA Y OTRO
Ponente : Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

ACUERDOS 047 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 1990, por medio del cual se adopta el Plan Simplificado de Desarrollo y el Estatuto Oficial de Zonificación del Municipio de Usiacurí; **34 DEL 9 DE JUNIO DE 1990,** por medio del cual se declara la utilidad pública de unos inmuebles del área urbana de dicho municipio y se ordena su

compra o expropiación y **40 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1990,** por medio del cual se ratifica el Acuerdo anteriormente mencionado; expedidos por el Concejo Municipal de Usiacurí y las **RESOLUCIONES 001 DEL 31 DE ENERO DE 1991 Y 004 DEL 22 DE FEBRERO DEL MISMO AÑO;** expedidas por el Alcalde Municipal de Usiacurí.

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2679
Actor : CALIXTO HERRERA PADILLA Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

ACUERDO 058 DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Dosquebradas, por el cual se expide el Código de Rentas de dicho municipio y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Auto de 29 de septiembre de 1994
Expediente : 3063
Actor : CARLOS TADEO GIRALDO GOMEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 63 ARTICULO 7o. DEL 14 DE OCTUBRE DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Pereira, por medio del cual se establece la división territorial del Municipio de Pereira y se definen procedimientos de participación comunitaria, se crean unos nuevos corregimientos y se fija la jurisdicción de las Inspecciones Municipales de Policía.

Providencia : Sentencia de 6 de septiembre de 1994
Expediente : 2520
Actor : PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulado.

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 02 DEL 6 DE MAYO DE 1994, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual declara la elección de Senadores de la República.

Providencia : Auto de 27 de julio de 1994
Expediente : 1145
Actor : FELIX SALCEDO BALDION
Ponente : Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Vigente.

ACUERDO 02 DEL 6 DE MAYO DE 1994, proferido por el Consejo Nacional Electoral y la **RESOLUCION 191 DEL 14 DE JUNIO DE 1994,** por medio del cual se declara la elección de Senadores de la República.
Providencia : Auto de 5 de septiembre de 1994
Expediente : 1145
Actor : FELIX SALCEDO BALDION
Ponente : Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Vigentes.

ACUERDO 005, APARTES DE LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL 15 DE OCTUBRE DE 1992, por el cual se recodifica el Reglamento de la Corte Constitucional.
Providencia : Auto de 22 de agosto de 1994
Expediente : 3006
Actor : HECTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 005, APARTES DE LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL 15 DE OCTUBRE DE 1992, por el cual se recodifica el Reglamento de la Corte Constitucional.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 3006
Actor : HECTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 06 PARTE FINAL DEL ARTICULO 1o. Y DEL PARAGRAFO 2o. DEL 29 DE MARZO DE 1993, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, sobre bonificación para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial o de las Corporaciones Judiciales.
SUSPENDE LA PARTE FINAL DEL ARTICULO 1o. EN LA PARTE QUE DICE: "Siempre que hayan presentado congestión el 10 de enero de 1992 o durante el período posterior" Y LA TOTALIDAD DEL PARAGRAFO 2o. DEL MISMO ARTICULO.
Providencia : Auto de 7 de julio de 1994
Expediente : 8130
Actor : JUAN SANDOVAL ROA
Ponente : Dr. PEDRO CHARRIA ANGULO - CONJUEZ

ACUERDO 007 DEL 12 DE MAYO DE 1993, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por el cual se establece la estructura

interna de dicha Entidad y se señalan las funciones de sus dependencias.
Providencia : Sentencia de 6 de septiembre de 1994
Expediente : 2746
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACION DE TURISMO DE COLOMBIA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 10 DEL 28 DE MAYO DE 1993, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, por el cual se modifica el Acuerdo 05 de 1o. de marzo de 1993, expedido por la misma Entidad, y se adoptan los estatutos de dicha Corporación.
Providencia : Sentencia de 22 de agosto de 1994
Expediente : 2755
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACION NACIONAL DE TURISMO DE COLOMBIA "CORTURISMO"
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 12 DEL 13 DE JUNIO DE 1994, proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se declaró la elección de Presidente y Vice-presidente de la República, para el período constitucional 1994 - 1998.
Providencia : Auto de 4 de agosto de 1994
Expediente : 1154
Actor : HILDEBRANDO ORTIZ LOZANO
Ponente : Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Vigente.

ACUERDO 30 ARTICULO 4o. INCISO PRIMERO DEL LITERAL C) DE 12 ABRIL DE 1994, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se dispone la elaboración de ternas para la elección de Directores Seccionales de Administración Judicial.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LA FRASE "Incluídas en ellas las correspondientes disciplinas jurídicas" CONTENIDA EN LA NORMA DEMANDADA.
Providencia : Auto de 7 de septiembre de 1994
Expediente : 9921
Actor : CARLOS BENITEZ CASTELBLANCO
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO

ACUERDO 31 ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 27 DE JULIO DE 1993, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se dictan unas disposiciones sobre

integración de los Consejos Seccionales de la Judicatura.
Providencia : Sentencia de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2682
Actor : PEDRO ANTONIO VELASQUEZ SALGADO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulado.

ACUERDO 34 DEL 13 DE ABRIL DE 1994, por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de la carrera judicial y **52 DEL 19 DE MAYO DE 1994,** por el cual se convoca a un concurso de méritos; expedidos por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
SUSPENDE LOS ARTICULOS 2o., 3o., 4o., 5o. Y 36 DEL ACUERDO 34 EN CUANTO SE REFIEREN A LAS DESIGNACIONES EN PROVISIONALIDAD Y EN ENCARGO; DEL ARTICULO 41 INCISO 1o., LA EXPRESION "como en provisionalidad". SUSPENDE PROVISIONALMENTE LOS EFECTOS DEL ACUERDO 52 DE 19 DE MAYO DE 1994, PERO SOLAMENTE EN CUANTO SE REFIERE A LAS DESIGNACIONES EN PROVISIONALIDAD O EN ENCARGO.
DENIEGA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LAS DEMAS DISPOSICIONES DE LOS ACUERDOS ENUNCIADOS.
Providencia : Auto de 5 de septiembre de 1994
Expediente : 10224
Actor : LUIS FERNANDO CAICEDO
Ponente : Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

ACUERDO 0079 ARTICULO 81 DEL 1o. DE OCTUBRE DE 1993, expedido por el Instituto Colombiano de Cultura, -COLCULTURA- y **DECRETO 1444 DEL 23 DE JULIO DE 1993,** expedido por el Gobierno Nacional, por los cuales se integra el Consejo de Monumentos Nacionales.
Providencia : Auto de 29 de julio de 1994
Expediente : 2939
Actor : FABIO ARNULFO RIVEROS MEDINA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 9789
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Suspendido.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 9788
Actor : NUBIA E. BARRERA CARDENAS
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Suspendido.

ACUERDO 090 DEL 9 DE OCTUBRE DE 1993, por el cual se prorroga el período de los representantes profesorales y estudiantiles ante los consejos de la UPTC, y **120 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1993,** por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; expedidos por el Consejo Superior Universitario del mencionado centro docente.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACUERDO 090 DE 9 DE OCTUBRE DE 1993, Y DENIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACUERDO 120 DE 20 DE DICIEMBRE DE 1993.

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 2885
Actor : FABIO ELEAZAR LOZANO SUAREZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ACUERDOS 00106 ARTICULO 74 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1993, por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Surcolombiana; **004 DEL 27 DE ENERO DE 1994,** por medio del cual se establece el cronograma para la designación de Rector y se fijan parámetros para la respectiva consulta y **0019 DEL 8 DE MARZO DE 1994,** por medio del cual se reglamenta el proceso de designación de Rector, expedidos por la Universidad Surcolombiana de Neiva; y contra las **ACTAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVESIDAD SURCOLOMBIANA 004 DE 8 DE MARZO DE 1994 Y 005 DE 10 DE MARZO DEL MISMO AÑO.**

Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2876

Actor : ASOCIACION SINDICAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS "ASPU" Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

ACUERDO 216 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1989, por el cual se impone una sanción de multa, y **047 DEL 10 DE MAYO DE 1990,** por el cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo anteriormente mencionado; expedidos por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-.
Providencia : Sentencia de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2722
Actor : MARIANO ALVEAR SOFAN Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 536 EXPRESION "Y QUE EXISTA DESDE EL PRINCIPIO PRONOSTICO FAVORABLE DE CURACION" CONTENIDA EN EL ARTICULO 26, DEL 20 DE MAYO DE 1974, por el cual se expide el Reglamento General del Seguro de Enfermedad General y Maternidad, emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y **DECRETO 770 ARTICULO 1o. DEL 30 DE ABRIL DE 1975,** que lo aprobó, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2943
Actor : DEFENSOR DEL PUEBLO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO SOBRE COOPERACION JUDICIAL COMPLEMENTARIO AL ACUERDO BILATERAL DE ASISTENCIA RECIPROCA PARA LA PREVENCION, CONTROL Y REPRESION DEL USO Y TRAFICO ILICITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1991, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Brasil.
Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2934

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 9789
Actor : JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Suspendido.

ACUERDO 87 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamenta el sistema de méritos para el ingreso, permanencia y retiro del servicio en los cargos de carrera de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 9788
Actor : NUBIA E. BARRERA CARDENAS
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Suspendido.

ACUERDO 090 DEL 9 DE OCTUBRE DE 1993, por el cual se prorroga el período de los representantes profesorales y estudiantiles ante los consejos de la UPTC, y **120 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1993,** por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; expedidos por el Consejo Superior Universitario del mencionado centro docente.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACUERDO 090 DE 9 DE OCTUBRE DE 1993, Y DENIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL DEL ACUERDO 120 DE 20 DE DICIEMBRE DE 1993.

Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 2885
Actor : FABIO ELEAZAR LOZANO SUAREZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ACUERDOS 00106 ARTICULO 74 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1993, por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Surcolombiana; **004 DEL 27 DE ENERO DE 1994,** por medio del cual se establece el cronograma para la designación de Rector y se fijan parámetros para la respectiva consulta y **0019 DEL 8 DE MARZO DE 1994,** por medio del cual se reglamenta el proceso de designación de Rector, expedidos por la Universidad Surcolombiana de Neiva; y contra las **ACTAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVESIDAD SURCOLOMBIANA 004 DE 8 DE MARZO DE 1994 Y 005 DE 10 DE MARZO DEL MISMO AÑO.**

Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2876

Actor : ASOCIACION SINDICAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS "ASPU" Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

ACUERDO 216 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1989, por el cual se impone una sanción de multa, y **047 DEL 10 DE MAYO DE 1990,** por el cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo anteriormente mencionado; expedidos por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-.
Providencia : Sentencia de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2722
Actor : MARIANO ALVEAR SOFAN Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ACUERDO 536 EXPRESION "Y QUE EXISTA DESDE EL PRINCIPIO PRONOSTICO FAVORABLE DE CURACION" CONTENIDA EN EL ARTICULO 26, DEL 20 DE MAYO DE 1974, por el cual se expide el Reglamento General del Seguro de Enfermedad General y Maternidad, emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y **DECRETO 770 ARTICULO 1o. DEL 30 DE ABRIL DE 1975,** que lo aprobó, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2943
Actor : DEFENSOR DEL PUEBLO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO SOBRE COOPERACION JUDICIAL COMPLEMENTARIO AL ACUERDO BILATERAL DE ASISTENCIA RECIPROCA PARA LA PREVENCION, CONTROL Y REPRESION DEL USO Y TRAFICO ILICITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1991, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Brasil.
Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2934

Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULARES

CIRCULAR 004 DEL 9 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el Presidente de la Comisión Nacional de Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública, por la cual se hacen algunas precisiones respecto de algunas normas de Carrera Administrativa.
Providencia : Sentencia de 5 de septiembre de 1994
Expediente : 2818
Actor : DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR 0129 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por el Director General de Prisiones, en cuanto hace relación a la determinación de parámetros en la aplicación de pena por trabajo, estudio y enseñanza prevista en la nueva legislación procesal penal y contra todos los actos que se hayan expedido con base en ella.
Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 2386
Actor : VICTOR MANUEL LINARES Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulada.

CIRCULAR 00497 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1993, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la cual se establecen pautas para el cobro de los derechos pecuniarios por parte de las Instituciones de Educación Superior.
Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2819
Actor : VICTOR MANUEL ALVAREZ C.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

CIRCULARES EXTERNAS

CIRCULAR EXTERNA 007 NUMERAL 1o. DEL 12 DE FEBRERO DE 1993, expedida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual se determinó con base en el Plan Unico de Cuentas PUC los códigos de ingresos operacionales que conforman la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades del sector financiero; y la **CARTA CIRCULAR 018 DEL 3 DE MARZO DE 1993,** expedida por la misma entidad.

Anuló los Códigos 413505 y 413510 incluídos en la oración: "CON LOS VALORES REPORTADOS PARA CADA UNA DE LAS CUENTAS ANTERIORES, PARA CADA MUNICIPIO LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA CALCULARA LA BASE GRAVABLE...", contenida en el último párrafo de la CIRCULAR EXTERNA 007 numeral 1 punto 1.2. anula en su totalidad el numeral 2 de la CARTA CIRCULAR 018.
Anula los Códigos 413505 posición propia, 413510 certificados de cambio y 4195 diversos, incluídos en la oración: "CON LOS VALORES REPORTADOS PARA CADA UNA DE LAS CUENTAS ANTERIORES, PARA CADA MUNICIPIO DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA CALCULARA LA BASE GRAVABLE..." contenida en el último párrafo de la CIRCULAR EXTERNA 007 numeral 1, expedida el 12 febrero de 1993 por la Superintendencia Bancaria pero en relación únicamente con los Bancos, mencionados en el punto 1.1. de la misma Circular; y anula el numeral 2o. de la CIRCULAR 018 de 1993.
Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 4919
Actor : ASOCIACION BANCARIA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

CIRCULAR EXTERNA 051 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual se determina el tratamiento de utilidades de sorteos extraordinarios, de las loterías y beneficencias que administren loterías.
Providencia : Sentencia de 24 de agosto de 1994
Expediente : 2757
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 6 DEL 10 DE FEBRERO DE 1992, expedido por el Alcalde Metropolitano de Pereira, por medio del cual se autorizan unas rutas metropolitanas a las empresas Líneas Pereiranas S.A. y Transporte Giraldo S.A.
Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2653
Actor : INVERSIONES FLOTA OCCIDENTAL, LIMITADA Y CIA. S.C.A.
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulado.

DECRETO 342 DEL 10 DE JULIO DE 1990, expedido por la Alcaldía Distrital de Santa Marta, por el cual se crean unas Alcaldías Menores, se reglamenta su funcionamiento y se delegan unas funciones.
Providencia : Sentencia de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 1637
Actor : CESAR ROLANDO MARCUCCI VERA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulada.

DECRETOS 1408 DE 15 DE OCTUBRE DE 1993, por el cual se adopta un procedimiento para autorizar la expedición a personas naturales de Tarjetas de Operación por incremento de automóviles tipo taxi en el servicio público de transporte municipal y **1507DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1993,** por medio del cual se promueve la reposición del equipo automotor y se reglamenta el ingreso de vehículos taxi al servicio público, expedidos por el Alcalde Mayor de Cali.
REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL DECRETO 1408 Y CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL DECRETO 1507.
Providencia : Auto de 25 de agosto de 1994
Expediente : 2639
Actor : FABIAN VARGAS CONCHA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 1540 DE 23 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, por medio del cual se modifica la naturaleza jurídica de las Empresas Municipales de Cartagena, transformándola en una empresa industrial y comercial de servicios públicos del orden distrital.
Providencia : Auto de 22 de agosto de 1994
Expediente : 2993
Actor : FERNANDO MARIMON ROMERO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1730 DEL 3 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de Cali, por el cual se reglamentan los Juegos en el Municipio de Santiago de Cali.
Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2985
Actor : ALBERTO MONTOYA MONTOYA
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETO 0108 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobernador del Departamento de Casanare, por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas, ingresos y gastos para la vigencia fiscal de 1o. de enero a 31 de diciembre de 1994.

Providencia : Auto de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 3043
Actor : CARLOS ALBERTO HERNANDEZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 001243 ARTICULO 5o. DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Boyacá, por el cual se crean unos hospitales en dicho Departamento y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 2806
Actor : EDGAR SAUL CABRA SALINAS
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO 224 ARTICULO 14 DEL 3 DE FEBRERO DE 1988, expedido por el Señor Presidente de la República, por el cual se fijan los derechos que se deben pagar por la concesión de los diferentes servicios de radiocomunicaciones y **DECRETO 1900 DEL 19 DE AGOSTO DE 1990,** expedido por el Señor Presidente de la República, por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.

Providencia : Auto de 30 de septiembre de 1994
Expediente : 5681
Actor : LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIERREZ
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO 374 DEL 11 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 152 y 245 de la Ley 100 de 1993, y la Ley 9a. de 1979, en cuanto a la expedición de licencias y registros sanitarios de medicamentos, cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de productos naturales, productos homeopáticos, materiales odontológicos e insumos para la salud y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2896
Actor : GUILLERMO VARGAS AYALA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 439 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones de la entidades públicas de la Corporación de Ahorro y Vivienda -CORPAVI-.
Providencia : Auto de 22 de agosto de 1994
Expediente : 2826
Actor : JULIO A. ROBERTO NIETO Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 814 APARTES DE LOS ARTICULOS: 1, 3 NUMERAL 1 Y 2, 4 NUMERAL 2, 6 NUMERAL 1, 10 NUMERAL 4, 11 Y 12 INCISO 1 NUMERALES 1 Y 2 DEL 24 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular.
Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2958
Actor : LUIS XAVIER SORELA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 1297 APARTES DEL ARTICULO 5o. DEL 22 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los mecanismos para la consolidación y asunción de la deuda de la Nación, y demás entidades estatales por concepto de la inversión y manejo de reservas del Instituto de Seguros Sociales y se fijan los procedimientos para su pago.
Providencia : Auto de 5 de septiembre de 1994
Expediente : 3026
Actor : MAXIMILIANO ECHEVERRI MARULANDA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULO 155 DEL 21 DE JULIO DE 1993, proferido por el Presidente de la República. Estatuto de Bogotá.
Providencia : Auto de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 5486
Actor : BERNARDO ENRIQUE PERALTA ORTIZ
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 1421, APARTES DE LOS ARTICULOS 5o., 12 NUMERAL 8, 118 A 124 Y 176 DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Providencia : Auto de 16 de septiembre de 1994
Expediente : 3051
Actor : HECTOR ARIEL PRIETO MANRIQUE
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2093 INCISOS 1o., 2o. Y 3o. DEL ARTICULO 11 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se desarrolla el artículo 34 transitorio de la Constitución Política de Colombia, contentivo, en términos generales de las funciones del Veedor del Tesoro.

Declara la nulidad de la expresión "...DURANTE LOS TRES MESES ANTERIORES A CADA ELECCION...", contenido en el inciso primero, y de los incisos segundo y tercero del artículo 11 del Decreto acusado.

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2555
Actor : ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulada.

DECRETO 2119 ARTICULOS 50 Y 65 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO- y contra el **DECRETO 1554 DE 9 DE AGOSTO DE 1993,** expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio de Minas y Energía.

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2734
Actor : EDGARDO INSIGNARES CARROLL
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 2123 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "TELECOM".

Levanta la suspensión provisional del Artículo 9o., en al expresión "DENTRO DE LOS TRES MESES SIGUIENTES A LA VIGENCIA DEL PRESENTE DECRETO" decreta en el Auto Admisorio de la demanda.

Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2370-2401 (acumulados)

Actor : ALIRIO URIBE MUÑOZ Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2131 CAPITULO IX ARTICULOS 46, 47, 48, 49, 50, 51 Y 52 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional.
Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 5530
Actor : LUIS GIOVANNY BABOSA BECERRA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 2148 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales "I.S.S."
Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 2342
Actor : OLIVERIO CALDAS MURIEL
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2148 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales.
Providencia : Sentencia de 14 de julio de 1994
Expediente : 2526
Actor : GERMAN REYES FORERO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2149 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.
Levanta las suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los Artículos 18, 20 y 39 del demandado.
Providencia : Sentencia de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 2276-2308-2315-2326-2330- y 2331 (acumulados)
Actor : JOSE DUVAN MARIN GALLEGO Y OTROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2163 ARTICULOS 1o., INCISOS SEGUNDO Y TERCERO Y 4o. A 23 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprime la Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada Servicio Naviero Armada República de Colombia -SENARC-.
Providencia : Sentencia de 22 de agosto de 1994
Expediente : 2408-2438 (acumulados)

Actor : LUIS CARLOS BERMUDEZ LEMUS Y OTRA
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2290 ARTICULO 14 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Presidente de la República, por el cual se aprueban condiciones y procedimientos para la venta de las acciones y derechos que la Nación y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras poseen en el Banco de Colombia.
Providencia : Auto de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 5687
Actor : ARNOBY LEON GIRALDO Y OTROS
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO 2423 ARTICULO 5 DEL 7 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se autorizan nuevas operaciones de los establecimientos de crédito y se modifican unas regulaciones sobre plazos.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 3058
Actor : FEDERACION NACIONAL DE PRODUCTORES DE SEGUROS
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2480 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establece un régimen de zona franca industrial de bienes y servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación.
Providencia : Sentencia de 11 de agosto de 1994
Expediente : 2830
Actor : ANTONIO JOSE TAMAYO RAMIREZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2649 ARTICULO 2o. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.
Providencia : Sentencia de 11 de agosto de 1994
Expediente : 2854
Actor : MARIA TERESA GARCES LLOREDA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETO REGLAMENTARIO 0020 ARTICULO 5o. DEL 10 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan los Artículos 867-1 del Estatuto Tributario y 108 de la Ley 6a. de 1992.
Decreto la suspensión provisional de la expresión "TERCERO AL AJUSTE POR ACTUALIZACION" contenida en la norma demandada.
Providencia : Auto de 1o. de julio de 1994
Expediente : 5604
Actor : MARTHA CECILIA PAEZ GALLO
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

DECRETO REGLAMENTARIO 117 ARTICULO 25 DEL 14 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
Providencia : Auto de 14 de julio de 1994
Expediente : 2904
Actor : EMILIANO REY ZUÑIGA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 117 INCISO 2o. DEL ARTICULO 25 DEL 14 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
Providencia : Auto de 14 de julio de 1994
Expediente : 2907
Actor : FRANCISCO FLOREZ
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0306 DEL 19 DE FEBRERO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991, el cual, a su vez reglamentó el Artículo 86 de la Constitución Nacional.
Providencia : Auto de 19 de agosto de 1994
Expediente : 3012
Actor : EUDORO FABIAN VALLEJO CABRERA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 679 ARTICULO 27 PARAGRAFO DEL 28 DE MARZO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993.
Providencia : Auto de 24 de agosto de 1994

Expediente : 9825
Actor : FERNANDO PABON SANTANDER
Ponente : Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 692 ARTICULO 43 DEL 29 DE MARZO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario del Inciso 2o. del Artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sobre mesada adicional para actuales pensionales.
Suspende provisionalmente la frase que dice: "LOS PENSIONADOS DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL COMO BENEFICIARIOS DE LOS REAJUSTES ORDENADOS EN EL DECRETO 2108 DE 1992, RECIBIRAN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS TREINTA (30) DIAS DE LA MESADA ADICIONAL SOLO A PARTIR DE JUNIO DE 1996", en cuando incluye personas diferentes a "LOS PENSIONADOS POR VEJEZ DEL ORDEN NACIONAL, BENEFICIARIOS DE LOS REAJUSTES ORDENADOS EN EL DECRETO 2108 DE 1992"
Providencia : Auto de 8 de agosto de 1994
Expediente : 10223
Actor : FERNANDO HOYOS NAVARRO
Ponente : Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

DECRETO REGLAMENTARIO 0695 NUMERAL 4o. ARTICULO 1o. DEL 8 DE MARZO DE 1983, expedido por el Presidente de la República, por el cual se determina el material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
Providencia : Auto de 16 de septiembre de 1994
Expediente : 5806
Actor : JESUS VALLEJO MEJIA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Suspendido.

DECRETO 704 LITERAL B DEL ARTICULO 3o. DE 14 DE ABRIL DE 1993, por el cual se reglamenta la Ley 64 de 1923, expedida por el Gobierno Nacional.
Providencia : Sentencia de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2774
Actor : LUZ AMALIA ANDRADE AREVALO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 718 ARTICULO 3o. DEL 6 DE ABRIL 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 108 de la Ley 100 de 1993.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994

Expediente : 3033
Actor : VICTOR RAUL SANCHEZ ESPITIA
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 841 INCISO ULTIMO DEL ARTICULO 6o. DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se adoptan medidas para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 5804
Actor : GABRIEL CUERO VALLECILLA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 855 ARTICULO 9o. DE 28 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, en materia de contratación directa.
Providencia : Auto de 12 de agosto de 1994
Expediente : 9840
Actor : RAFAEL AVENDAÑO MORALES
Ponente : Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

DECRETO REGLAMENTARIO 1001 ARTICULO 16 DEL 23 DE MAYO 1988, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, sobre elección popular de Alcaldes.
Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2855
Actor : TULIO CESAR VILLALOBOS TAMARA
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1160 ARTICULO 7o. DEL 2 DE JUNIO DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentó la Ley 71 de 1988.
Anula la frase "CUANDO SE HAYA DISUELTO LA SOCIEDAD CONYUGAL O EXISTA SEPARACION LEGAL O DEFINITIVA DE CUERPOS" del artículo 7o. del Decreto demandado.
Providencia : Sentencia de 12 de julio de 1994
Expediente : 7240
Actor : GUILLERMO ROMERO GARCIA
Ponente : Dr. DIEGO YOUNES MORENO

DECRETO REGLAMENTARIO 1372 INCISOS 2o. Y 3o. DEL ARTICULO 21 DEL 20 DE AGOSTO 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Ley 6a. de 1992.
Anuló el Artículo 21 Inciso 2o. del Decreto Reglamentario acusado, que dice: "...POR TANTO, NO DARA DERECHO A DESCUENTO EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS GENERADO POR LA COMPRA DE REPUESTOS". Anula la expresión "TALES COMO MUEBLES Y ENSERES" contenida en el Artículo 21 Inciso 3o. del mismo Decreto Reglamentario.
Providencia : Sentencia de 19 de agosto de 1994
Expediente : 4568
Actor : MIKE BARACALDO RAMIREZ
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

DECRETO REGLAMENTARIO 1520 ARTICULO 7o. DEL 26 DE JULIO DE 1978, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el Título VI del libro primero del Código de Comercio, y se dictan otras disposiciones reglamentarias del Decreto Ley 149 de 1976.
Providencia : Auto de 30 de septiembre de 1994
Expediente : 3070
Actor : LUZ AMPARO SERRANO QUINTERO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1696 DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta la Ley 94 de 1993, por la cual se fomenta el desarrollo de la Radio experimentación a nivel aficionado y la Nación se asocia al sexagésimo aniversario de la fundación de la Liga Colombiana de Radioaficionados.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 3047
Actor : FERNANDO RIVERA GUTIERREZ Y OTRO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1841 ARTICULO 2o. DE 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se adiciona el Artículo 5o. del Decreto Reglamentario 696 de marzo 30 de 1994.
Providencia : Auto de 16 de septiembre de 1994
Expediente : 3054
Actor : FERNANDO PELAEZ ARANGO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

DECRETO REGLAMENTARIO 1848 ARTICULO 74 DE 1969, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamentó el Decreto 3135 de 1968, estatuto

este último, que establece la integración de la seguridad social entre el sector público y privado y regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 6293
Actor : FABIO ROGELIO CARDENAS HIGUERA
Ponente : Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2048 APARTES DEL PARAGRAFO UNICO DEL ARTICULO 51 EN LA FRASE QUE DICE: "...estos de todas formas pagarán la cuota de compensación militar" DEL 11 DE OCTUBRE DE 1993, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1993, sobre el servicio de reclutamiento y movilización.

Providencia : Auto de 16 de septiembre de 1994
Expediente : 3048
Actor : JESUS MARIA RAMIREZ Y OTROS
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 21 DEL 23 DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Anula el Parágrafo 2o. del Artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 en su versión modificada por el Artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice: "para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal".

Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 5393
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 ARTICULO 21 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

ANULO EL PARAGRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 21 DEL DECRETO REGLAMENTARIO ACUSADO.

Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 5276
Actor : JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

DECRETO REGLAMENTARIO 2075 ARTICULO 21 DEL 23 DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Anula el Parágrafo 2o. del Artículo 21 del Decreto Reglamentario 2075 en su versión modificada por el Artículo 8o. del Decreto 2591 de 1993, que dice: "para el cálculo de la deducción teórica, de la suma de los activos no monetarios se deberá excluir el costo fiscal de los que no dieron origen a un ajuste crédito en la cuenta corrección monetaria fiscal". Mediante Auto de 18 de octubre de 1994 se adiciona a esta sentencia en el sentido de anular la expresión "...el costo fiscal de..." utilizada en el primer inciso del Artículo 21 del Decreto demandado.

Providencia : Sentencia de 16 de septiembre de 1994
Expediente : 5465
Actor : LIGIA SARMIENTO DE PEÑA
Ponente : Dr. JAIME ABELLA ZARATE

DECRETO REGLAMENTARIO 2076 APARTES DEL ARTICULO 1o. DEL 23 DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

Providencia : Auto de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 5728
Actor : CAMILO E. RAMIREZ BAQUERO Y OTROS
Ponente : Dr. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2314 DEL PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 9o. DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional.
Declaró nula la expresión "o, de su corrección según el caso".

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 5419
Actor : PAUL CAHN SPEYER W.
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECRETO REGLAMENTARIO 2433 LITERALES a) Y c) DEL ARTICULO 2o. DEL 29 OCTUBRE DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

Providencia : Auto de 5 de septiembre de 1994
Expediente : 2957
Actor : JAIME VIDAL PERDOMO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendida.

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 ARTICULOS 5o. INCISO 1o. Y 8o. PRIMERA PARTE DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993, proferido por el Gobierno Nacional. Estatuto Tributario.
Anula el Artículo 5o. Inciso 1o. del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, en la parte que dice: "después de este momento la corrección monetaria, los ajustes por diferencia en cambio y el reajuste del principal constituirán un

gasto deducible por corrección monetaria; los intereses y demás gastos financieros constituirán un gasto deducible".

Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 5312
Actor : ANTONIO GUTIERREZ JIMENEZ Y ALBERTO MUNERA CABAS
Ponente : Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECRETO REGLAMENTARIO 2657 DE OCTUBRE 26 DE 1964, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la refinación de petróleos.

Providencia : Auto de 4 de agosto de 1994
Expediente : 9496
Actor : HECTOR R. RODRIGUEZ PIZARRO
Ponente : Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA
Vigente.

MEMORANDOS

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DEL REINO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, DEL 28 DE JULIO DE 1993, sobre asistencia mutua con relación al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito por el Presidente de Colombia con el Primer Ministro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2931
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, de 3 de marzo de 1992, suscrito por la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, firmado en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, por la señora Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y por el señor Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.

Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2932
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL

GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, de 24 de julio de 1990, suscrito por el Ministro de Justicia de la República de Colombia y un funcionario de la República de los Estados Unidos de América.
Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2936
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, DEL 4 DE OCTUBRE DE 1991, sobre cooperación en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y delitos conexos, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.
Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2937
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 1991, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador.
Providencia : Auto de 27 de julio de 1994
Expediente : 2935
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, DEL 20 DE AGOSTO DE 1991, sobre cooperación judicial, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador.
Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2929
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA, DEL 31 DE AGOSTO DE 1991, sobre cooperación en investigación judicial suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala.

Providencia : Auto de 15 de julio de 1994
Expediente : 2928
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA, DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1991, sobre cooperación judicial, suscrito por el Ministro de Justicia de Colombia y el Ministro de Justicia de Cuba.
Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2933
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

ORDENANZAS

ORDENANZA 08 DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea de Santander, por la cual se faculta a la Contraloría General del Departamento para recibir ingresos de disposición libre e inmediata.
Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2970
Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anulada.

ORDENANZA 10 APARTES DE LOS INCISOS PRIMEROS DE LOS ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, sobre el presupuesto de rentas y recursos de capital y apropiaciones para gastos para la vigencia fiscal del 1o.de enero al 31 de diciembre de 1993.
Providencia : Sentencia de 22 de agosto de 1994
Expediente : 2716
Actor : CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE RISARALDA Y OTRO
Ponente : Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulada.

ORDENANZA 040 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, por la cual se fija el cupo de endeudamiento para la Contraloría Departamental de Santander, y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2859
Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : Dr. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

ORDENANZA 43 DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1990, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, por medio de la cual se conceden unas facultades al Gobernador de dicho Departamento, y **DECRETO 3780 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 1991,** expedido por el Gobernador de Antioquia, por el cual se crea el Fondo Prestacional de los empleados, trabajadores y pensionados, del citado departamento.

Providencia : Sentencia de 4 de agosto de 1994
Expediente : 2220
Actor : SINDICATO DE TRABAJADORES DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES

RESOLUCION REGLAMENTARIA 010 DE 24 DE JUNIO DE 1993, expedida por la Junta Directiva del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos "SISE".

Providencia : Auto de 4 de agosto de 1995.
Expediente : 9361
Actor : CAMILO E. CORTES BRUSHI
Ponente : DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Vigente.

RESOLUCION 010 ARTICULOS 3o., LITERALES a) y b), PARAGRAFO LITERAL c); 4o. 5o. y 6o. DEL 29 DE MARZO DE 1993, expedido por el Consejo Superior de Comercio Exterior, por la cual se dictaron disposiciones sobre la importación de muestras sin valor comercial y mercancías objeto de declaración de legalización.

MEDIANTE AUTO DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 1994, SE DENIEGA LA SOLICITUD DE ACLARACION Y ADICION IMPETRADA.

Providencia : Sentencia de 2 de septiembre de 1994
Expediente : 4903
Actor : RICARDO RADA GONZALEZ Y OTRO
Ponente : DR. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

RESOLUCION 012 ARTICULO 4o. DEL 3 DE JUNIO DE 1987, expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior del INCOMEX, por la cual se modifican las listas de libre importación y de licencia previa y se adoptan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 1273

Actor : OMAR AUGUSTO FERREIRA REY Y
JOSE EUDORO NARVAEZ VITERI
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 26 DEL 23 DE JULIO DE 1993, por la cual se cancela la personería jurídica a la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, **31 DEL 9 DE AGOSTO DE 1993,** por la cual se niega la personería jurídica al Movimiento Indígena Colombiano M.I.C. y la **38 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1993**, por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución 31 de 1993; expedidas por el Consejo Nacional Electoral.

Providencia : Sentencia de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2701
Actor : GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 031 ARTICULO 7o. DEL 3 DE FEBRERO DE 1981, expedida por el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte -INTRA-, por la cual se reglamentan los viajes ocasionales en vehículos tipo taxi vinculados al servicio urbano.

Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2967
Actor : LUIS ALEJANDRO ESPAÑA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCION 077 DEL 31 DE MAYO DE 1993, expedida por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos del Departamento Nacional de Planeación, por la cual se precisa el alcance del Decreto 1555 de 16 de julio de 1990, que establece una estructura nacional de tarifas para el servicio de energía eléctrica.

Providencia : Sentencia de 16 de agosto de 1994
Expediente : 2737
Actor : DIEGO FRANCO MOLINA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCIONES 0085 DEL 31 DE ENERO DE 1990, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se niega una solicitud de patente de invención, y **5198 DEL 4 DE JULIO DE 1990,** expedida por la misma entidad, por la cual se decide un recurso interpuesto contra la resolución anteriormente citada.

Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994

Expediente : 1837
Actor : SOCIEDAD KIMBERLY CLARK CORPORATION
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anuladas.

RESOLUCIONES 91 DEL 25 DE AGOSTO DE 1992 Y 118 DEL 10 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO, expedidas por el Consejo Nacional Electoral por medio de las cuales se declaró extinguida la personería jurídica del Movimiento Obrero Independiente Revolucionario -MOIR-.
Providencia : Sentencia de 7 de julio de 1994
Expediente : 2784
Actor : PARTIDO POLITICO MOVIMIENTO OBRERO REVOLUCIONARIO "MOIR"
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 113 DEL 4 DE JUNIO DE 1993, expedida por el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital -CORVIVIENDA- por la cual se declara de interés social el predio donde se halla ubicado el Barrio Jorge Eliécer Gaitán.
Providencia : Auto de 29 de julio de 1994
Expediente : 2946
Actor : CARMEN HELENA TAMARA GARCIA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 0130 ARTICULO 2o. DEL 25 DE JUNIO DE 1993, expedida por la Unidad Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de la cual se modifica el artículo 6o. de la resolución 408 de 31 de diciembre de 1992, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y contra la **CIRCULAR 003013 DE LA MISMA FECHA,** expedida por la misma entidad, por la cual se ordena la formulación de liquidaciones oficiales de corrección y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Sentencia de 15 de septiembre de 1994
Expediente : 2604
Actor : OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

RESOLUCIONES 150 Y 187 DE 1987, proferidas por el Procurador General de la Nación, mediante las cuales se varió la fecha fijada por la ley en que debían ser calificados los servicios de los funcionarios y empleados de la Fiscalía, de una parte, y de otra, porque quien ostentaba el poder reglamentario del Decreto 52 de 1987 no era

el Procurador General de la Nación, sino el Presidente de la República y el Consejo Superior de la carrera de las Fiscalías.

ANULA EL ARTICULO 5o. DE LA RESOLUCION 150 DE 26 DE JULIO DE 1989, EN CUANTO SE REFIERE A LA ELABORACION Y CALIFICACION DE PRUEBAS DE LOS FISCALES DE LOS JUZGADOS SUPERIORES Y DE CIRCUITO Y DE LOS EMPLEADOS DE LOS FISCALES.

Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 4676
Actor : VICTOR VELASQUEZ REYES
Ponente : DR. DIEGO YOUNES MORENO

RESOLUCIONES 000190 DEL 29 DE MARZO DE 1994, por la cual se dispone suspender la ejecución de unas partidas del presupuesto del Municipio de Envigado (Antioquia) correspondientes a la vigencia fiscal de 1994; **000312 DEL 19 DE MAYO DE 1994,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada, confirmándola; y **000549 DEL 29 DE JULIO DE 1994,** por la cual se prorroga la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del Municipio de Envigado (Antioquia); expedidas por la Veeduría del Tesoro Público.

Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 3028
Actor : MUNICIPIO DE ENVIGADO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigentes.

RESOLUCION 0191 ARTICULO 2o. DEL 30 DE AGOSTO DE 1991, por medio de la cual se efectúa el cobro de la tasa retributiva y **RESOLUCION 026 ARTICULO 1o. DEL 21 DE FEBRERO DE 1992,** por medio de la cual se desata un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada; expedidos por el Director del INDERENA -Regional Casanare-.

Providencia : Sentencia de 1o. de agosto de 1994
Expediente : 2792
Actor : SOCIEDAD ACERIAS PAZ DEL RIO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Anuladas.

RESOLUCION 192 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1993, dictado por el Concejo Municipal de Girardota -Antioquia-, por medio de la cual se decidió la solicitud de convocatoria sobre consulta popular y enviar la mencionada resolución al Tribunal Administrativo de Antioquia para lo de ley.

Providencia : Auto de 29 de julio de 1994
Expediente : 2851
Actor : CONCEJO DE GIRARDOTA

Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCIONES 195 DEL 17 DE JULIO DE 1992 Y 221 DEL 21 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO, expedidas por la Alcaldía Municipal de San Gil, mediante las cuales se otorga licencia de funcionamiento a la Empresa Cooperativa de Transportadores de Guanenta Ltda., por el término de un año.
Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2910
Actor : COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE SAN GIL LTDA.
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anulada.

RESOLUCION 000230 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por la Veeduría del Tesoro, por la cual se garantiza el manejo transparente de los recursos provenientes del Gobierno de Japón con destino a los damnificados por el invierno en el Departamento del Amazonas, impidiendo provisionalmente su uso.
Providencia : Sentencia de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 2763
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

RESOLUCION 0332 DEL 26 DE JULIO DE 1993, expedida por el Contralor General de Medellín, por la cual se asume el control fiscal sobre Gases de Antioquia Limitada -GASANTIOQUIA-.
Providencia : Auto de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 3023
Actor : SOCIEDAD GASES DE ANTIOQUIA LTDA.
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 000392 DEL 3 DE JUNIO DE 1994, expedida por la Veeduría del Tesoro, por la cual se impide que los recursos del Tesoro se desvíen hacia fines electorales.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ARTICULOS 4o. Y 5o. DE LA RESOLUCION ACUSADA.
Providencia : Auto de 29 de julio de 1994
Expediente : 2978
Actor : SILVIA ISABEL REYES CEPEDA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO

RESOLUCIONES 00447 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1988 Y 027 DE ENERO 24 DE 1989, proferidas por la Registraduría Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá-Norte y contra la **RESOLUCION 3252 DE 23 DE AGOSTO DE 1989**, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro, consistente en el Registro de Títulos Escriturarios corridos con las formalidades de ley ante Notario Público de la Ciudad de Bogotá.

Providencia : Sentencia de 12 de julio de 1994
Expediente : 1355
Actor : ELISEO GORDILLO TORRES
Ponente : LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCIONES 000481 DEL 14 DE JULIO DE 1994, por la cual se impide la reposición de recursos para las campañas presidenciales, **000527 Y 000528 DEL 28 DE JULIO DE 1994,** por medio de las cuales se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la resolución antes citada; expedidas por la Veeduría del Tesoro Público.

Providencia : Auto de 15 de septiembre de 1994
Expediente : 3049
Actor : REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendidas.

RESOLUCION 000526 DEL 27 DE JULIO DE 1994, expedida por la Veeduría del Tesoro, por la cual se prorroga la suspensión de ejecución de unas partidas del presupuesto del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, correspondientes a la vigencia fiscal de 1994.

Providencia : Auto de 30 de septiembre de 1994
Expediente : 3042
Actor : SANTIAGO CAYO ARGÜELLO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Suspendida.

RESOLUCION 587 DEL 31 DE JULIO DE 1992, expedida por el Senado de la República, por la cual se asumen transitoriamente por parte de la Mesa Directiva las funciones del Director General del H. Senado de la República.

Providencia : Auto de 14 de julio de 1994
Expediente : 2959
Actor : HERNANDO PINZON AVILA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 0699 DE 1993 INCISO 1o. DEL ARTICULO 6o. DEL 5 DE AGOSTO DE 1993 Y 1883 ARTICULO 3o. DEL 21 DE OCTUBRE DE 1993, expedidas por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las cuales se suspenden los términos de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias y de prescripción de las acciones.

Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 5275
Actor : EMILIO WILLS CERVANTES Y CAMILO CORTES GUARIN
Ponente : DR. JAIME ABELLA ZARATE
Vigente.

RESOLUCION 699 ARTICULOS 6o. Y 8o. DEL 5 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se suspende los términos de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias y de prescripción de la sanción.

Providencia : Sentencia de 19 de agosto de 1994
Expediente : 5102
Actor : JAIME HORTA DIAZ
Ponente : DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

RESOLUCIONES 719 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, 150 DEL 12 DE ABRIL DE 1993, 545 DEL 4 DE OCTUBRE DE 1993 Y 663 DEL 10 DE DICIEMBRE DE 1993, expedidas por la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D. C., por las cuales se suspendió y canceló la personería jurídica de la Asociación Colegio San Luis Rey.

Providencia : Auto de 24 de agosto de 1994
Expediente : 3020
Actor : ASOCIACION COLEGIO SAN LUIS REY
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 00891 DEL 23 DE MAYO DE 1989 Y 1147 DEL 15 DE JULIO DE 1990, expedida por el Instituto Nacional de Transporte, mediante las cuales se autorizó el servicio público de transporte a la Empresa AUTOBOY S.A., en la ruta Bogotá-Ocaña (Vía Bucaramanga-Aguachica) y viceversa, y se resolvió negativamente el recurso de reposición formulado por la actora.

Providencia : Sentencia de 14 de julio de 1994
Expediente : 1556
Actor : COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES OMEGA LIMITADA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Anuladas.

RESOLUCION 1075 DEL 14 DE MAYO DE 1993, expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, por la cual se ordena la restitución de unos bienes de uso público.

Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2961
Actor : RODOLFO FERREIRA CORONEL
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCIONES 1205 DEL 07 DE SEPTIEMBRE DE 1993, por medio de la cual se destina provisionalmente en custodia al Ministerio de Defensa Nacional la aeronave con matrícula HK 2478P y **0533 DEL 8 DE ABRIL DE 1994,** por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada; expedidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Providencia : Auto de 24 de agosto de 1994
Expediente : 3009
Actor : MARTHA GONZALEZ FORERO
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCIONES 001247 Y 013 DEL 13 DE FEBRERO DE 1989, emanadas de la primera de la Gerencia General y la segunda de la Junta Directiva del INCORA, respectivamente, por medio de las cuales se decreta y aprueba a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio privado sobre la totalidad del predio rural denominado Las Cruces, ubicado en jurisdicción del Municipio de San Andrés de Sotavento, Departamento de Córdoba.

Providencia : Sentencia de 2 de septiembre de 1994
Expediente : 5897
Actor : SANTA ISABEL PACHECO Y OTRO
Ponente : DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Anuladas.

RESOLUCION 1336 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se reglamenta el Decreto 1851 de 1993.

Providencia : Sentencia de 16 de agosto de 1994
Expediente : 2674
Actor : MARCO ANTONIO FONSECA RAMOS
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 2094 DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Alcaldía Municipal de Pereira, por medio de la cual se ordena la restitución de un bien

de uso fiscal, ocupado por los señores Carmen Rosa Henao y Alberto Zuleta Marulanda.
Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2778
Actor : ALBERTO ZULETA MARULANDA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 2630 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1992, por la cual se impone una sanción, y **1228 DEL 2 DE JULIO DE 1993,** por la cual se resuelve un recurso interpuesto contra la resolución anteriormente referenciada; expedidas por la Electrificadora del Atlántico.
Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 2692
Actor : HUMBERTO TORO SEGURA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 4069 DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1988, por la cual se niega a la parte actora una solicitud de imposición administrativa de servidumbre de acueducto sobre algunos predios, así como el otorgamiento a su favor de parte de la concesión de aguas del Río Bogotá que la CAR le dio al Doctor Luis E. Castillo de La Parra, y **1809 DEL 19 DE ABRIL DE 1989,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada; expedidas por la Corporación Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-.
Providencia : Sentencia del 22 de septiembre de 1994
Expediente : 2776
Actor : CARLOS ALBERTO OLIVEROS GOMEZ Y SOCIEDAD GARDEN AND FLOWERS LIMITADA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 04560 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, por la cual se ordena la publicación de disponibilidad de horarios en las rutas Bucaramanga-Medellín y viceversa (vía Puerto Berrío), y Bucaramanga-Medellín y viceversa (vía Puerto Boyacá), a solicitud de la Cooperativa Santandereana de Transportadores Limitada.
Providencia : Sentencia de 15 de septiembre de 1994
Expediente : 2759
Actor : TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S. A.
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 06473 DEL 25 DE JULIO DE 1988, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, por la cual se concede el registro de la marca "GAMABENCENO" (Etiqueta).

Providencia : Auto de 19 de agosto de 1994
Expediente : 2535
Actor : SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCIONES 06751 ARTICULO 2o. DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 1991, por la cual se concede parcialmente la patente de invención consistente en método para producir una composición sólida coloreada que contiene halógeno y **1962 DE 29 DE OCTUBRE DE 1992,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada, confirmándola; expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Providencia : Auto de 30 de septiembre de 1994
Expediente : 2866
Actor : SOCIEDAD PPG INDUSTRIAS INC.
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

RESOLUCIONES 07902 DEL 9 DE JULIO DE 1992, por la cual se cancela la inscripción a Luis Jaime Poveda Medina en el Registro de Constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte; **11469 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 1992,** por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada y **00181 DEL 18 DE ENERO DE 1993,** por la cual se resuelve el recurso de apelación contra la resolución 07902 de 9 de julio de 1992; expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2482
Actor : LUIS JAIME POVEDA MEDINA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 10731 DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 1986, expedida por el Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas en asocio con el Jefe de la División Legal de Cobranzas, mediante la cual se distribuyó la contribución de valorización causada por la construcción y pavimentación de la segunda calzada de la carretera Cali-Palmira, en el Departamento del Valle del Cauca.

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 5490
Actor : AGROGUACHAL S. A.

de uso fiscal, ocupado por los señores Carmen Rosa Henao y Alberto Zuleta Marulanda.
Providencia : Auto de 28 de julio de 1994
Expediente : 2778
Actor : ALBERTO ZULETA MARULANDA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 2630 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1992, por la cual se impone una sanción, y **1228 DEL 2 DE JULIO DE 1993,** por la cual se resuelve un recurso interpuesto contra la resolución anteriormente referenciada; expedidas por la Electrificadora del Atlántico.
Providencia : Auto de 12 de julio de 1994
Expediente : 2692
Actor : HUMBERTO TORO SEGURA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 4069 DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1988, por la cual se niega a la parte actora una solicitud de imposición administrativa de servidumbre de acueducto sobre algunos predios, así como el otorgamiento a su favor de parte de la concesión de aguas del Río Bogotá que la CAR le dio al Doctor Luis E. Castillo de La Parra, y **1809 DEL 19 DE ABRIL DE 1989,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada; expedidas por la Corporación Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-.
Providencia : Sentencia del 22 de septiembre de 1994
Expediente : 2776
Actor : CARLOS ALBERTO OLIVEROS GOMEZ Y SOCIEDAD GARDEN AND FLOWERS LIMITADA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 04560 DEL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-, por la cual se ordena la publicación de disponibilidad de horarios en las rutas Bucaramanga-Medellín y viceversa (vía Puerto Berrío), y Bucaramanga-Medellín y viceversa (vía Puerto Boyacá), a solicitud de la Cooperativa Santandereana de Transportadores Limitada.
Providencia : Sentencia de 15 de septiembre de 1994
Expediente : 2759
Actor : TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S. A.
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 06473 DEL 25 DE JULIO DE 1988, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, por la cual se concede el registro de la marca "GAMABENCENO" (Etiqueta).

Providencia : Auto de 19 de agosto de 1994
Expediente : 2535
Actor : SOCIEDAD LABORATORIOS ASOMECO LTDA.
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCIONES 06751 ARTICULO 2o. DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 1991, por la cual se concede parcialmente la patente de invención consistente en método para producir una composición sólida coloreada que contiene halógeno y **1962 DE 29 DE OCTUBRE DE 1992,** por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada, confirmándola; expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Providencia : Auto de 30 de septiembre de 1994
Expediente : 2866
Actor : SOCIEDAD PPG INDUSTRIAS INC.
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigentes.

RESOLUCIONES 07902 DEL 9 DE JULIO DE 1992, por la cual se cancela la inscripción a Luis Jaime Poveda Medina en el Registro de Constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte; **11469 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 1992,** por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada y **00181 DEL 18 DE ENERO DE 1993,** por la cual se resuelve el recurso de apelación contra la resolución 07902 de 9 de julio de 1992; expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2482
Actor : LUIS JAIME POVEDA MEDINA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION 10731 DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 1986, expedida por el Subdirector de Valorización del Ministerio de Obras Públicas en asocio con el Jefe de la División Legal de Cobranzas, mediante la cual se distribuyó la contribución de valorización causada por la construcción y pavimentación de la segunda calzada de la carretera Cali-Palmira, en el Departamento del Valle del Cauca.

Providencia : Sentencia de 5 de agosto de 1994
Expediente : 5490
Actor : AGROGUACHAL S. A.

Ponente : DR. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Anulada.

RESOLUCION 010911 PARAGRAFOS 1o. 2o. Y 3o. DEL ARTICULO 5o. Y DEL ARTICULO 6o. DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por el Ministerio de Salud, por la cual se determinan los requisitos para apertura y traslado de las droguerías o farmacias droguerías.

Providencia : Sentencia de 15 de julio de 1994
Expediente : 2377
Actor : RODRIGO PALMA VENGOECHEA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 40266 Y 40267 DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1983, 40613 Y 40613a DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1983, expedidas por el Director Administrativo de Catastro Distrital. Avalúos Catastrales.

Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2717
Actor : URBANIZADORA LAS SIERRAS DEL CHICO
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCIONES EJECUTIVAS 66 DEL 09 DE JUNIO DE 1994, por la cual se decide sobre una solicitud de extradición, y **102 DEL 05 DE AGOSTO DE 1994,** mediante la cual se decide el recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada, confirmándola; expedidas por el Gobierno Nacional.

Providencia : Auto de 12 de septiembre de 1994
Expediente : 3044
Actor : PAOLO RAFE GUISEPINA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

RESOLUCION R-016 DEL 23 DE JULIO DE 1993, expedida por la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se atribuyen algunas Procuradurías Delegadas y a las Procuradurías Departamentales y Provinciales funciones para el conocimiento de los procesos disciplinarios que se adelanten contra empleados o funcionarios de la Rama Judicial.

Providencia : Auto de 12 de agosto de 1994
Expediente : 2614
Actor : JOSE LENIN STRUSBERG
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

OTROS ACTOS

CARTA CIRCULAR 025 DE 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual se da instrucciones sobre determinación y giro de las utilidades de sorteos ordinarios, extraordinarios y apuestas permanentes, a los miembros de Junta Directiva, Representantes Legales y Revisores Fiscales de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administren loterías.

Providencia : Sentencia de 23 de septiembre de 1994
Expediente : 2748
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECISION TOMADA POR EL CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES EN SU SESION DE 7 DE JUNIO DE 1993, CONTENIDA EN EL ACTA 08 DEL MISMO AÑO, mediante la cual se ordenó incluir en el registro de patrimonio histórico de la Nación la casa localizada en la carrera 7 No. 72-49 de Santafé de Bogotá, D. C.

Providencia : Auto de 5 de agosto de 1994
Expediente : 2871
Actor : SOCIEDAD AGUSTIN ARANGO SANIN Y COMPAÑIA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECLARACION DE INTENCION DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, SUSCRITA EN WASHINGTON EL 25 DE FEBRERO DE 1991, por el entonces Ministro de Justicia de Colombia y un funcionario del Gobierno de los Estados Unidos de América.

Providencia : Auto de 27 de julio de 1994
Expediente : 2930
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

LICENCIAS DE CONSTRUCCION 00044641 DE 14 DE ABRIL DE 1989 Y 0006208 DE 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1989, expedidas por la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá, División de Control concedidas a INTERFUTURO LTDA.

Providencia : Sentencia de 28 de julio de 1994
Expediente : 2846
Actor : GONZALO ROMERO MANTILLA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

OFICIO 0835 DEL 30 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y **OFICIO SIN NUMERO DEL 6 DE JULIO DE 1994,** expedido por el Presidente de la República, en respuesta al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, con una terna inconstitucional y extemporánea.

Providencia : Auto de 30 de agosto de 1994
Expediente : 2980
Actor : JUAN MANUEL PEÑA DAVILA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

OFICIO 463080 DE 31 DE MARZO DE 1989, expedido por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por medio del cual se procedió a la revocatoria directa de la liquidación No. 452487 de 21 de diciembre de 1988.

Providencia : Sentencia de 9 de septiembre de 1994
Expediente : 2880
Actor : SOCIEDAD IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA DE MATERIAS PRIMAS MANUFACTURAS Y ALIMENTOS LTDA. "IMDIAL LTDA".
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ORDEN ADMINISTRATIVA 0001 INCISO CUARTO DEL NUMERAL 3.2.1. CAPITULO 1 DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992, expedida por la Unidad Administrativa Especial -Dirección de Aduanas Nacionales- por la cual se fijan los procedimientos para el desarrollo de la inspección aduanera en los lugares de arribo y antes del levante de la mercancía.

Providencia : Auto de 6 de septiembre de 1994
Expediente : 3027
Actor : OSCAR MAURICIO BUITRAGO RICO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RENGLONES 40 Y 35 para liquidar la contribución especial del 25% del formulario de declaración de renta de sociedades y personas naturales, respectivamente.

DECRETO LA NULIDAD DE LAS INSTRUCCIONES SIGUIENTES CONTENIDAS EN LOS FORMULARIOS DE LAS DECLARACIONES DE RENTA POR EL AÑO GRAVABLE DE 1993: "RENGLON 39X25%" CONTENIDA EN EL RENGLON 40 DEL FORMULARIO DIAN-77-001.93 (GRANDES CONTRIBUYENTES, SOCIEDADES Y ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO). "RENGLON 34X25%" CONTENIDA EN EL RENGLON 35 DEL FORMULARIO DIAN-77.002.93 (PERSONAS NATURALES Y SUCESIONES ILIQUIDAS).

Providencia : Sentencia de 26 de agosto de 1994
Expediente : 5457
Actor : RAFAEL ARENAS ANGEL
Ponente : DR. JAIME ABELLA ZARATE

Este libro se terminó de imprimir
en los Talleres de la Empresa
Editorial de Cundinamarca,
Antonio Nariño, EDICUNDI,
en el mes de diciembre de 1995