CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXXIX
SEGUNDA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1994

RELATORA: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: R-006685

NUMERO CLASIFICACION

COMPRA___ CANJE__ DONACION__

FECHA: 27 AGO. 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA: CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

PAIS:

E/1

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

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE

1994

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Nubia González Cerón
(Hasta el 15 de noviembre)

Dra. Mercedes Tovar de Herrán
(Desde el 16 de noviembre)

SECCION PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

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

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos Arturo 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
(Hasta el 15 de noviembre)
Dra. Nubia González Cerón
(Desde el 16 de noviembre)

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 Pena de Méndez
10a. Dra. Alicia Rubiano Amézquita

RELATORA

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar

SECCION
SEGUNDA

PARTE DEMANDADA/NACION-Representación Jurídica/**RAMA JUDICIAL/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

La parte demandada es en efecto la Nación, como lo dijo la accionante, pero su representante es ahora el Consejo Superior de la Judicatura, en razón de ser éste el ente encargado por el Decreto 2652 de 1991 de adelantar las actividades administrativas de la rama judicial y de ejecutar su presupuesto (Art. 13), función que anteriormente cumplía el Ministerio de Justicia. Por ello, lo dispuesto en el numeral 4 del art. 15 *ibídem* "llevar la representación jurídica de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura", como una de las atribuciones del Director Nacional de la Administración Judicial, debe entenderse para toda la rama judicial, como quiera que el evento de prosperar la demanda, sería su presupuesto el afectado.

INADMISION DE LA DEMANDA-Improcedencia/**DESIGNACION DE LA PARTE DEMANDADA**-Error

No encuentra la sala que el error de la designación del representante judicial de la Nación amerite la inadmisión de la demanda, pues encontrándose correctamente citada la demanda, lo que procedía es que por vía de interpretación se hubiera ordenado la notificación al representante que correspondía para este caso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 10.044.- Apelación Interlocutorio. Actor: Doris Delvy Quevedo Castillo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 24 de marzo de 1994, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Meta inadmitió la demanda.

Adujo el *a-quo* que por auto de Sala Unitaria ordenó corregir la demanda, por cuanto la Nación, como parte demandada no fue adecuadamente llamada al proceso por medio del organismo encargado de adelantar la actividad administrativa de la Rama Judicial y del funcionario específico que representa jurídicamente a la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, conforme al artículo 256 de la Constitución Nacional y a los artículos 13 y 15 -ord. 4o.- del Decreto 2652 de 1991 y que como la actora reiteró en el escrito de corrección, que la demandada es la Nación - Ministerio de Justicia, no es posible que el Tribunal notifique de oficio a organismo distinto.

EL RECURSO:

Alega la apelante que el artículo 143 del C.C.A. se refiere a la inadmisión de la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en las normas respectivas y que el Artículo 137 *ibídem* establece que toda demanda contendrá "La designación de las partes y de sus representantes", que es un requisito formal que en el presente caso cumple, al decir que la demanda se promueve contra la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia), por lo cual no adolecía de ningún defecto formal, no obstante lo cual el Ponente ordenó la corrección del libelo para que designara las partes, a lo cual se dio cumplimiento de la misma manera que en la demanda.

Dice que reunidos los requisitos formales de la demanda, ésta debió admitirse debiendo dejar para la sentencia el análisis de fondo relativo a la designación de la parte. Hace un cuestionamiento sobre la garantía que tiene el demandante para aclarar o corregir la demanda, conforme al artículo 208 del C.C.A. Y agrega que la decisión no se limitó a cumplir los citados artículos 137 y 143, sino que "se apresuró al fallo", confundiendo los requisitos formales con los de fondo que deben analizarse en la sentencia.

Argumenta que quien representa a la Nación, tratándose de la Rama Judicial es el Ministerio de Justicia, de acuerdo con el artículo 149 del C.C.A. y que el Artículo 256 de la Constitución Nacional no señala entre las funciones del Consejo Superior de la Judicatura la representación de la Nación en el caso de ser demandada por la vía contencioso administrativa y que el Decreto 2652 de 1991 tampoco lo hace porque la representación judicial a que alude el numeral 4o. del Artículo 15 se refiere es a las actividades administrativas y a la ejecución del presupuesto de la Rama Judicial.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Lo primero que debe anotar la Sala es que la parte demandada es en efecto la Nación, como lo dijo la accionante, pero su representante es ahora el Consejo Superior de la Judicatura, en razón de ser este el ente encargado por el Decreto 2652 de 1991 de adelantar las actividades administrativas de la Rama Judicial y de ejecutar su presupuesto (Art.13), función que anteriormente cumplía el Ministerio de Justicia. Por ello lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 15 *ibídem* "Llevar la representación jurídica de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura", como una de las atribuciones del Director Nacional de Administración Judicial, debe entenderse para toda la Rama Judicial, como quiera que en el evento de prosperidad la demanda, sería su presupuesto el afectado. En este sentido tuvo entonces razón el Tribunal.

No obstante lo anterior, no encuentra la Sala que el error en la designación del representante judicial de la Nación amerite la inadmisión de la demanda, pues encontrándose correctamente citada la demandada, lo que procedía es que por vía de interpretación se hubiera ordenado la notificación al representante que correspondía para este caso.

En consecuencia, la Sala habrá de revocar el auto apelado y en su lugar dispondrá la admisión de la demanda.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

1o. REVOCASE el auto de 24 de marzo de 1994, proferido dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo del Meta.

2o. ADMITESE LA DEMANDA instaurada por DORIS DELVY QUEVEDO CASTILLO contra "LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE JUSTICIA)" (sic).

Para ello se DISPONE:

a) NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al Director Nacional de Administración Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del C.C.A.

b) NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al Agente del Ministerio Público ante el Tribunal.

c) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en el numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

d) Solicítese a la entidad demandada el envío de los antecedentes administrativos.

e) Si el Tribunal lo estima pertinente ordenará el depósito a que se refiere el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A.

El Tribunal dará cumplimiento a lo ordenado en los literales a), b), c), y d).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue considerada por la Sala en sesión del veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación/**AUXILIO DE CESANTIAS/ REGIMEN ESPECIAL DE CESANTIAS**-Acogimiento/**PLAZO/COMUNICACION**

Al confrontar la Sala lo dispuesto en el art. 1o. del Decreto 1176 con el parágrafo del artículo 98 de la ley 50 de 1990, encuentra que la norma reglamentaria excedió este precepto legal, ya que la ley al no haber establecido oportunidad para ello, le permite al trabajador comunicar por escrito al empleador, en cualquier momento, la fecha a partir de la cual acoge al nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, sin la limitación del mes de antelación que establece la norma reglamentaria.

AUXILIO DE CESANTIAS-Liquidación

Lo dispuesto en el citado artículo 2o. no excede la potestad reglamentaria, pues es lógico que al trabajador vinculado por contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la vigencia de la ley 50 de 1990, que se acoja al régimen especial de auxilio de cesantía establecido en el numeral 2o. del artículo 98 de la ley, se le aplique en su integridad este nuevo sistema creado por la ley 50, procediéndose previamente a la liquidación definitiva de esa prestación correspondiente al período regido por el anterior sistema, mas si se tiene en cuenta que su valor no continúa en manos del empleado, sino que debe pasar al fondo que indique el trabajador.

INTERESES A LA CESANTIA-Régimen Aplicable

Como el numeral 2o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 determina la forma como el empleador cancelará al trabajador los intereses legales,

en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, ello quiere decir que el trabajador que decida someterse al nuevo régimen de esta prestación, para la liquidación de los intereses por este concepto, continuará comprendido por la Ley 52 de 1975. El artículo 2 no hizo otra cosa que precisar, dentro del marco legal, la forma como el empleador debe proceder a efectuar la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, cuando el trabajador vinculado por contrato de trabajo con anterioridad a la vigencia de la ley 50 de 1990, decide acogerse al nuevo régimen especial.

AUXILIO DE CESANTIAS-Consignación/FONDO DE CESANTIAS/INTERESES A LA CESANTIA-Entrega

Es de la naturaleza del nuevo régimen especial que las sumas correspondientes al auxilio de cesantía se consignen en el fondo escogido por el trabajador, con el fin de garantizarle una adecuada rentabilidad, regla igualmente aplicable al empleado vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990 que decida acogerse al nuevo régimen de tal auxilio; pues como ya se anotó, el nuevo sistema debe abarcar en su integridad al referido empleado cuando adopte tal determinación. Así pues, al trabajador que se acoge al nuevo régimen, se le aplica en su integridad lo que al respecto dispone el sistema consagrado en la Ley 50 de 1990, ordenando la consignación del auxilio de cesantía en el fondo; y el pago de intereses legales (que determina la ley 52 de 1975), los cuales se entregarán directamente al trabajador, dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio, como lo ordena el inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto 1176 de 1991, sin que por la circunstancia de precisarse el término en que procede dicha entrega, haya exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

INTERESES A LA CESANTIA-Conclusión/SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS

El numeral 2o. del artículo 99 de la Ley 50 establece que el empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantías, en relación con la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. Dichos términos son los previstos en el inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 52 de 1975. Para la Corporación es claro que la Ley 50 de 1990 no consagró la obligación al empleador de pago de los intereses aunque hace mención el artículo 4 del Decreto 1176 de 1991, como sí lo estableció el artículo 101 de esa ley para las sociedades administradoras de fondos de cesantías. De ahí, que se dispondrá la nulidad de este artículo.

CESANTIAS-Liquidación/**CESANTIAS**-Consignación/**PLAZO/INTERESES POR RETARDO**-Improcedencia/**NUEVO REGIMEN DE CESANTIAS**-Objeto

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ordena que el valor liquidado por concepto de cesantía se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste disponga; y que el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. La Ley 50 de 1990 no dispuso para el evento previsto en el artículo 6o. demandado, el reconocimiento de intereses distintos del 12% anual, por lo que en este asunto igualmente el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria. No se discute que el propósito del legislador al establecer el nuevo régimen de cesantía fue el de obtener para los trabajadores una mayor rentabilidad de la prestación, pero ello no puede servir de base para que el reglamento establezca obligaciones a cargo de los empleadores, que la ley no creó, ni puede perderse de vista que, por vía general y abstracta, únicamente la Constitución o la ley pueden consagrar obligaciones; que por el mismo motivo no es dable pensar en la existencia de ellas de manera tácita o implícita en dichas normas, para que el reglamento pueda hacerlas expresas, pues ello conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica; siendo irrebatible que el reglamento puede llenar los vacíos y detalles que la ley no previó, éstos sólo pueden referirse a los medios para que los mandatos de ella se cumplan, pero en manera alguna puede considerarse que la creación de una obligación no determinada por el legislador, sea un mero vacío o detalle, para que el reglamento pueda crearla.

FONDO DE CESANTIAS-Funciones/**AUXILIO DE CESANTIAS**-Rentabilidad

El inciso 3 del artículo 101 de la Ley 50 de 1990 alude a la rentabilidad que debe dar el fondo y no empleador, sobre el valor liquidado por concepto de cesantía que se deberá consignar por éste antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. Por consiguiente, en tales circunstancias, el empleador tiene solamente la obligación de consignar la cesantía del trabajador al respectivo fondo, de conformidad con el valor establecido en la ley, y en caso de no hacerlo así, en los términos indicados, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. Al haberse excedido el Ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el artículo 6o del Decreto 1175 de 1991, deberá anularse, como lo solicita la agencia del Ministerio Público, en su concepto de fondo de 25 de agosto de 1992.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expedientes Nos. 5908 y 5983. Acumulación Procesos Decretos del Gobierno. Actor: Carlos Alvarez Pereira y Luis Felipe Arana Madriñán.

Procede la Sala a decidir los procesos acumulados de la referencia, en los cuales se impetra la nulidad de algunos apartes del Decreto 1176 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República.

CONTENIDO DE LA DEMANDA EN EL PROCESO No. 5908

El ciudadano Carlos Alvarez Pereira, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., solicita se declare la nulidad de los artículos 4o. y 6o. del Decreto 1176 del 6 de mayo de 1991 proferido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad conferida en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta de 1886, por el cual se reglamentan el parágrafo del artículo 98 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (folio 2, expediente No.5908).

En el escrito introductorio sostiene que el Decreto 1176 de 1991 en sus artículos 4o. y 6o., excedió la potestad reglamentaria establecida en la Constitución y creó unas obligaciones nuevas para los empleadores no consagradas en las normas de la Ley 50 de 1990; que la potestad reglamentaria de que invistió al Jefe del Estado la Carta de 1886 en el ordinal 3o. de su artículo 120, no lo facultaba para modificar o adicionar las Leyes, sino simplemente para reglamentarlas; que dicho precepto constitucional, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y los principios sobre jerarquía de las reglas de derecho determinan los límites de la potestad reglamentaria, respecto de lo cual existe abundante jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia; que ni el parágrafo del artículo 98 ni el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 señalaron la obligación para los empleadores de pagar intereses distintos al 12% anual o proporcional por fracción, de acuerdo con lo establecido en la Ley 12 de 1975; que en ejercicio abusivo e ilegal de la potestad reglamentaria, el ejecutivo creó una nueva obligación no prevista en la ley, a los empleadores de aquellos trabajadores que voluntariamente se han acogido al régimen del auxilio de cesantía, indicado en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y que se encontraban vinculados a ellos con anterioridad al 1o. de enero de 1991; que igual cosa ocurre con el artículo 6o., pues las obligaciones para los empleadores de aquellos trabajadores vinculados con anterioridad al 1o. de enero de 1991, pero que voluntariamente se acogieron al nuevo régimen del auxilio de cesantía, están expresamente consagradas en los numerales 1o., 2o. y 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y que como se puede leer claramente en el numeral 3o., la única obligación establecida para los empleadores a 31 de diciembre de cada año, es la del pago de los intereses legales indicados en la Ley 12 de 1975 y la consignación del auxilio de cesantía en los fondos que la misma crea; que del propio análisis de la exposición de motivos de la Ley

50 de 1990, se desprende que el legislador simplemente mantuvo el régimen de intereses legales establecidos en la Ley 12 de 1975 para todo el régimen del auxilio de cesantía nuevo y que se pagará a través de los fondos, por lo que no se entiende cómo mediante la facultad reglamentaria puede ni más ni menos que crearse una nueva obligación para los empleadores colombianos, cuando el legislador quiso lo contrario, es decir, limitar la obligación del empleador al pago de los intereses establecidos en la ley 12 de 1975.

Suspensión provisional.

En la demanda se solicitó además la suspensión provisional de los actos enjuiciados (fls. 10 a 12 *ibídem*), la cual fue denegada mediante auto del 8 de agosto de 1991 (fls. 14 a 16 *ibídem*), decisión que una vez recurrida (fls. 18 y 19 *ibídem*) fue confirmada por auto del 2 de octubre del mismo año (fls. 21 a 23 *ibídem*).

CONTENIDO DE LA DEMANDA EN EL PROCESO No. 5983

Por su parte el ciudadano Luis Felipe Arana Madriñán, en ejercicio de la misma acción, solicita la nulidad de los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 del aludido Decreto 1176 de 6 de agosto de 1991 (fl. 2, expediente No. 5983).

En el libelo manifiesta que el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990 reglamentado por el Decreto 1176, disposición que fue dictada en abierta y ostensible extralimitación de la facultad reglamentaria que tiene el Gobierno, y por ende, deberá se declarada por el Consejo de Estado la nulidad total del decreto impugnado; que el artículo 1o. del aludido Decreto 1176, en claro exceso de la potestad reglamentaria, determina el procedimiento que debe seguir el empleado que vinculado por contrato de trabajo con antelación a la vigencia de la Ley 50 de 1990 quiera acogerse al nuevo régimen de cesantías, indicando que deberá hacerse por escrito con una anticipación no inferior a un mes a la fecha a partir de la cual se acoge al referido régimen; que al imponer ese plazo, hubo extralimitación de la facultad reglamentaria, pues el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990 simplemente consagró la necesidad de la comunicación escrita y la fecha a partir de la cual se acogen al nuevo régimen de cesantías, dejando la posibilidad de que la fecha escogida sea hacia el futuro o incluso de manera retroactiva, y nada impide en el momento presente que un trabajador exprese a su empleador la decisión de acogerse al nuevo régimen en forma retroactiva, por ejemplo, al 1o. de enero de 1991, fecha en que entró en vigencia dicha ley; que el artículo 2o. del decreto acusado también presenta un exceso de la facultad reglamentaria, puesto que la Ley 50 de 1990 no estableció que al trabajador con contrato de trabajo vigente antes del 1o. de enero de 1991, al manifestar su intención de acogerse al nuevo régimen, deberá hacérsele una liquidación definitiva del auxilio de cesantías, junto con sus intereses legales, lo cual viola ostensiblemente el artículo 1o. de la Ley 52 de 1975, como sí lo hizo en cambio dicha ley con la estipulación del salario integral; que el artículo 3o. del Decreto 1176 igualmente presenta un exceso de la facultad reglamentaria, ya que ningún artículo de la Ley 50 de 1990 señala la obligación de

consignar las cesantías que se hayan causado a la fecha en que el trabajador manifiesta su voluntad de acogerse al nuevo régimen, en el fondo respectivo, ni mucho menos la de entregar directamente los intereses dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía; que el mismo decreto en su artículo 3o. ha generado la obligatoriedad de consignar la cesantía causada hasta la fecha en que se decida acogerse al régimen de la Ley 50 de 1990, en el fondo escogido por el empleado, obligatoriedad que ni filosófica ni jurídicamente fue contemplada por el legislador, además de haber modificado de manera ilegal el artículo 1o. de la Ley 52 de 1975; que el mencionado decreto en su artículo 4o, nuevamente abusando de la potestad reglamentaria, pretende imponerle al empleador el pago de unos intereses comerciales sobre el valor que debe consignarse en el fondo, siendo que la Ley 50 nunca consagró el cobro de tales intereses, ni le otorgó a las sociedades administradoras de los fondos de cesantía, la facultad de liquidarlos y cobrarlos; que el plazo a que hace referencia el artículo 6o. del decreto 1176 de 1991 es el comprendido entre el 31 de diciembre y el 15 de febrero del año siguiente, plazo de gracia que estableció la Ley 50 para que el empleador consignara en el fondo respectivo, las cesantías causadas y liquidadas a 31 de diciembre de cada año; que ese plazo dado por el legislador fue consagrado sin ningún tipo de interés ni legal ni comercial, por lo que la imposición hecha por el artículo 6 aludido, constituye obviamente una extralimitación del gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El demandante concluye diciendo que en este asunto la violación se produce por infracción directa de la ley, por errores evidentes de derecho, al existir exceso en la facultad reglamentaria al proferirse el Decreto 1176 de 1991, el cual infringió "los artículos 1 y 2 de la Ley 52 de 1975, los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 120 de la Constitución Nacional". (fl. 11 *ibídem*).

Suspensión provisional.

En el escrito demandatorio se pidió la suspensión provisional de los artículos enjuiciados (fls. 13 a 25 *ibídem*) y por auto del 8 de octubre de 1991 (fls. 26 a 35 *ibídem)* se dispuso suspender provisionalmente, la frase **"con una anticipación no inferior a un (1) mes"**, contenida en el artículo 1o., al igual que el artículo 4o. y el artículo 6o. del decreto mencionado, negándose la suspensión provisional de lo demás del artículo 1o. y de los artículos 2o. y 3o. del mismo decreto (fl. 34), decisión que al ser recurrida por el apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fls. 46 a 50 *ibídem*) fue confirmada mediante auto del 18 de febrero de 1992 (fls. 56 a 61 *ibídem*).

CONTESTACION DE LAS DEMANDAS

El apoderado de la Nación en los escritos de contestación de las demandas (fls. 29 a 32 expediente No. 5908 y 68 a 73, expediente No. 5983) expresa, por los motivos allí consignados, que en el caso ***sub-judice*** el ejecutivo no ha desbordado su poder reglamentario, razón por la cual a su juicio no se debe acceder a las pretensiones formuladas.

ACUMULACION

Por auto de 9 de junio de 1992 (fls. 44 a 46 expediente No. 5908), a solicitud de la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado (fl. 41 *ibídem*), la Sala decretó la acumulación del proceso 5983 al 5908 ya citado, por cumplirse en este asunto los requisitos señalados en el artículo 52 del decreto 2651 de 1991, en armonía con lo dispuesto en el artículo 82 del C. de P.C.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado solicita la nulidad del artículo 1o. del decreto 1176 en la frase que dice "con una anticipación no inferior a un mes", el artículo 2o., el inciso 2o. del artículo 3o., el artículo 4o. y el artículo 6o. del citado decreto, porque a su juicio el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por las razones que plantea la agencia del Ministerio Público en conceptos emitidos el 20 de febrero de 1992 y el 25 de agosto del mismo año (folios 36 a 41, expediente No. 5908 y 75 a 80 expediente No. 5983).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar la legalidad de los artículos 1, 2, 3, 4 y 6 del decreto 1176 de 6 de mayo de 1991 proferido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamentan el parágrafo del artículo 98 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El texto de los artículos demandados, es el siguiente:

> "Artículo 1o. Los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 1o. de enero de 1991 que, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, se acojan voluntariamente al régimen especial del auxilio de cesantía previsto en los artículos 99 y siguientes de la misma ley, comunicarán por escrito al respectivo empleador, con una anticipación no inferior a un (1) mes, la fecha a partir de la cual se acogen a dicho régimen.
>
> Artículo 2o. Recibida la comunicación de que trata el artículo anterior, el empleador deberá efectuar la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, junto con sus intereses legales, hasta la fecha señalada por el trabajador, sin que por ello se entienda terminado el contrato de trabajo.
>
> Artículo 3o. El valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía se consignará en el fondo de cesantía que el trabajador elija, dentro del término establecido en el ordinal 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
>
> El valor liquidado por concepto de intereses, conforme a lo establecido en la Ley 52 de 1975, se entregará directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía.

Parágrafo. La liquidación definitiva del auxilio de cesantía de que trata el presente artículo, se hará en la forma prevista en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículo 4o. Sobre el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía, el empleador reconocerá al trabajador un interés equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de deposito a término con un plazo de noventa (90) días, (DTF), en forma proporcional al tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación del auxilio hasta la fecha de consignación.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por dicho período. Estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.

Artículo 6o. Durante el plazo señalado en el ordinal 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador reconocerá el mismo interés de que trata el artículo 4o. del presente decreto, sobre el valor liquidado a 31 de diciembre de cada año por concepto de auxilio de cesantía, en forma proporcional al tiempo transcurrido desde el día de su liquidación hasta la fecha de su consignación.

La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por dicho período. Estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía".

El artículo 98 de la Ley 50 de 1990 dispuso que el auxilio de cesantía estará sujeto a los siguientes regímenes:

1o) El **régimen tradicional** del Código Sustantivo del Trabajo establecido en el capítulo VIII, título VIII, parte primera y demás normas que lo modifiquen o adicionen, el cual continúa rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la citada ley.

2o) El **régimen especial** que por dicha ley se crea, aplicable de manera obligatoria a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.

Por su parte el parágrafo del referido artículo 98 determina que los trabajadores vinculados por contratos de trabajo efectuados con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990, podrán acogerse al régimen especial consagrado en el numeral 2o. de ese artículo, para cuyo efecto es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.

Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 señaló, respecto al nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, lo siguiente:

a) El 31 de diciembre de cada año se efectuará la liquidación definitiva de cesantía por la anualidad o por la fracción respectiva, sin perjuicio de la que debe realizarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

b) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o porporcionales por fracción, en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía en relación con la suma causada en el año o con la fracción que se liquide definitivamente, y

c) El valor liquidado por concepto de cesantía se deberá consignar antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste elija. El empleador que incumpla el plazo establecido pagará un día de salario por cada día de retardo.

A su vez, el inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 52 de 1975, señala que los intereses del 12% anual a que alude el inciso 1o. del mencionado artículo, deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron, o en la fecha de retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del correspondiente período anual, en cuantía proporcional al período transcurrido del año.

Ahora bien, el artículo 1o. acusado consagra que los trabajadores vinculados por contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 1o. de enero de 1991, que de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, se acojan voluntariamente al régimen especial de auxilio de cesantía previsto en los artículos 99 y siguientes de esta ley, comunicarán por escrito al respectivo empleador, con una anticipación no inferior a un mes, la fecha a partir de la cual se acogen al citado régimen.

Al confrontar de nuevo la Sala lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 1176 con el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, encuentra que la norma reglamentaria excedió este precepto legal, ya que la ley al no haber establecido oportunidad para ello, le permite al trabajador comunicar por escrito al empleador, en cualquier momento, la fecha de cesantía a partir de la cual se acoge al nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, sin la limitación del mes de antelación que establece la norma reglamentaria.

Como se sostuvo en auto del 18 de febrero de 1992 (fls. 56 a 61, expediente No. 5983), mediante el cual se confirmó la providencia del 8 de octubre de 1991 (folio 26 a 35 *ibídem*), "observa la Sala que la Ley 50 de 1990 hubiera podido disponer que el acto por medio del cual el trabajador se acoja al nuevo régimen de cesantía, se cumpliera dentro del término que estableciera el reglamento. Pero ello no sucedió así, y la potestad concedida al trabajador quedó condicionada únicamente a que la comunicación de la fecha a partir de la cual se acoja, conste por escrito".

Así las cosas, la frase **"con una anticipación no inferior a un mes"**, contenida en el artículo 1o. del decreto 1176, deberá anularse.

El artículo 2o. del decreto reglamentario establece que recibida la comunicación a que hace referencia el artículo 1o., el empleador deberá efectuar la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, junto con los intereses legales, hasta la fecha indicada por el trabajador, sin que por esa circunstancia se entienda terminado el contrato de trabajo.

Para la Sala, lo dispuesto en el citado artículo 2o. no excede la potestad reglamentaria, pues es lógico que al trabajador vinculado por contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la vigencia de la ley 50 de 1990, que se acoja al régimen especial de auxilio de cesantía establecido en el numeral 2o. del artículo 98 de la ley, se le aplique en su integridad este nuevo sistema creado por la Ley 50, procediéndose previamente a la liquidación definitiva de esa prestación correspondiente al período regido por el anterior sistema, más aún si se tiene en cuenta que su valor no continúa en manos del empleado, sino que debe pasar al fondo que indique el trabajador.

Como el numeral 2o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 determina la forma como el empleador cancelará al trabajador los intereses legales, en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, ello quiere decir que el trabajador que decida someterse al nuevo régimen de esta prestación, para la liquidación de los intereses por este concepto, continuará comprendido por la Ley 52 de 1975.

El artículo 2o. no hizo otra cosa que precisar, dentro del marco legal, la forma como el empleador debe proceder a efectuar la liquidación definitiva del auxilio de cesantía, cuando el trabajador vinculado por contrato de trabajo con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990, decide acogerse al nuevo régimen especial. Por ello no se accederá a decretar la nulidad impetrada.

El inciso primero del artículo 3 del decreto demandado, dispone que el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía se consignará en el fondo de cesantía que el trabajador escoja, dentro del término establecido en el ordinal 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y en el inciso 2o. se dice que el valor liquidado por concepto de intereses, de acuerdo con lo prescrito en la Ley 52 de 1975, se entregará directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía.

A su vez el parágrafo del mencionado artículo expresa que la liquidación definitiva del auxilio de cesantía se llevará a cabo en la forma prevista en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Como ya se dijo, el nuevo régimen especial del auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, estableció en su numeral 3o. que:

> "El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija".

Razón por la cual no encuentra la Corporación que el ejecutivo se haya excedido en el ejercicio de la potestad reglamentaria al disponer en el inciso 1o. del artículo 3o. demandado que:

> "El valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía se consignará en el fondo de cesantía que el trabajador elija, dentro del término establecido en el ordinal 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990".

Pues es de la naturaleza del nuevo régimen especial que las sumas correspondientes al auxilio de cesantía se consignen en el fondo escogido por el trabajador, con el fin de garantizarle una adecuada rentabilidad, regla igualmente aplicable al empleado vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990 que decida acogerse al nuevo régimen de tal auxilio; pues como ya se anotó, el nuevo sistema debe abarcar en su integridad al referido empleado cuando adopte tal determinación.

Así pues, al trabajador que se acoge al nuevo régimen, se le aplica en su integridad lo que al respecto dispone el sistema consagrado en la Ley 50 de 1990, ordenando la consignación del auxilio de cesantía en el fondo y el pago de intereses legales (que determina la Ley 52 de 1975), los cuales se entregarán directamente al trabajador, dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio, como lo ordena el inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto 1176 de 1991, sin que por la circunstancia de precisarse el término en que procede dicha entrega, haya exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Tampoco acierta el impugnante, cuando afirma que al entregarle los intereses directamente al trabajador se desconoce lo previsto en el artículo 1o. de la Ley 52 de 1975, pues lo cierto es que tal norma no solamente prevé tal entrega, sino que sanciona al empleador que no cumpla esta obligación.

Tampoco se accederá a declarar la nulidad de este artículo.

En cuanto a los artículos 4o. y 6o. enjuiciados, se tiene que el primero determina que sobre el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía, el empleador reconocerá al trabajador un interés equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de 90 días (DTF), de manera proporcional al tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación del auxilio hasta la fecha de consignación.

El inciso 2o. del mismo artículo ordena que la sociedad administradora del fondo de cesantía correspondiente, liquidará al empleador el interés respectivo por dicho período y que estos intereses los consignará el empleador en el fondo, junto con el auxilio de cesantía.

Como ya se destacó, el numeral 2o. del artículo 99 de la Ley 50 establece que el empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción en los términos de las disposiciones vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, en relación con la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. Dichos términos son los previstos en el inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 52 de 1975.

Para la Corporación es claro que la Ley 50 de 1990 no consagró la obligación al empleador del pago de los intereses a que hace mención el artículo 4 del decreto 1176 de 1991, como sí lo estableció el artículo 101 de esa ley para las sociedades administradoras de fondos de cesantías. De ahí, que se dispondrá la nulidad de este artículo.

El artículo 6 del decreto demandado señala que durante el plazo indicado en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador reconocerá el mismo interés a que alude el artículo 4o. del dicho decreto, sobre el valor liquidado a 31 de diciembre de cada año por concepto de auxilio de cesantía, en forma proporcional al término transcurrido desde el día de su liquidación hasta la fecha de su consignación; y el inciso 2o. dispuso que la sociedad administradora del fondo de cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por el citado período y que los intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.

Como ya se vio, el numeral 3o. del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ordena que el valor liquidado por concepto de cesantía se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que éste disponga; y que el empleador que incumpla el plazo señalado, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

La Sala observa sobre el tópico, que la Ley 50 de 1990 no dispuso para el evento previsto en el artículo 6o. demandado, el reconocimiento de intereses distintos del 12% anual, por lo que en este asunto igualmente el ejecutivo se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Como lo sostuvo la Corporación en auto del 18 de febrero de 1992, no se discute que el propósito del legislador al establecer el nuevo régimen de cesantía fue el de obtener para los trabajadores una mayor rentabilidad de la prestación, pero ello no puede servir de base para que el reglamento establezca obligaciones a cargo de los empleadores, que la ley no creó, ni puede perderse de vista que, por vía general y abstracta, únicamente la Constitución o la ley pueden consagrar obligaciones; que por el mismo motivo no es dable pensar en la existencia de ellas de manera tácita o implícita en dichas normas, para que el reglamento pueda hacerlas expresas, pues ello conduciría a la más absoluta inseguridad jurídica; siendo irrebatible que el reglamento puede llenar los vacíos y detalles que la ley no previó, éstos sólo pueden referirse a los medios para que los mandatos de ella se cumplan, pero en manera alguna puede considerarse que la creación de una obligación no determinada por el legislador, sea un mero vacío o detalle, para que el reglamento pueda crearla (fls. 59 y 60, expediente No. 5983).

La Sala precisa que el inciso 3o. del artículo 101 de la Ley 50 de 1990 alude a la rentabilidad que debe dar el fondo y no el empleador, sobre el valor liquidado por concepto de cesantía que se deberá consignar por éste antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

Por consiguiente, en tales circunstancias, el empleador tiene solamente la obligación de consignar la cesantía del trabajador al respectivo fondo, de conformidad con el valor establecido en la Ley, y en caso de no hacerlo así, en los términos indicados, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Al haberse excedido el Ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el artículo 6o. del decreto 1176 de 1991, deberá anularse, como lo solicita la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de 25 de agosto de 1992 (fl.80, expediente No. 5983).

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

FALLA:

1o) Declárase la nulidad de la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", contenida en el artículo 1o., del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

2o) Declárase la nulidad de los artículos 4o. y 6o. del mencionado decreto.

3o) Niéganse las demás pretensiones.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y ARCHIVESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de septiembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna (Salva el voto), *Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Objeto/**AUXILIO DE CESANTIAS**/(Salvamento de Voto)

Desde la Constitución de 1886, el Presidente de la República tiene reglamentario. En otras palabras, se entiende por reglamento la norma de carácter general que expide el Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes. Actualmente la base de este poder descansa en el ordinal 11 del artículo 189 de Carta Política hoy vigente, igual que antiguamente emanaba de los numerales 2o. y 3o. del artículo 120 del viejo ordenamiento constitucional. De la lectura del ordinal 11 del artículo 189 que se acaba de citar resulta que la Ley de Leyes hace mención a los reglamentos ejecutivos que deben estar subordinados a la cumplida ejecución de las leyes, o como dice Copete Lizarralde, el reglamento tiene por naturaleza los límites de la ley reglamentada. A juicio del suscrito, ni el artículo 1o. del Decreto 1176 de 1991, en la frase declarada nula, ni los artículos 4o. y 6o. del mismo van más allá de lo que quiso la ley. Simplemente aclara la manera cómo la ley reglamentada puede cumplirse de manera efectiva y por ello no encuentra ninguna causal de nulidad, como lo ha creído la ilustrada mayoría de la Sala. Lo anulado por la sentencia, simplemente está indicando una pauta con el único propósito de lograr la cumplida ejecución de la ley, y por ende el suscrito no observa que ha ido más allá de lo querido por el legislador. La única mira que debe tener el Presidente de la República al reglamentar una ley, es que ésta pueda ser cumplida debidamente. No es necesario que se repitan la letra o el pensamiento del legislador, sino que ello se desarrolle en forma armoniosa, de tal suerte que se vuelva

operativa, máxime cuando hay un tránsito de legislación, como sucede en el caso que estudió la sentencia de la cual se disiente. No se olvide que el Decreto Reglamentario 1176 de 1991 es un acto que afecta derechos de terceros, porque la Ley 50 de 1990 creó nuevas reglas de derecho para lo que se refiere al auxilio de cesantías, y es allí donde la función reglamentaria cobra mayor relieve, y por lo tanto se hace imperativo comunicarle cierta dinámica, que fue lo que hizo el decreto a través de los artículos declarados nulos.

Salvamento de Voto: *Del Magistrado Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expedientes Nos. 5908 y 5983 (Acumulados).- Decretos del Gobierno.- Actores: Carlos Alvarez Pereira y Luis Felipe Arana Madriñán.

Con todo respeto, el suscrito disiente de la sentencia arriba mencionada en cuanto declaró la nulidad de la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", contenida en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1176 de 1991, y la de los artículos 4o. y 6o. de ese decreto.

Como es bien sabido, desde la Constitución de 1886, el Presidente de la República tiene poder reglamentario. En otras palabras, se entiende por reglamento la norma de carácter general que expide el Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes. Actualmente la base de este poder descansa en el ordinal 11 del artículo 189 de la Carta Política hoy vigente, igual que antiguamente emanaba de los numerales 2o. y 3o. del artículo 120 del viejo ordenamiento constitucional.

De la lectura del ordinal 11 del artículo 189 que se acaba de citar resulta que la Ley de Leyes hace mención a los reglamentos ejecutivos que deben estar subordinados a la cumplida ejecución de las Leyes, o como dice Copete Lizarralde, el reglamento tiene por naturaleza los límites de la ley reglamentada.

A juicio del suscrito, ni el artículo 1o. del decreto 1176 de 1991, en la frase declarada nula, ni los artículos 4o. y 6o. del mismo van más allá de lo que quiso la ley. Simplemente aclara la manera como la ley reglamentada puede cumplirse de manera efectiva y por ello no encuentra ninguna causal de nulidad, como lo ha creído la ilustrada mayoría de la Sala.

Para mayor claridad, se transcriben a continuación los textos correspondientes a saber:

> "Artículo 1o. Los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 1o. de enero de 1991 que, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, se acojan voluntariamente al régimen especial del auxilio de cesantía previsto en los artículos 99 y s.s. de la misma ley, comunicarán por escrito al respectivo empleador, **con una anticipación no inferior a un (1) mes** la fecha a partir de la cual se acogen a dicho régimen".

Lo subrayado por el suscrito que es lo anulado por la sentencia, simplemente está indicando una pauta con el único propósito de lograr la cumplida ejecución de la ley, y por ende el suscrito no observa que haya ido más allá de lo querido por el legislador.

En cuanto a los artículos 4o. y 6o., sus textos respectivos rezan lo siguiente:

"Artículo 4o. Sobre el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía, el empleador reconocerá al trabajador un interés equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de noventa (90) días, (D.T.F), en forma proporcional al tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación del auxilio hasta la fecha de consignación.

La sociedad administradora del fondo de cesantías respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por dicho período. Estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.

Artículo 6o. Durante el plazo señalado en el ordinal 3o. del artículo 99 de la ley 50 de 1990, el empleador reconocerá el mismo interés de que trata el artículo 4o. del presente decreto, sobre el valor liquidado a 31 de diciembre de cada año por concepto de auxilio de cesantía, en forma proporcional al tiempo transcurrido desde el día de su liquidación hasta la fecha de su consignación.

La sociedad administradora del fondo de cesantías respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por dicho período. Estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía".

Como se indica en la norma constitucional, la única mira que debe tener el Presidente de la República al reglamentar una ley, es que ésta pueda ser cumplida debidamente. No es necesario que se repitan la letra o el pensamiento del legislador, sino que ello se desarrolle en forma armoniosa, de tal suerte que se vuelva operativa, máxime cuando hay un tránsito de legislación, como sucede en el caso que estudió la sentencia de la cual se disiente.

No se olvide que el Decreto Reglamentario 1176 de 1991 es un acto que afecta derechos de terceros, porque la Ley 50 de 1990 creó nuevas reglas de derecho para lo que se refiere al auxilio de cesantías, y es allí donde la función reglamentaria cobra mayor relieve y por lo tanto se hace imperativo comunicarle cierta dinámica, que fue lo que hizo el decreto a través de los artículos declarados nulos.

Por lo anterior, cree el suscrito que han debido negarse todas las peticiones de la demanda.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: 21 de octubre de 1994.

TRASLADO/CONDICIONES MENOS FAVORABLES-Existencia

Dadas las condiciones de salud que presentaba la demandante-insuficiencia coronaria a consecuencia de la isquemia miocardia su traslado a la mencionada comisaría significó una desmejora en las condiciones en que presentaba sus servicios a la entidad, porque el desplazamiento de Santa Marta a esa entidad territorial, por inexistencia de los recursos médicos hospitalarios requeridos, significaba la ausencia de atención médica especializada periódica como ella lo necesitaba según concepto del cardiólogo que la atendió el mes de enero de 1986 y de urgencia, en el evento de que se le presentara una crisis anginosa a la que estaba propensa a raíz de la enfermedad coronaria que padecía, situación que de acuerdo con las certificaciones médicas que reposan en el expediente podía recurrir.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 6655. Resoluciones Ministeriales. Actora: Ofelia Mendoza de Martes.

Se reconoce al abogado Pedro Francisco Ramírez como apoderado de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- en los términos y para los efectos del memorial poder obrante a folio 199.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 21 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por la cual se accedió a las suplicas de la demandante.

ANTECEDENTES

La señora Ofelia Mendoza de Martes, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la Resolución número 3215 de 27 de abril de 1987, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se derogó el artículo 2o. de la resolución 0036 de 9 de enero de 1987, que dispuso su traslado del cargo de delegado del Ministro de Educación Nacional 3095-08 ante el Fondo Educativo Regional del Departamento del Magdalena, a igual cargo en la Comisaría del Guainía y se nombró a Octavio Falla Manrique en el cargo últimamente mencionado; como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se ordene su reintegro "al mismo cargo" y la cancelación de los salarios y prestaciones sociales, que dejó de percibir desde la fecha de su separación del servicio hasta el día en que se produzca su reintegro.

Relata la actora que luego de ocupar varias posiciones en el Ministerio de Educación, por resolución 12009 de 1985, fue designada como Delegado del Ministerio de Educación Nacional ente el Fondo Educativo Regional del Departamento del Magdalena 3095-08, cargo en el cual, ante la División de Coordinación de Fondos Educativos Regionales, solicitó el 22 de julio de 1986 la inscripción en carrera administrativa, habiendo obtenido una buena evaluación, con nota de 384 puntos; que mediante la resolución 36 del 9 de enero de 1987, fue trasladada a igual cargo ante el Fondo Educativo Regional de la Comisaría del Guainía; empleo del que no pudo tomar posesión por quebrantos de salud que padecía desde el mes de enero de 1986, que eran conocidos por el Ministerio y por los cuales la Caja Nacional de Previsión le otorgó varias incapacidades.

Como disposiciones violadas cita los artículos 17 de la Constitución Política de 1886, 29 del Decreto 1950 de 1973 y 13 y 84 del Decreto 01 de 1984, cuyo concepto de violación desarrolla a folios 4 a 6.

Al contestar la demanda el apoderado de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- adujo en su defensa, que el acto acusado se ajusta al ordenamiento jurídico, toda vez que según lo dispone el artículo 45 del decreto 1950 de 1973, el nominador puede revocar o derogar una designación cuando la persona nombrada ha manifestado que no la acepta, como lo hizo la actora, por lo cual su nombramiento como Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante el FER de la Comisaría del Guainía, podía ser revocado como lo hizo la administración (folio 81).

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento despachó favorablemente las súplicas de la demanda bajo la consideración de que con el traslado que se le hizo a la actora a la Comisaría

del Guainía, se le desmejoraba desde el punto de vista objetivo, social y prestacional, en lo referente a una eventual crisis de salud -pues había sido tratada médicamente por una afección cardíaca y el Hospital de Inírida, única institución médico asistencial de dicha Comisaría, no contaba con unidad de cuidados intensivos ni médicos especialistas en ninguna área-; por tanto se le exponía a que no pudiera recibir, en un momento determinado, la asistencia médica hospitalaria mínima, necesaria para la enfermedad de la cual ya había dado señas, independientemente de que al momento del traslado su estado de salud fuere estable o hubiere progresado.

También señaló el fallador, que la administración guardó silencio frente a los requerimientos de la accionante para que se le respondiera la solicitud de reconsideración del traslado por el desmejoramiento que él implicaba; por lo que considera que se le desprotegió el "debido servicio relativo a la salud"; por ende, estimo que se transgredió el artículo 17 de la Carta Política de 1886, pues la resolución acusada no buscó la conveniencia en la prestación de un buen servicio sino la satisfacción de móviles ajenos, lo que constituye a su juicio una verdadera desviación de poder.

Y concluye acotando:

> "Tenemos así, que de la indicada condición, en que se le colocó y cuya contestación urgía, sobre la misma surgió el lapso que para la administración configuró el motivo de la derogatoria del traslado y subsiguiente declaratoria de insubsistencia tácita; sin que, además, el término para posesionarse se le hubiere precisado a la demandante según las comunicaciones obrantes a folios 39, 42 de la actuación original" (folio 165).

EL RECURSO

La parte demandada censura la sentencia en virtud de que estima que la aseveración del *a-quo,* en el sentido de que con el acto acusado se persiguieron móviles ajenos a la buena prestación del servicio, es fruto de una apreciación subjetiva, carente de respaldo probatorio; que la desvinculación de la demandante obedeció a consideraciones jurídico administrativas, producto de su actitud renuente a acatar una orden del nominador, y que el hecho de que la actora manifestara su oposición al traslado no era suficiente para que la medida fuera reconsiderada, pues debía expresar con claridad los fundamentos de su solicitud y acompañar las pruebas pertinentes; que la inexistencia en el Hospital de Inírida de una unidad de cuidados intensivos, no constituía un factor de desmejora laboral para la accionante, salvo que por su estado de salud requiriera de este servicio, y según las pruebas obrantes en autos -dictamen pericial practicado por un médico que revisó el expediente-, no era posible determinar si la señora de Martes presentaba o no un quebranto fuerte de salud y que el argumento de ésta, de que requería de los servicios médicos especiales, está en franca contradicción con su actitud, cuando luego de ser atendida por enfermedad coronaria, jamás volvió donde el galeno Emilio José Janette Llinás, a pesar de la recomendación que al respecto este le hiciera.

La doctora Fiscal Novena ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto de fondo.

Rituada la instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Muestran los autos que la accionante, por medio de la resolución número 036 de 9 de enero de 1987, fue trasladada del cargo del Delegado del Ministro de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional del Departamento del Magdalena, a igual cargo ante el Fondo Educativo Regional de la Comisaría del Guainía, en reemplazo de Hernando Franco Rodríguez, a quien se le aceptó la renuncia de ese empleo (folio 13), y que por no haber tomado posesión del nuevo cargo dentro de los términos legales y con el fin de separarla del servicio, por medio de la resolución impugnada se revocó la aludida orden de traslado.

En relación con esta decisión, resulta imperioso observar, que a la luz de las disposiciones que regulan la materia, es contraria a derecho.

En efecto, aparece acreditado que la señora Mendoza de Martes padecía isquemia coronaria, padecimiento por el cual, en el mes de enero de 1986 fue hospitalizada en la Clínica del Norte de la ciudad de Barranquilla y a partir del mes de febrero de ese año fue incapacitada por el término de 60 días (fl.62); también evidencian que la actora sufrió de tal afección cardíaca, su propia historia clínica, el otorgamiento de incapacidades médicas por Cajanal y las declaraciones de los galenos que le prestaron sus servicios profesionales cuando en enero de 1986 fue internada en la clínica mencionada; uno de esos médicos en escrito obrante a folio 120, certifica "Que en varias ocasiones atendió profesionalmente a la señora Ofelia Mendoza quien padece enfermedad isquemia coronaria con su secuela de crisis anginosas a repetición. La paciente en mención debe asistir a mi consultorio de cardiología a chequeos periódicos pues así los amerita su estado cardíaco".

De otra parte el Director del Hospital de Inírida capital de la entonces Comisaría del Guainía, a instancias del Tribunal del conocimiento, manifestó:

> "EN REFERENCIA A INFORMACION SOLICITADA PARA OBRAR PROCESO No. 2042 LE COMUNICO HOSPITAL INIRIDA NO CUENTA CON UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS NI MEDICOS ESPECIALISTAS EN NINGUNA AREA, Y ES LA UNICA INSTITUCION MEDICO ASISTENCIAL EN LA COMISARIA ESPECIAL DEL GUAINIA PUNTO (folio 153).

Es indudable entonces, que dadas las condiciones de salud que presentaba la demandante - ("insuficiencia coronaria a consecuencia de la isquemia miocardia (folio 155)"-, su traslado a la mencionada comisaría significó una desmejora en las condiciones en que prestaba sus servicios a la entidad, por que el desplazamiento de Santa Marta a esa entidad territorial, por inexistencia de los recursos médicos hospitalarios requeridos significaba la ausencia de atención médica especializada periódica como ella lo necesitaba según concepto del cardiólogo que la atendió en el mes de enero de 1986

y de urgencia, en el evento de que se le presentara una crisis anginosa a la que estaba propensa a raíz de la enfermedad coronaria que padecía, situación que de acuerdo con las certificaciones médicas que reposan en el expediente podía ocurrir.

Por ello es incuestionable como lo sostiene el *a-quo,* que el traslado le implicaba a la actora "una condición desfavorable referida a la ausencia de la asistencia médica de que debía rodearse o encontrarse en el lugar en que la actora prestara sus servicios... desprotegiéndola en algo tan esencial como era el debido servicio relativo a la salud".

De acuerdo con lo anterior, habida consideración de que la desvinculación de la demandante la ocasionó el incumplimiento de una orden de traslado que quebrantaba lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, que prohíbe hacerlo cuando implique condiciones menos favorables para el empleado, procede la confirmación de la sentencia apelada, adicionándola en el sentido de ordenar, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 128 de la Carta, que de las sumas que en virtud de lo dispuesto en ella deban cancelársele, se descontarán aquellas que por iguales conceptos haya recibido del erario público durante el lapso en que estuvo separada del servicio oficial.

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

FALLA:

1o.- Confírmase la sentencia del 21 de noviembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el proceso promovido por OFELIA MENDOZA DE MARTES contra la Nación Ministerio de Educación Nacional.

2o.- Adiciónase el sentido de ordenar que de las sumas que en virtud de lo dispuesto en ella deban cancelarse a la demandante, se descontarán aquellas que por iguales conceptos haya recibido el erario público durante el lapso en que estuvo separada del servicio oficial.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de septiembre de 1994.

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Referencia: Juicio No. 6655.- Resoluciones Ministeriales.- Actora: Ofelia Mendoza de Martes.

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al confirmar la sentencia de primer grado se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> "Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".
>
> "El Artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:
>
> **"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público de la Nación, los departamentos y municipios".**
>
> "La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".

"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".

"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización,es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos".

"Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) **(Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponentes H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R, marzo 11-87, de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Massas, junio 5/84, en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S, octubre 15/85, y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá".**

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

REMUNERACION-Concepto/**PENSION GRACIA/CUANTIA**-Fijación/**FACTORES SALARIALES/APORTES A CAJANAL**-Improcedencia

Este tipo de pensión especial como es la "Pensión Gracia", se liquida con fundamento en la "remuneración" que es todo lo que recibe el empleado directa o indirectamente, con ocasión de su relación laboral (Ley 65 de 1946), y no con base en los aportes, porque no se ha expedido una norma especial que así lo disponga. La Ley 33/85 limitó el valor de la liquidación de las mesadas pensionales al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, nótese cómo esta normatividad exceptuó expresamente a aquellos empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso del demandante, por ser beneficiario de la "Pensión Gracia" que se otorga a los maestros de Escuelas Primarias Oficiales con veinte años de servicios y cincuenta de edad. Por esta razón la pensión del actor no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, porque esta pensión es a cargo exclusivo del Tesoro Nacional, y por ser de carácter excepcional no se requiere afiliación a la Caja de Previsión Nacional, ni hacer aportes, porque como ya se dijo, no se ha expedido una norma especial que así lo establezca. Es de relievar además que con la expedición de la Ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo 1o. de la Ley 33 del mismo año, porque la primera de las citadas lo único que hizo fue modificar el art. 3o. relacionado con los aportes que deben cancelar todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión. De acuerdo con lo precedentemente anotado la accionada debía incluir en

el cómputo de salario todos los factores que lo integran tales como la prima de licenciatura, vacacional, de navidad, sobre sueldo nacional, pues no es viable ni de recibo que con aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 estos factores se excluyeran como efectivamente lo hizo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 7639. Autoridades Nacionales. Actor: José Dolcey Zúñiga Varela.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, teniendo en cuenta que si bien la actora lo interpuso, éste fue declarado desierto, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 26 de agosto de 1992, mediante la cual accedió a las súplicas del libelo demandatorio.

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada mediante apoderado el señor José Dolcey Zúñiga Varela solicitó al Tribunal *a-quo* declarar parcialmente nulo el artículo 1o. de la resolución No. 10077 del 6 de octubre de 1989, originaria de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión que reconoció una pensión al demandante en una cuantía ilegal. Declarar igualmente que es nulo el artículo 1o. de la resolución No. 3915 del 29 de junio de 1990 emanada de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión, por la cual se desató el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No. 10077 de 6 de octubre de 1989, que confirmó en todas sus partes.

Como consecuencia de dicha nulidad declarar que el actor tiene derecho a que la demandada le pague la Pensión de Jubilación en cuantía de $96.038,37 a partir del 18 de enero de 1988, procediendo a reliquidar los ajustes pensionales decretados por concepto de la Ley 4a. de 1976 y 71 de 1988. Igualmente que se cancele el valor de las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer. Por último solicita que en el presente caso se dé aplicación a los artículos 176 y 178 del C.C.A.

Como hechos que sustentan la demanda narra los siguientes:

Que el actor prestó sus servicios al Departamento del Valle, en la enseñanza primaria, desde el 28 de noviembre de 1957 al 15 de agosto de 1977. Pasó a desempeñar funciones docentes en el nivel de la Enseñanza Secundaria a partir del 16 de agosto de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1979. Se encuentra desempeñando funciones en el Distrito Educativo No. 9 de Cartago-Valle desde el 1o. de octubre de 1979 hasta la actualidad. El demandante cumplió veinte años de servicios el 28 de noviembre de 1977,

razón por la cual adquirió el derecho a que la Caja Nacional de Previsión le reconociera y pagara una pensión vitalicia de jubilación conforme a la Ley 114 de 1913 y 116 de 1928.

La demandada con la fecha de 6 de octubre de 1989 reconoció al actor la pensión de jubilación solicitada con retroactividad al 18 de enero de 1988 en cuantía de $69.098,78. En la resolución 10077 sólo se tuvo en cuenta al demandante para la liquidación de su pensión el sueldo básico y el trabajo suplementario y no se tuvo en cuenta la prima de licenciatura para los años 1987 y 1988; prima de alimentación, prima vacacional anual, prima de navidad promedios 1987, 1988, viáticos 1987, sueldos de alfabetización año de 1988.

NORMAS VIOLADAS

Se citan como disposiciones violadas las siguientes: Constitución Nacional, artículos 16, 17, 20 y 30; Ley 57 de 1987, artículo 5o.; Ley 4a. de 1966, artículo 4o.; Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 5o.; Ley 62 de 1985, artículo 1o.; Ley 33 de 1985, artículo 1o.; Ley 114 de 1913, artículos 1 a 5; Ley 116 de 1928, artículo 6o.; Ley 37 de 1933, artículo 3o.

LA SENTENCIA

El Tribunal *a-quo* accede a las pretensiones de la demanda considerando que la pensión gracia es una retribución o compensación al maestro de escuela primaria por la callada y difícil labor que cumple no obstante lo exiguo de su remuneración, tal como lo ha entendido el Consejo de Estado. Para los efectos de la cuantía de la pensión mensual no podrá tenerse en cuenta factores diferentes a los indicados por la Ley que la creó.

EL RECURSO

Como ya se anotó la parte actora interpuso el recurso de apelación (fl. 86), pero por auto de 22 de febrero de 1993 (fl. 102), fue declarado desierto porque no se dio cumplimiento al artículo 212 del C.C.A. La accionada sostiene que al definir la cuantía prestacional reconocida al actor tuvo en consideración lo plasmado en las Leyes 33 y 62 de 1985, en razón a que el derecho del mismo se causó dentro de la vigencia de estas normas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar el recurso, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

A folio 2 del cuaderno No. 3 fue incorporada la resolución No. 10077 de 6 de octubre de 1989, por la cual se ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor José Dolcey Zúñiga, por haber prestado servicios al Estado, en el Departamento del Cauca, como docente, desde el 28 de noviembre de 1957 a 30 de abril de 1988. Esta

pensión fue otorgada de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicando el 75% sobre el salario promedio de 12 meses para establecer la cuantía, que fue de $69.098,78.

En virtud de la Ley 114 de 1913, se otorgó a los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales el derecho a devengar pensión de jubilación vitalicia, con la condición de que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, siempre que comprueben mediante documentos auténticos y declaraciones de testigos idóneos, que en los empleos desempeñados se han conducido con honradez y consagración; que no han recibido ni reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, que observan buena conducta y que han cumplido 50 años de edad.

El derecho descrito, que en un principio fue establecido únicamente para los maestros de enseñanza primaria oficiales, fue extendido por la Ley 116 de 1928 a los Empleados y Profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública.

Según las voces del artículo 1o. de la Ley 114 de 1913, la cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubiere devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.

A su vez la Ley 116 de 1928, artículo 6o. determina:

> "Los empleados y profesores de las escuelas normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contemplan la Ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección".

De lo anteriormente reseñado ha de puntualizar la Sala en primer término que la "pensión Gracia" es un beneficio con cargo al Tesoro Público, que no se paga con base en aportes, tal como se desprende de la Ley 114 de 1913, y de la norma que transfirió su reconocimiento, liquidación y pago a la Caja Nacional de Previsión, qué fue el Decreto No. 81 de 1976, que en su artículo 1o. reza:

> "La Caja Nacional de Previsión Social asumirá las funciones que hoy cumple la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relativas a la liquidación y pago de las siguientes pensiones...
>
> g) Del personal que adquirió o adquiera el derecho al servicio del magisterio de primaria..."

Las pensiones de jubilación regidas por las Leyes especiales se deben liquidar con fundamento exclusivo en las normas que le dieron origen, en este caso la Ley 114 de 1913. Empero la Ley 4a. de 1966 en el artículo 4o. dispuso:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios".

Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, que en el artículo 5o. reza:

"A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su rètiro definitivo del servicio público".

Obsérvese como el Decreto Reglamentario introdujo el concepto de salario para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación o invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público.

La Ley 5a. de 1969 por la cual se aclara el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, y el 5o. de la Ley 4a. de 1966 y se dictan otras disposiciones en el artículo 2 dice que "se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios..."

Para concluir que "el aumento hecho a las pensiones de jubilación de que trata el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1966, se liquidará tomando como base dicho promedio".

En este orden de ideas el término "salario" ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia así:

"Estipendio o recompensa que los amos dan a los criados por razón de su servicio o trabajo. Por ext. estipendio con que se retribuyen servicios personales".

A su vez el Diccionario Jurídico, XXIII, Años Evolución Jurisprudencia 1958-1981, Tomo III, respecto del concepto de Salario dice:

"Tanto en el sector público como en el privado, debe considerarse como sueldo o salario para los efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancia la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque otra sea su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas. El concepto salario consagrado en la Ley 65 de 1946, artículo 2o., para la liquidación de cesantía pero para toda clase de funcionarios, es aplicable por analogía en la liquidación y pago de toda clase de prestaciones sociales, indemnizaciones o sobre remuneraciones que se causen con relación al sueldo o salario devengado por el empleado siempre que las asignaciones tengan como destinación la de remunerar el trabajo".

De conformidad con lo anterior este tipo de pensión especial como es la "Pensión Gracia", se liquida con fundamento en la "remuneración" que es todo lo que recibe el empleado directa o indirectamente, con ocasión de su relación laboral (Ley 65 de 1946), y no con base en los aportes, porque no se ha expedido una norma especial que así lo disponga.

Sin embargo como la entidad plantea que el actor cumplió los veinte años de servicios el 27 de noviembre de 1987, cumpliendo la edad cronológica el 18 de enero de 1988 (fl. 8) lo que significa que la consolidación del derecho se realizó con posterioridad al 18 de enero de 1988, es decir después de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, que fue la que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión por parte de la accionada; debe examinarse si esta norma le es aplicable al actor en el entendido de que la pensión concedida es de carácter especial.

El artículo 1o. de la Ley 33 de 1985 determina:

> "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
>
> No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones...".

Si bien es cierto que la Ley 33/85 limitó el valor de liquidación de las mesadas pensionales al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, nótese cómo esta normatividad exceptuó expresamente a aquéllos empleados que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones, como es el caso del demandante, por ser beneficiario de la "Pensión Gracia" que se otorga a los Maestros de Escuelas Primarias Oficiales con veinte años de servicios y cincuenta de edad.

Por esta razón la pensión del actor no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, porque esta pensión es a cargo exclusivo del Tesoro Nacional, y por ser de carácter excepcional no se requiere afiliación a la Caja de Previsión Nacional, ni hacer aportes, porque como ya se dijo, no se ha expedido una norma especial que así lo establezca.

Es de relievar además que con la expedición de la Ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo 1o. de la Ley 33 del mismo año, porque la primera de las citadas lo único que hizo fue modificar el artículo 3o. relacionado con los aportes que deben cancelar todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión.

De acuerdo con lo precedentemente anotado la accionada debía incluir en el cómputo del salario todos los factores que lo integran tales como la prima de licenciatura, prima de alimentación, vacacional, de navidad, sobresueldo nacional, pues no es viable ni de recibo que con aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 estos factores se excluyeran como efectivamente lo hizo.

Así pues por las razones expuestas, la sentencia apelada amerita su confirmación.

En lo relacionado con la indemnización, la Sala no podrá pronunciarse porque el recurso de apelación propuesto por la parte actora fue declarado desierto, y en consecuencia no se puede hacer más gravosa la situación de quien quedó como único apelante.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de veintiséis de (26) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, recaída en el proceso promovido por JOSE DOLCEY ZUÑIGA VARELA, a fin de obtener la nulidad parcial del Artículo 1o. de la resolución No.10077 de octubre 6 de 1989 emanada de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social.

NOTIFIQUESE, COPIESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 15 de septiembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO ADMINISTRATIVO/NULIDAD DEL ACTO-Causa/**MOTIVACION-**Inexistencia/**SANCION DISCIPLINARIA**

Se observa que en la breve y escasa parte considerativa de la Resolución, el Director de la entidad oficial demandada no concretó la falta disciplinaria atribuída al empleado, limitándose a expresar que la investigación se ordenó porque el empleado pudo haber incurrido en "posibles irregularidades cometidas en ejercicio de sus funciones", y que la Comisión de Personal decidió aplicarle la sanción de destitución, razonamiento que le correspondía hacer al Director, puesto que la Comisión de Personal, apenas está autorizada para conceptuar dentro del proceso disciplinario, pero no para decidir. De otra parte, observada el acta de la comisión de personal se encuentra también igual pobreza de argumentación y raciocinio. En estas condiciones, se impuso la sanción sin motivación que se refiera a la valorización de la falta, de grave, o de leve, y sin que se hubiera realizado el examen del grado de participación del empleado, ni una referencia, por lo menos suscita, al análisis jurídico de las pruebas allegadas al proceso. De otra parte, interpuesto el recurso de reposición por parte del actor, la entidad pública lo desestimó, porque el recurrente no relacionó las pruebas que pretendía hacer valer, cuando fue el propio jefe del organismo quien dejó de hacer por lo menos una mención del caudal probatorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 7087. Actor: Julio César Padilla. Autoridades Nacionales.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia de 2 de abril de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de apoderado judicial el señor Julio Cesar Padilla Robles presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que se declare la nulidad de la resolución número 0663 del 25 de abril de 1988 expedida por el Director del Instituto Colombiano de la Cultura -COLCULTURA- mediante la cual se le destituyó del cargo de Jefe de Sección 2075-02, Sección Bodega y Transporte Subdirección de Comunicaciones Culturales; así mismo de la resolución No. 0733 del 3 de mayo del citado año dictada por el mencionado funcionario, a través de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra aquella resolución.

Como restablecimiento del derecho el actor solicita su reintegro al empleo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación del servicio hasta cuando sea efectivamente reintegrado, que se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios y que se ordene el pago del ajuste de valor reconocido por el artículo 176 del C.C.A. (folios 98 y 99 cdno.ppal.).

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 41 y 45 del Decreto 482 de 1985, 224 del Código de Procedimiento Civil, 10 del Decreto 01 de 1984 y artículo 26 de la Carta de 1886 (folio 101 *ibídem*).

En desarrollo del concepto de violación el demandante expresa que el acto acusado carece del elemento "motivación" exigido por el artículo 51 del Decreto 482 de 1985 en todo acto por el cual se impongan sanciones disciplinarias, que el acto proferido es irregular porque no se concretó la clase de falta en la que incurrió el señor Padilla Robles, que la resolución enjuiciada No. 0663 no califica el grado de la falta que se le imputa, bien sea leve o grave, ni alude a su naturaleza, ni a la modalidad y circunstancias del hecho atribuído al actor, que la falta que en el informe presentado por el investigador el 29 de marzo de 1988 se le atribuye no tiene relación con el pliego de cargos formulados, ya que el manual de funciones del empleo de Jefes de Sección de la Bodega del Libro no determina como acto propio el de realizar ventas en ferias, que el Director de COLCULTURA debió calificar la falta e imponer la sanción que de conformidad con el Decreto 482 de 1985 se adecuara a los hechos investigados y probados, que los testimonios recibidos por el instructor, los cuales podía constituir los medios de prueba de los hechos imputados al actor, carecen de valor probatorio, por cuanto no fueron ratificados en la forma exigida por la lLey, acorde con el artículo 224 del Código de

Procedimiento Civil, que para la expedición de los actos impugnados no se observó la plenitud de las formas propias de cada juicio, pues para imposición de cualquier sanción penal, policiva o administrativa, se requiere de la existencia de elementos probatorios y que ellos sean recepcionados en los términos que la ley indica, que la investigación adelantada por Claudia Rodríguez Canal perdió todos sus efectos porque así lo ordenó la resolución No. 086 del 15 de febrero de 1988 dictada por el Director de COLCULTURA, que la excepción que dicho acto plantea atenta contra la lógica, porque no es del arbitro del investigador, ni de ese funcionario, disponer a su discreción, cuáles piezas procesales son nulas y cuáles no, que la tercera investigación iniciada tiene la peculiar característica de que está huérfana totalmente de pruebas, porque la ratificación de los testimonios no se efectuó en los términos señalados en la ley, que en la diligencia de descargos el demandante explica claramente su comportamiento por haberse acogido a la resolución No.0713 del 19 de abril de 1985, según la cual las consignaciones podrán realizarse a través de abonos mensuales, que ni siquiera existen indicios morales de que el demandante sea el autor de la falta que se le atribuye, y si los hubiere, los indicios no son necesarios y las sospechas no constituyen soportes idóneos ni adecuados para estructurar sobre ellos una sanción, que el artículo 10 del Decreto 01 de 1984 fue infringido por la resolución enjuiciada No. 0733, toda vez que los funcionarios no pueden exigir documentos que puedan obtenerse en los archivos de la correspondiente entidad, que el acusado no está obligado a demostrar su inocencia, que por ende, esta resolución que rechaza el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 0663 de 1988, resulta desproporcionada, en virtud de que no se relacionaron las pruebas que se pretendían hacer valer, que el raciocinio del Director de COLCULTURA lleva a la conclusión de que mientras el acusado no pruebe que es inocente, es culpable (folios 101 a 105 *ibídem*).

LA SENTENCIA CONSULTADA:

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho (folios 158 y 159 cdno.ppal.).

Manifestó el *a-quo* que la resolución 0663 de 1988 adolece de motivación, es decir, de expresión de razones justificativas, lo cual se convierte en un elemento formal, cuya omisión la hace anulable por expedición en forma irregular, que la motivación se imponía en este evento, por el principio de legalidad, pues de esta manera puede el juez ejercer su control, que la obligación de motivar en este asunto no se cumplió con la formulación de los párrafos contenidos en dicho acto administrativo, ya que son clásicas fórmulas de actos que nada dicen ni indican, que allí no se aprecia el estudio de los fundamentos sobre los cuales se dedujo la responsabilidad, ni de los soportes que se tuvieron en cuenta para calificar la falta como grave o leve, que la referencia al artículo 45 del decreto 482 de 1985 es técnica y pertinente, puesto que esta norma establece el procedimiento que debe seguirse en un averiguatorio disciplinario general al empleado público y la manera como la autoridad competente debe actuar para calificar

la falta e imponer la sanción disciplinaria, que en el caso *sub-lite* se violó ostensiblemente el mencionado artículo, máxime cuando el artículo 50 *ibídem* consagra que emitido el concepto de la comisión de personal, que no es obligatorio para la autoridad nominadora, esta última si lo considera pertinente, impondrá la sanción por acto motivado, que para la expedición del acto acusado era indispensable que se dieran las razones que declaraban una situación perjudicial al administrado por considerar que había sido oído y vencido en el juicio respectivo.

LA VISTA FISCAL

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso (folio 165 a 168 cdno. ppal.) solicita revocar la sentencia consultada y proferir decisión adversa a las pretensiones de la parte actora, pues los argumentos con base en los cuales el Tribunal accedió a las súplicas impetradas en la demanda, no tienen la suficiente fuerza dialéctica para desvirtuar la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos impugnados, que si bien es cierto la resolución enjuiciada No. 0663 de 1988 no hace un análisis profundo de todo el proceso disciplinario y, en especial, de las etapas relacionadas con la formulación de los cargos, la rendición de los descargos, las pruebas aportadas al plenario y la valoración de las mismas, tal deficiencia se entiende subsanada, con la mención que se hacen en el aludido acto, en la parte considerativa, de la investigación realizada por el señor Benjamín Yepes, cuyo informe fue rendido por oficio No. 2755 del 29 de marzo de 1988 y del concepto de la comisión de personal emitido el 15 de abril de este año, los cuales deben tenerse como parte integrante del soporte motivo del mismo y en los que sí se efectúa un estudio de los medios de prueba que conducen a demostrar la culpabilidad del demandante, respecto de las faltas que le fueron imputadas, que el informe de culminación de la investigación se remite a las pruebas allegadas en las diligencias practicadas por la doctora Claudia Rodríguez Canal, las cuales son conducentes, si se tiene en cuenta que la resolución No. 0186 del 15 de febrero de 1988 que declaró sin efecto la investigación llevada a cabo por ésta, decidió que en relación a las diligencias que se consideraran conducentes para la agilidad del proceso, dentro de las cuales estima la Agencia del Ministerio Público están la totalidad de pruebas recaudadas, no estaban cobijadas por tal declaratoria, que analizando el contingente documental que obra dentro del informativo, se puede llegar a determinar que la responsabilidad del actor en las faltas imputadas se estableció fehacientemente, a través del seguimiento de un proceso disciplinario, en que tuvo oportunidad de defenderse, de pedir pruebas y, en fin, de gozar de todas las garantías para el ejercicio de su derecho de defensa, que así las cosas, no puede predicarse, por consiguiente, que el acto acusado estuviera desprovisto de motivación, ya que éste se encuentra apoyado en toda la actuación disciplinaría surtida y que refleja la veracidad de los cargos que le fueron endilgados.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-júdice* la legalidad de los actos administrativos proferidos por el Director de COLCULTURA, mediante los cuales el señor Julio César Padilla Robles fue destituído del empleo de Jefe de Sección 2075-02, Sección Bodega y Transporte de la Subdirección de Comunicaciones Culturales de esa entidad descentralizada (folios 2 a 6 cdno. ppal.).

Como lo ha expuesto la Sala en varias oportunidades, la destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario en desarrollo del cual el funcionario tenga la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa para desvirtuar los cargos que se le formulen.

Por lo tanto, en este asunto debe determinarse si el actor fue destituído de su cargo con fundamento en la ley y previa observancia del derecho de defensa y del debido proceso.

Como consta en autos, el demandante fue destituído del empleo que desempeñaba, porque siendo la persona encargada de recaudar los dineros y elaborar las respectivas devoluciones por ventas, en las ferias del libro, celebradas en el Parque Santander, en diciembre de 1984 y junio de 1985, y en la Universidad Nacional, en septiembre de 1985, el señor Padilla Robles estaba encargado de recibir de manos del señor José Herrera y de la señora Lucila Mendieta de Sánchez, los dineros que fueron recaudados por concepto de ventas diarias y luego consignarlos al día hábil siguiente, presentándose en este asunto irregularidades consistentes en haber consignado tales dineros en fechas posteriores a las señaladas para el efecto, sin justificación, y que de conformidad con el manual de control Fiscal aplicable en COLCULTURA, los ingresos por venta y bienes y servicios, deben ser consignados dentro de las 24 horas siguientes de su ingreso, aunque en el caso *sub-exámine* el actor consignó los saldos pendientes después de iniciada la investigación.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se establece lo siguiente:

1) Mediante resolución No. 1179 de 23 de abril de 1986 (folio 83 *ibídem*) se designa a la Jefe de la División de Publicaciones de COLCULTURA para que en el término de quince días adelante investigación disciplinaria contra el actor, teniendo en cuenta que con base en oficio No. 11627 del mes de octubre de 1985 el Subdirector de Comunicaciones Culturales del citado organismo, solicitó la investigación contra el señor Padilla Robles por faltantes de dinero en la feria del libro.

2) Por resolución No. 0001 de 2 de enero de 1987 (folio 113 cdno. No. 2) se designa a la Jefe de la División de Museos de la Subdirección de Patrimonio Cultural de COLCULTURA para que en el término de 20 días lleve a cabo investigación disciplinaria contra el demandante, pues la comisión de personal del Instituto consideró que la investigación realizada por la Jefe de la División de Publicaciones adolece de vicios de forma, por cuanto pretermitió los términos señalados en la resolución No.

1179 de 1986 y, por consiguiente, determinó recomendar a la Dirección de COLCULTURA, con base en el artículo 36 del Decreto 482 de 1985, reiniciar dicha investigación desde el momento de la notificación de la resolución de designación del investigador, y teniendo en cuenta que para ese nombramiento se debe escoger a un funcionario que tenga conocimiento sobre los trámites financieros y contables del organismo y que durante el desarrollo de la investigación tenga permanente contacto con los asesores jurídicos de COLCULTURA.

3) Por escrito de 18 de febrero de 1987 suscrito por la investigadora designada y remitido al Director de COLCULTURA se rinde informe sobre la investigación efectuada (folios 9 a 16 cdno.ppal.).

4) Según acta de 21 de enero de 1988 de la reunión de la Comisión de Personal de COLCULTURA se encontró que una vez analizado el respectivo expediente disciplinario, no obra dentro del mismo la comunicación a la Procuraduría General de la Nación a que alude el artículo 55 del Decreto 482 de 1985 en el momento de la apertura de la investigación, y que en consecuencia con el fin de que el procedimiento se ajuste estrictamente a las normas legales, la citada comisión recomienda al Director declarar la nulidad de la investigación adelantada contra Julio César Padilla Robles, a partir de la fecha del acto de su apertura e iniciar nuevamente la correspondiente investigación.

5) A través de la resolución 0186 de 15 de febrero de 1988 expedida por el Director de COLCULTURA se acoge el concepto anterior emitido por la Comisión de Personal de esta entidad y se decide declarar sin efecto la investigación efectuada por la Jefe de la División de Museos a partir del auto de su apertura, con excepción de aquellas diligencias practicadas que se estimen conducentes para la agilidad del proceso, y se procede a designar al Jefe de Proyectos del Centro de Restauración del Instituto para que en el término de 15 días lleve a cabo la investigación contra el actor (folio 134 cdno. No.2).

6) Por auto de marzo 10 de 1988 (folio 138 *ibídem*) el nuevo investigador, en cumplimiento de lo dispuesto en la mencionada resolución número 0186, dispone abrir investigación disciplinaria contra el actor, y dar aviso a la Procuraduría sobre la iniciación de la acción disciplinaria y al empleado investigado.

7) Mediante oficio de 18 de marzo de 1988 (folios 146 y 147 *ibídem*) el funcionario investigador formula pliego de cargos al señor Padilla Robles.

8) Por oficio de marzo 28 de 1988 el inculpado presenta sus descargos.

9) Por auto de 29 de marzo de 1988, el investigador procede al cierre de la investigación (folio 158 *ibídem*).

10) Por comunicación de la misma fecha el investigador remite al Director de COLCULTURA el expediente de la respectiva investigación (folio 156 *ibídem*) y el informe final de la misma (folios 159 y 160 *ibídem*).

11) De conformidad con el acta No. 001 de abril 15 de 1988 de la reunión de la Comisión de personal, por decisión mayoritaria se recomienda al Director de COLCULTURA, aplicar la sanción de destitución e inhabilitarlo por el término de doce meses en el desempeño de empleos públicos (folios 163 y 164 *ibídem*).

12) A través de la Resolución acusada se impone al demandante la sanción disciplinaria de destitución en el empleo que desempeñaba en COLCULTURA, y se le señala un término de inhabilidad de doce meses para el ejercicio de funciones públicas.

13) Una vez notificado dicho acto administrativo, Padilla Robles interpone recurso de reposición el 28 de abril de 1988 (folios 168 y 169 ibídem).

14) Por la Resolución impuganada No. 0733 de mayo 3 de 1988 se rechaza el recurso, pues el actor a juicio de la Administración no sustenta debidamente el mismo, acto administrativo que viene a notificarse el día 5 de mayo del referido año.

15) La parte considerativa del acto acusado expresa lo siguiente:

"RESOLUCION NUMERO 0663 DE 25 DE ABRIL DE 1988.

"POR LA CUAL SE DESTITUYE A UN FUNCIONARIO" EL DIRECTOR (E) DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE CULTURA en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

Que mediante la resolución 0186 del 15 de febrero de 1988, fue designado el señor Benjamín Yépez Chamorro Jefe de Proyecto 2080-06 Centro de Restauración del Instituto Colombiano de Cultura, para adelantar una investigación disciplinaria contra el señor JULIO CESAR PADILLA ROBLES Jefe de Sección 2075-02 Sección Bodega y Transporte. Subdirección de Comunicaciones Culturales del Instituto, por posibles irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones.

Que mediante oficio 2755 del 29 de marzo de 1988, el sr. Benjamín Yépez envía a la Dirección del Instituto el expediente con la información de la investigación realizada.

Que previa citación por escrito, el 15 de abril de 1988 se reunió la Comisión de personal para emitir concepto sobre el caso del señor JULIO CESAR PADILLA R., según información presentada a la Dirección por el investigador.

Analizado el caso del señor Padilla los integrantes de la Comisión de Personal deciden aplicar la sanción de destitución, prevista en el artículo 50 del Decreto 482 de 1985."

La parte motiva del acto, no expresa otra razones.

16) A continuación se examinarán los cargos que el actor hace al acto acusado sobre la falta de motivación.

17) La responsabilidad disciplinaria es la consecuencia directa de la comisión de una falta disciplinaria, la cual luego de haber sido descrita y atribuída a su autor, ha de calificarse y valorarse por la autoridad competente.

18) El acto que impone la sanción disciplinaria debe igualmente señalar en qué modalidad se cometió la falta disciplinaria, es decir si fue a título de autor o de partícipe, puesto que estos factores constituyen presupuestos para la determinación de la sanción a imponer.

19) La ausencia de estos elementos esenciales en el acto sancionatorio, equivale en la práctica a la carencia de motivación, pues el administrado no sabe con exactitud cuál fue su conducta contraria a derecho, y la norma o normas que infringió.

20) Como ya se anotó, para imponer la sanción disciplinaria, es necesario que la autoridad competente califique la falta, y es así como el artículo 45 del D. 482 de 1985, preceptúa lo siguiente:

> **"DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA CALIFICAR LA FALTA E IMPONER LA SANCION DISCIPLINARIA.** Cuando el Jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional respectiva considere que la investigación se encuentra perfeccionada, **procederá a calificar la falta,** conforme a los **criterios** señalados en este decreto **y a determinar** la sanción que deba imponerse, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la fecha de recibo del informe de que trata el Artículo 37".

Como puede observarse, los actos acusados carecen del lleno de estos requisitos legales.

21) Sobre la necesidad de motivar el acto sancionatorio, tratan los Artículos 50 y 51 del D. 482 de 1985, cuyos textos prescriben:

> **"ARTICULO 50. DE LA APLICACION DE LA SANCION DE DESTITUCION.** Emitido el concepto, la Comisión de Personal lo remitirá con los documentos de la investigación a la autoridad nominadora para que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, **si lo considera** pertinente **imponga la sanción mediante acto administrativo motivado."**
>
> "(...)"
>
> **"ARTICULO 51. DE LA MOTIVACION Y NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE LOS CUALES SE IMPONGAN SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE LOS RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA ELLOS.** Los actos administrativos mediante

los cuales se impongan sanciones disciplinarias **deben ser motivados** y se notificarán conforme a lo previsto en el Título Primero, Capítulo X del Código Contencioso Administrativo y contra ellos proceden los recursos de reposición, apelación y queja en los términos señalados en el Título Segundo del mismo Código.

Para tales efectos se entiende como inmediato superior administrativo al Jefe del Organismo".

Cuando la Administración cumple con el deber de motivar el acto, está observando también el debido proceso, pues garantiza a quien sufre la sanción, una oportunidad más para contradecir con claridad las imputaciones que se le hacen, en la vía administrativa.

22) En el presente caso, se observa que en la breve y escasa parte considerativa de la resolución No. 663 de 25 de abril de 1988, el Director de la entidad oficial demandada no concretó la falta disciplinaria atribuída al empleado,limitándose a expresar que la investigación se ordeno porque el empleado pudo haber incurrido en "posibles irregularidades cometidas en ejercicio de sus funciones", y que la Comisión de Personal **decidió aplicarle** la sanción de destitución, razonamiento que le correspondía hacer al Director, puesto que la Comisión de Personal, apenas está autorizada para conceptuar dentro del proceso disciplinario, pero no para decidir.

De otra parte, observada el acta de la comisión de personal se encuentra también igual pobreza de argumentación y raciocinio.

En estas condiciones, se impuso la sanción sin motivación que se refiera a la valorización de la falta, de grave, o de leve, y sin que se hubiera realizado el examen del grado de participación del empleado, ni una referencia, por lo menos suscinta, al análisis jurídico de las pruebas allegadas al proceso.

De otra parte, interpuesto el recurso de reposición por parte del actor, la entidad pública lo desestimó, porque el recurrente no relacionó las pruebas que pretendía hacer valer, cuando fue el propio jefe del organismo quien dejó de hacer por lo menos una mención del caudal probatorio.

Jaccarino citado por José A. García Trevijano Fos expresa que "...la motivación es un elemento del acto en aquellos casos en los que, por disposición de la Ley o por su propia naturaleza, el acto no puede existir ni producir sus efectos sin ella, es, en cambio, un medio de prueba de la legitimidad y oportunidad del acto cuando, no siendo obligatoria, no se prohíbe.

...En realidad, la motivación es la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido de que sea un puro elemento formal sino que revela externamente lo que el acto persigue. Esto es importante a efectos de las consecuencias de su infracción".

Agustín Gordillo por su parte expresa que "su omisión determina, por regla, la nulidad del acto, aunque a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirla impropiadamente con un vicio solamente formal". "La falta de motivación -dice- implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto". "... de la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales e incluso en algunos de los actos expresados por signos".

En la legislación Española, con base en la importancia de la motivación de llegó a establecer que "todo acuerdo administrativo debía contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de derecho en que se apoya, tanto para conocimiento de la administración en ulteriores actuaciones y de los mismos interesados para poder formular el correspondiente recurso, como por resultar inmoral e improcedente denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna", como lo relata el profesor Gustavo Penagos en su obra "El Acto ADMINISTRATIVO".

24) en estas condiciones COLCULTURA dejó de motivar el acto acusado, razón por la cual el fallo deberá confirmarse, adicionando la sentencia en el sentido de que de la suma que se llegue a pagar al actor, deberán deducirse los valores que las entidades oficiales le hayan cancelado por concepto de salarios y prestaciones sociales, como resultado de una vinculación laboral en el período de su retiro del servicio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Ministerio Público

FALLA:

CONFIRMASE el fallo de 2 de abril de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en demanda promovida por **JULIO CESAR PADILLA ROBLES** y mediante el acual se declararon nulos los actos acusados.

COLCULTURA, descontará al señor Julio César Padilla Robles en aplicación del art. 128 de la C.N., cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en virtud de una vinculación laboral, desde cuando fue retirado del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, y una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

*Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora (*Aclara Voto)*; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO PUBLICO NACIONAL/POSESION/GOBERNADOR-Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES**

Considerando que el artículo 48 del Decreto 1950, previene que los empleados, distintos a los del alto rango como los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Gerentes de entes descentralizados, tomarán posesión "ante la autoridad que señala la ley o ante el jefe del organismo correspondiente o el funcionario en quien se haya delegado esta facultad", cambia por completo la perspectiva que sustenta la demandante, pues precisamente existe y se halla vigente el Decreto 2275 de 20 de octubre de 1978, "por el cual se atribuyen unas funciones a los Gobernadores de los Departamentos", en su calidad de agentes del Gobierno Nacional, dictado por el Presidente de la República "en ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso 2o. del artículo 181 de la Constitución Política". Cabe agregar que el principio contenido en el artículo 181, inciso 2o. de la Constitución de 1886, que se invoca como fundamento para la expedición del citado Decreto 2275 de 1978, encuentra igual filosofía en los numerales 3 y 14 del artículo 305 de la Carta Política de 1991, de lo cual se deduce la subsistencia de aquella norma legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6294. Actor: Junnette Briñez Zajia. Autorizades Nacionales.

JUNNETTE BRIÑEZ ZAJIA, obrando en nombre propio y en su condición de abogada, solicita se **declare la nulidad del Decreto 204 de 28 de junio de 1991,** proferido por la **Procuradora Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación,** por medio del cual se **modificó** la Resolución No.159 de 22 de agosto de 1990, proferida por la Procuraduría Departamental de Cundinamarca, en el sentido de **cambiar la multa de 15 días de sueldo que es ésta se le impusiera, por una amonestación escrita con orden de anotación en su hoja de vida.**

Solicita igualmente se declare la nulidad de la citada Resolución; y a título de restablecimiento del derecho, ordenar desanotar la aludida amonestación.

La decisión sancionatoria de multa fue la conclusión de la investigación disciplinaria contra la abogada Junnette Briñez Zajia, en su calidad de Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional -FER- de Cundinamarca, por haber dado posesión, el 3 de agosto de 1987, al señor Alvaro Aguilar Angel como Profesional Universitario, nombrado por el Gobernador en dicha Delegada para reemplazar al señor Víctor González Herrera a quien le había concedido licencia sin remuneración por el término de 60 días, sin facultad para hacerlo, pues tal función, aduce la Procuradora Departamental, está asignada al Jefe de la División de Relaciones Laborales de la Gobernación, conforme al Decreto No.00913 de 1982, lo que se corrobora, dice igualmente en su Resolución No.159, con el hecho de que Víctor González Herrera tomó posesión del cargo ante el Jefe de dicha División, circunstancia que confirma la doctora Gloria Inés Osorio, titular de esa División, cuando manifiesta que los empleados nombrados por el Gobernador toman posesión ante la mencionada Jefatura.

Recurrida la sanción de multa, la Procuradora Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, la modificó en el sentido indicado al comienzo de esta providencia, aduciendo además de las consideraciones de su inferior jerárquico, las que se condensan a continuación:

El señor Gilberto Camacho Moreno, Jefe de la Oficina de Kárdex, testimonió que él le informó oportunamente al señor Aguilar sobre los requisitos y procedimientos para que se posesionara en la Oficina de Relaciones Laborales de Cundinamarca.

El FER mediante Oficio No. 0126 de febrero de 1988 comunicó al Secretario General de la Gobernación que no existe acta de posesión del mencionado señor. En igual sentido ofició la División de Relaciones Laborales en la misma fecha.

Esta última dependencia aclaró en Oficio No. 040 de los mismos mes y año que "...Por regla general todos los empleados y funcionarios nombrados por el Gobernador del Departamento deben posesionarse ante la División de Relaciones Laborales del Departamento." con excepción de funcionario de alto rango que toman posesión directamente ante el Gobernador.

Se tiene entonces, dice la Procuradura, que la afirmación precedente se fundamenta en lo normado en el Decreto No. 913 de 24 de mayo de 1982, que preceptúa que a la Jefatura de la División de Relaciones Laborales de Cundinamarca corresponde "Dar posesión a los empleados oficiales que se vinculen a la Administración Central, exigiendo el cumplimiento a (sic) los requisitos mínimos establecidos para el desempeño de los diferentes empleos".

Refiriéndose a lo que la encartada expresa en su defensa, consistente en que no excedió sus funciones porque al Decreto 913 de 1982 que se estima haber infringido es aplicable sólo a empleados departamentales y la posesión la dio en representación del Ministerio de Educación Nacional de conformidad con el artículo 1o., numeral 2o., del Decreto No. 1723 de 1977, artículo 267 de la Ley 4a. de 1913 y el Decreto 1950 de 1973, la Procuraduría Tercera expresa que tal argumentación no es de recibo por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que Alvaro Aguilar fue nombrado en la Oficina de la Delegación del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Cundinamarca, entidad territorial ante la cual debió cumplir sus funciones, por lo cual era necesario dar cumplimiento al Decreto No. 913 de 1982. Añade que el Decreto 1723 de 1977, que consagra las funciones de los delegados regionales del Ministerio de Educación ante las Juntas Administradoras, no contempla la de dar posesión a los subalternos, razón que aunada al rango del nombramiento permite enteder que era aplicable el referido Decreto Departamental 913, aparte de que a la Junta Administradora sólo le compete las funciones señaladas en el Artículo 4o. del Decreto No. 102 de 1976 y en ellas no aparece referida la de posesionar subalternos.

Por lo anterior, concluye, se vulneró también el artículo 20 de la Constitución Política.

Finalmente, estimó la Procuraduría Tercera que dado que la conducta investigada no causó ningún perjuicio a la administración y la disciplinada no registra antecedentes, era procedente modificar la sanción impuesta en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Se sintetizan así:

Reitera las razones expuestas en el curso de la investigación disciplinaria.

Señala que con la decisión sancionatoria de la Procuraduría se infringieron el Decreto No. 913 de 1982 en su artículo 2o., numeral 1o., y "el artículo 30 (sic) del Decreto 102 de 1976" por atribuirles un alcance diferente del que contienen, es decir, por interpretación arrónea.

Los empleados del orden nacional, como son quienes ejercen cargos provistos por las Juntas Administradoras de los FER, para su posesión deben estarse a lo dispuesto en normas de carácter nacional como son la Ley 4a. de 1913 (art. 268) y el Decreto

1950 de 1973 (art. 48), y teniendo en cuenta, además, que, en el presente caso, Alvaro Aguilar Angel era un subalterno de la Delegada del Ministerio de Educación ante el FER de Cundinamarca, y residía en Bogotá.

No se tuvo en cuenta de acuerdo con sentencia de 18 de noviembre de 1988, dictada por el Consejo de Estado, en el expediente No. 342, con ponencia del Doctor Reynaldo Arciniegas B., "... las autoridades del orden territorial hacen los nombramientos del personal del servicio educativo nacionalizado, a nombre de la Nación, y los empleados son de carácter nacional. Esta función no les atribuye autonomía en el manejo o la administración del servicio, que depende de un organismo -el Ministerio de Educación Nacional- y demás autoridades del orden nacional.".

Igualmente, dice la demandante, los actos acusados son anulables para falsa motivación cuando el hecho que se imputa como violatorio del artículo 2o. del Decreto No. 913 de 1982, no constituye jurídicamente falta disciplinaria porque el posesionado Alvaro Aguilar era empleado del orden nacional mas no del nivel departamental, y su posesión debió surtirse, como se surtió, ante una autoridad de aquel nivel.

LA IMPUGNACION DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación, al contestar la demanda, propone la EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA, aduciendo que ésta no satisface la exigencia consagrada en el artículo 137 del C.C.A., toda vez que no contiene la totalidad de las disposiciones presumiblemente infringidas y el concepto de su violación.

En el evento de no declararse probada esta excepción, solicita denegarse las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta los antecedentes disciplinarios, en donde, dice, obra el material probatorio que sirvió de base a la decisión recurrida, que ahora debe considerarse.

Corrido el traslado para alegar de conclusión, sólo hizo uso de él la Procuraduría general de la Nación a través de su apoderado judicial quien reiteró su argumentación contenida en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES:

1. **La excepción de inepta demanda.-** No tiene vocación de prosperidad toda vez que la actora sí señaló en su demanda normas que estimó infringidas, y, además, expuso el concepto de su presunta violación, lo que permitió precisamente que en este proveído se reseñara dicho aspecto.

2. **La cuestión de fondo.-** Se contrae a dilucidar si la demandante en su condición de Delagada del Ministro de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional -FER- del Departamento de Cundinamarca, tenía o no competencia para dar posesión

al señor Alvaro Aguilar Angel quien había sido nombrado por el Gobernador de ese Departamento para desempeñar el cargo de Asistente de dicha Delegada ante el mencionado Fondo.

Es cierto, como lo sostiene la Procuraduría, que dentro de las funciones de los Delegados del Ministro de Educación ante los FER, señaladas en los 15 numerales del artículo 1o. del Decreto 1723 de 1977, no se halla la de dar posesión a los funcionarios de dichos Fondos.

Pero los argumentos aducidos por la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa para deducir la sanción disciplinaria en contra de la actora, cimentados en las declaraciones del Jefe de la Oficina de Kárdex de la División de Relaciones Laborales de Cundinamarca, y en los Oficios atrás citados acerca de la inexistencia del acta de posesión del prenombrado Aguilar Angel, no tiene por sí virtud probatoria alguna que permita demostrar de manera idónea que la Jefatura de Relaciones Laborales era o es el órgano encargado legítimamente para dar posesión a funcionarios del orden nacional (Aguilar Angel era uno de ellos) que deban prestar sus servicios en el Departamento.

Tampoco la tiene el hecho de que el funcionario reemplazado por Aguilar se hubiese posesionado ante la aludida Jefatura, ni que tal diligencia de posesión de funcionarios del FER de Cundinamarca sea costumbre efectuar ente la citada Oficina Laboral, así estas circunstancias hayan sido avaladas por la titular de ese Despacho, teniendo en cuenta que la costumbre en ningún caso tiene contra la ley, y no podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea, según las voces del artículo 8o. del Código Civil, y que para el evento en examen sí existe norma legal que establece la competencia para la práctica de la aludida diligencia de posesión, como se precisará más adelante.

En relación con el sustento legal aducido por la Procuraduría, es decir con el Decreto 913 de 1982, la Sala observa:

Este Estatuto, aportado a los autos, expedido por el Gobernador de Cundinamarca en "uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere la Ordenanza 40 de 1982", preceptúa en su artículo 1o. que:

> "El Manual especifico de Funciones y de Requisitos que establecen en el presente Decreto rige para los Empleados Oficiales del Despacho de la Secretaría General, de la División Jurídica, de la División de Relaciones Laborales y de la Oficina de Divulgación y Prensa.".

Y en el artículo 2o., referente a las funciones del Jefe de la División de Relaciones Laborales, se lee:

> "1.- Dar posesión a los empleados oficiales que se vinculen a la Administración Central, exigiendo el cumplimiento a (sic) los requisitos mínimos establecidos para el desempeño de los diferentes empleos.".

Aquella norma fija el campo de aplicación del decreto del cual hace parte, y ésta lo predica para efectos de la posesión de empleados oficiales que se vinculen a la administración central del Departamento, lo que es consecuente y armónico con la anterior disposición.

Entonces, esta apreciación que deviene nítida de los textos pretranscritos, no permite deducir, como lo hace la Procuraduría, que la posesión del señor Alvaro Aguilar Angel debía cumplirse ante la Jefatura de la División de Relaciones Laborales de Cundinamarca, teniendo en cuenta que no se trataba de un funcionario departamental sino del orden nacional, según el claro texto de la Cláusula Sexta del modelo de contrato de adición al contrato de organización y actualización de los FER, adoptado por el Decreto 878 de 1977, el cual previene que "Los funcionarios administrativos del FER, son funcionarios nacionales...", como igualmente lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación en diversos fallos, como el citado por la parte actora en su demanda, atrás parcialmente transcrito.

Claro que su nombramiento sí le corresponde al Gobernador en virtud de la misma Cláusula Sexta que al respecto señala que "La Junta Administradora del FER decide la forma en que se proveerán los cargos y el nombramiento se hará por el Gobernador (Intendente, Comisario, Alcalde Mayor de Bogotá), lo cual es concordante con lo estatuído en el artículo 6o. del Decreto Ley 102 de 1976, el cual reza: "Los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, serán los ejecutores de las decisiones de las Juntas Administradoras de los FER.", pero ello no avala la ya equivocada conclusión de la Procuraduría respecto de la aplicación del Decreto Departamental 913 de 1982 al caso *sub-exámine,* como este organismo lo sugiere en la providencia cuestionada.

También le resulta jurídicamente impropio a la Procuraduría pretender sostener la viabilidad de la aplicación de la norma departamental citada, apoyándose en el argumento de que dentro de las facultades de las Juntas Administradoras de los FER, consagradas en el artículo 4o. del Decreto 102 de 1976 no se contempla la de posesionar subalternos de éstas, cuando no es ésto lo que en ningún momento en el trámite disciplinario ha discutido la funcionaria sancionada, como tampoco lo ha hecho en este proceso, seguramente por estimarlo impertinente, como en efecto lo sería dado que la incompetencia se predica es de ella como Delegada del Ministerio de Educación y no de la Junta Administradora del FER que no fue quien dio posesión a Aguilar Angel.

Respecto a que los empleados de los FER, por ser nacionales, para su posesión deben estarse a lo preceptuado en los artículos 268 de la Ley 4a. de 1913 y 48 del Decreto 1950 de 1973, por ser estas normas de carácter nacional, según lo sostiene la actora, la Sala observa que, conforme al texto de aquella disposición, Aguilar Angel, por ser subalterno de la Delegada del Ministro ante el FER de Cundinamarca, según se desprende de la citada Cláusula Sexta al señalar que "... los funcionarios de su oficina estarán bajo su inmediata autoridad.", podría pensarse, en principio, que su apreciación es acertada.

Sin embargo, considerando que el artículo 48 del Decreto 1950, previene que los empleados, distintos a los de alto rango como los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Gerentes de entes descentralizados, tomarán posesión "ante la autoridad que señala la ley o ante el jefe del organismo correspondiente o el funcionario en quien se haya delegado esta facultad.", cambia por completo la perspectiva que sustenta la demandante, pues precisamente existe y se halla vigente el Decreto 2275 de 20 de octubre de 1978, "por el cual se atribuyen unas funciones a los Gobernadores de los Departamentos", en su calidad de agentes del Gobierno Nacional, dictado por el Presidente de la República "en ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso 2o. del artículo 181 de la Constitución Política", el cual estatuye en el numeral 9o. de su artículo 2o.:

> "Dar posesión a los empleados públicos nacionales que deban servir en el departamento."

lo que envuelve una clara delegación.

Así que Aguilar Angel debió tomar posesión directamente ante el Gobernador, sin que pueda pensarse válidamente que este funcionario habría comisionado a la Jefatura de Relaciones Laborales para el cumplimiento de dicha diligencia, como claramente se amerita con los precedentes razonamientos, a parte de que la subdelegación para este evento no está autorizada expresamente por la ley.

Cabe agregar que el principio contenido en el artículo 181, inciso 2o., de la Constitución de 1886, que se invoca como fundamento para la expedición del citado Decreto 2275 de 1978, encuentra igual filosofía en los numerales 3 y 14 del artículo 305 de la Carta Política de 1991, de lo cual se deduce la subsistencia de aquella norma legal.

Comoquiera, pues, que la actora no señala esta última disposición legal como infringida, y, desde luego, mal podría explicar su presunta violación y, además, esta jurisdicción es rogada, el cargo analizado no tiene vocación de prosperidad.

En lo atinente a la **falsa motivación** que la actora alega, basta señalar que no puede confundirse una equivocada interpretación de una norma legal con aquel fenómeno jurídico que tiene su fuente en las circunstancias fácticas que preceden o provocan la decisión administrativa.

Y en cuanto a que el hecho que se le imputa en los actos acusados no constituyen falta disciplinaria, hay que puntualizar que realizar funciones públicas diversas de las que legalmente corresponden a un empleado público, sí constituye falta disciplinaria, conforme al numeral 22 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, disposición advertida en el Decreto demandado.

La Sala resalta el inadmisible descuido de la Procuraduría al dejar de señalar y examinar disposiciones relacionadas con el asunto debatido (como el Decreto 2275 de 1978), omisión que la llevó a tomar una decisión con fundamento en una norma

inaplicable, como ha quedado demostrado en esta providencia, pero que, por las razones igualmente expuestas, no procede anular.

Por todo lo anterior, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1o. Declárase no probada la excepción de inepta demanda, propuesta por la parte demandada.

2o. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADOS DE LA RAMA/CALIFICACION DE SERVICIOS-Naturaleza Jurídica/**ACTO ADMINISTRATIVO/CALIFICACION DE SERVICIOS**-Aspectos

La naturaleza jurídica de la calificación de los servicios de los empleados de la rama jurisdiccional, es de carácter eminentemente administrativo, y tiene por objeto lograr el buen servicio mediante la ponderación de factores tales como la dedicación al trabajo, la calidad y organización del mismo, la actualización de conocimientos y la conducta del empleado. Este último factor entendido como el comportamiento o conducta laboral desde el punto de vista del rendimiento de la eficiencia y de la eficacia laboral, pero no respecto de la conducta disciplinaria del empleado, situación bien diferente.

CALIFICACION DE SERVICIOS-Objeto/**PROCESO DISCIPLINARIO/ SANCION DISCIPLINARIA/DESTITUCION/CALIFICACION INSATISFACTORIA/INSUBSISTENCIA**

La calificación de servicios propende por el desarrollo laboral y la correcta prestación del servicio público, y la conducta o comportamiento laboral de su empleado si es insatisfactoria, debe concluir con el retiro del servicio de este, previa evaluación de los restantes factores. A diferencia de la falta disciplinaria que debe culminar con el retiro del empleado mediante la destitución, la calificación insatisfactoria, conduce a la declaratoria de insubsistencia, causal bien distinta del retiro del servicio público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5370. Autoridades Nacionales. Actor: Amparo Disney Vega Mendoza.

AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA, en ejercicio de la **acción de simple nulidad** solicita se declare la nulidad de la providencia de fecha 6 de octubre de 1989 proferida por la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se revoca la resolución que declaró la insubsistencia del secretario del Juzgado 1o. Civil Municipal por obtener dos calificaciones de servicio insatisfactorias y se solicita apertura de investigación penal por el posible hecho punible de abuso de autoridad de la titular del despacho al proferir la calificación de servicios.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Luis Felipe Rodríguez Pérez, Secretario del Juzgado Civil Municipal y quien fuera objeto de las calificaciones insatisfactorias, se hizo presente en el proceso y se opuso a la demanda por estimar que dichas calificaciones se produjeron con abuso y desviación de poder, pues el único propósito consistía en retirarlo del servicio y para tal efecto lo suspendió en el ejercicio de sus funciones y cuando las reasumió, la Juez le transfirió dichas funciones al sustanciador y al Oficial Mayor.

Agrega que por estos hechos le asiste razón al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta cuando respecto de la segunda calificación expresó que la juez había tenido en cuenta nuevamente los procesos disciplinarios que ya se habían ponderado para la primera calificación, violándose así el principio *"non bis in idem"*, lo cual no es justo.

Excepciona la demanda por estimar que hay ilegitimidad para proponerla, porque la Juez debía limitarse a darle cumplimiento al acto del Tribunal Superior, pero no para irse en contra de él, demandándolo. Agrega que las calificaciones de la Juez se produjeron con desviación de poder.

El Ministerio de Justicia no dio contestación a la demanda.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso, luego de analizar los hechos que originaron el proceso señala que si bien la actora considera que era la Sala Plena del Tribunal Superior de Cúcuta a la cual correspondía decidir la apelación interpuesta contra el acto de insubsistencia del nombramiento del Secretario del Juzgado y no a la Sala Disciplinaria, la actora no citó norma alguna que así lo dispusiera y por lo tanto el cargo no puede prosperar.

Agrega que si bien el Tribunal Superior de Cúcuta podía estudiar la segunda calificación para revocar si fuere el caso la insubsistencia, no podía anularse dicha calificación por ser un acto de trámite y no estar dentro de sus atribuciones, y además

ha debido calificar al empleado al no encontrar ajustada a derecho la segunda calificación.

Concluye que la demandante no acredita en este proceso que la segunda calificación que ella efectuó a su empleado se ajusta a derecho, y en sentido contrario, los testimonios recibidos en el proceso indican que Felipe Rodríguez "sí cumple a cabalidad con las funciones del cargo".

CONSIDERACIONES:

1) Como la inconformidad de la actora radica según el hecho sexto de la demanda en que el acto acusado se profirió dentro del rito del proceso disciplinario, deberá analizarse esta situación en primer término.

2) La naturaleza jurídica de la calificación de los servicios de los empleados de la Rama Jurisdiccional, es de carácter eminentemente administrativo, y tiene por objeto lograr el buen servicio mediante la ponderación de factores tales como la dedicación al trabajo, la calidad y organización del mismo, la actualización de conocimientos y la conducta del empleado. Este último factor entendido como el comportamiento o conducta laboral desde el punto de vista del rendimiento de la eficiencia y de la eficacia laboral, pero no respecto de la conducta disciplinaria del empleado, situación bien diferente.

Textualmente prescribe el artículo 46 del Decreto 52 de 1986:

> "ARTICULO 46. **La calificación** será motivada y comprenderá los siguientes aspectos: **conducta**dedicación **al trabajo; calidad** y organización **del trabajo;** actualización de conocimiento. **Al impartirla** se tendrá en cuenta el comportamiento público del calificado, su puntualidad, la actención al público y en fin todo lo que contribuya al análisis de su idoneidad para el servicio.".

2) La calificación de servicios propende por el desarrollo laboral y la correcta prestación del servicio público, y la conducta o comportamiento laboral de su empleado si es insatisfactoria, debe concluir con el retiro del servicio de este, previa evaluación de los restantes factores. A diferencia de la falta disciplinaria que debe culminar con el retiro del empleado mediante la destitución, la calificación insatisfactoria, conduce a la declaratoria de insubsistencia, causal bien distinta de retiro del servicio público.

3)La Sala en fallo de **30 de octubre de 1991, expediente No.1268** con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, dijo al respecto:

> "4) La Sala considera importante aclarar, dada la temática materia del proceso disciplinario de autos, que la ineficiencia atribuída a un funcionario por razones de fallas en su formación, capacitación, desadaptación al cargo que se ejerce, no pueden conducir a la deducción de una responsabilidad que culmine con sanción disciplinaria, pues existen otros mecanismos administrativos que conducen a la protección del buen servicio público, como son la declaratoria de insubsistencia...".

Sin embargo, si la ineficiente prestación del servicio, es imputable ya no a la ineptitud personal, sino al producto de una intención deliberada del empleado, sí es procedente la aplicación al régimen disciplinario.".

4) En cuanto al trámite agotado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, conviene expresar que dicha Corporación expresó que como no existe un procedimiento especial para tramitar el recurso interpuesto debía aplicar el descrito en el art. 535 del C.P.P., es decir, el señalado para el trámite de la segunda instancia en materia penal. Como consecuencia de tal apreciación, se ordenó repartir el proceso a las Fiscalías, y dar traslado por el término de cinco días para que el Ministerio Público emitiera su concepto, y finalmente se ordenó fijar en lista por otros cinco días para que los interesados presentaran sus alegatos, según se expresa en el folio 144 del cuaderno No. 3.

5) Como para la fecha en que se expidió el acto acusado, esto es el día 6 de octubre de 1989, el trámite e integración de las Salas en las Corporaciones respecto de la calificación de los servicios se había radicado en el Tribunal conforme a los artículos 44 a 53 del Decreto 52 de 1987, y no de acuerdo al proceso disciplinario, es evidente que el acto acusado se expidió dentro de un procedimiento diferente y por una Sala también diferente.

6) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta como Corporación competente para resolver el recurso de apelación contra la providencia del Juzgado Primero Civil Municipal, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del Secretario de dicho Juzgado, en virtud de la calificación insatisfactoria de sus servicios laborales, debía ejercer dicha**atribución administrativa** en los términos y condiciones que el Artículo 48 del Decreto-Ley 52 de 1987 le había investido.

7) El acto acusado que decidió el recurso en cuanto al trámite procedimental que se le dio a la impugnación dijo:

"La Juez Primero Civil Municipal de Cúcuta, en providencia de fecha 3 de agosto del presente año, al negar la reposición propuesta contra la resolución No.005 de julio 26 de 1989, mediante la cual declaró insubsistente en el cargo al secretario del Juez Primero Civil de Cúcuta, señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ, concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior - Salas Disciplinarias.

Repartido que fue, **se dió el trámite de ley del Decreto 052 de 1987, artículo 76 y s.s.** y nuevamente ha vuelto al despacho del Magistrado Sustanciador para decidir sobre la impugnación, lo que se hace por el Tribunal en su **Sala Disciplinaria** mediante lo que a continuación se entra a exponer." (fl.2 Cdno. ppal.).

8) Sobre la improcedencia de dicho trámite el Fiscal Primero de Cúcuta había dicho con antelación, lo siguiente:

"Con todo respeto manifiesto que me abstengo de rendir concepto por los siguientes razonamientos.

En primer lugar, **no se trata aquí de un proceso disciplinario** adelantado contra el señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ, **cuyo trámite está consagrado en los artículos 76 y siguientes y cuyo conocimiento en segunda instancia,** de los adelantados contra los empleados de los Juzgados corresponde a los Tribunales Superiores, **por medio de una Sala especial Disciplinaria** conformada por un Magistrado Ponente y **a cuya confirmación concurren otros dos magistrados de especialidades distintas,** escogidos por orden alfabético (Decreto 052 de 1987)". (fl.23 Cdno. Ppal.).

De lo antes transcrito, se concluye que tanto la integración de Sala que decidió el recurso, como el procedimiento agotado por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta no son los que correspondían al caso.

9) La actora aunque no llegó a estimar que fuera en Sala de Decisión que debía decidirse el recurso, sino en Sala Plena, pero sí atacando la incompetencia de la Sala Disciplinaria y el prodecimiento disciplinario agotado, e invocando el artículo 48 del Decreto 52 de 1986 como disposición violada aunque sin expresar a plenitud el alcance antes señalado, solicita su nulidad. Conviene señalar que tal defecto no alcanza a ser suficiente para que su petición deje de prosperar al respecto. (fls, 45 y 46).

El libelo demandatorio en algunos de sus apartes dijo lo siguiente:

"DISPOSICIONES VIOLADAS: CONSTITUCIONALES arts. 2-16-21 y 26 Decreto No. **0052/87** ARTS. 36 y 37 y **46 a 53.**

"El magistrado que avocó el conocimiento no citó las disposiciones en que se fundamenta su ejercicio; caprichosamente invade otra jurisdicción y a un trámite administrativo lo convierte en investigación disciplinaria. (fl. 45 cdno.ppal).".

"El Honorable Magistrado Ponente viola el precitado artículo como autoridad jurisdiccional, al no acatar el trámite administrativo y enrumbar por caminos vedados a su competencia las resultas de su auto." (folio 46 cdno. ppal).".

"El art. 26 de la Constitución dice: "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 de cada juicio".

"(...)"

"Al no darle la Sala General del Tribunal Superior el trámite administrativo correspondiente violó el precitado artículo con conocimiento de causa, puesto que fue advertido por su fiscal colaborador." (fl. 50 cdno. ppal)".

La conformación de la Sala Disciplinaria no obedece al criterio de simple distribución del trabajo. Si bien la actora contribuyó en parte a producir esta situación al conceder el recurso, ello no es óbice para señalar que la conformación de tal Sala para un asunto administrativo y el imprimirle de trámite disciplinario a una materia que no lo es, obliga a la anulación del acto.

De acuerdo con lo antes expuesto, como al acto se le dio un trámite diferente y se decidió por una Sala también diferente, el acto acusado deberá ser anulado.

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

FALLA:

DECLARASE NULO el acto acusado contenido en la providencia de seis (6) de octubre de 1989 proferido por la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y mediante el cual se revocó la resolución No.005 de 26 de junio de 1989 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta, en demanda promovida por AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE, y una vez ejecutoriada archívese el expediente.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.- Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora* (Salva Voto); *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La Sala en fallo de 30 de octubre de 1991, expediente No. 1268 con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, dijo al respecto: La Sala considera importante aclarar, dada la temática materia del proceso disciplinario de autos, que la ineficiencia atribuída a un funcionario por razones de fallas en su formación, capacitación, descapacitación al cargo que se ejerce, no pueden conducir a la deducción de una responsabilidad que culmine con sanción disciplinaria, pues existen otros mecanismos administrativos que conducen a la protección del buen servicio público, como son la declaratoria de insubsistencia... Sin embargo, si la ineficiente prestación del servicio, es imputable ya no a la ineptitud personal, sino al producto de una intención deliberada del empleado, si es procedente de la aplicación al régimen disciplinario.

CALIFICACION DE SERVICIOS/INSUBSISTENCIA/RECURSO DE APELACION-Conocimiento/**TRIBUNAL SUPERIOR/SALA ESPECIAL DISCIPLINARIA/DERECHO DE DEFENSA**

Es principio universal el de que nadie pueda invocar en su favor su propio error, y en el caso de actos es incuestionable que fue la propia actora, en su condición de Juez Primero Civil Municipal de Cúcuta, quien generó la confusión que llevó al Tribunal Superior de Cúcuta a conocer en "Sala Especial Disciplinaria" del recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Felipe Rodríguez Pérez contra la providencia de aquella que lo declaró insubsistente como secretario de ese juzgado. No es muy claro, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 052 de 1987 y demás disposiciones sobre la materia, cuál era el trámite que debía surtirse en ese supuesto. La actuación adelantada por el Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Especial Disciplinaria, no vulneró el derecho de defensa del recurrente, y antes bien, le dio más tiempo y una mejor oportunidad para ejercitar su derecho de defensa.

NORMAS VARIADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION/JURISDICCION ROGADA

Los capítulos de normas violadas y concepto de la violación que trae la demanda son bastante sintéticos y restringidos; y dentro de la concepción que la sala ha venido manejando mayoritariamente, de jurisdicción rogada, son insuficientes para provocar los análisis y razonamientos que sí se incluyen en la sentencia.

Salvamento de Voto del Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora. Santafé de Bogotá, D.C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Juicio No. 5370.- Autoridades Departamentales. Actora: Amparo Disney Vega Mendoza.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito señalar las razones de mi disentimiento con el resuelto en este asunto, así:

1. Es principio universal el de que nadie puede invocar en su favor su propio error, y en el caso de autos es incuestionable que fue la propia actora, en su condición de Juez Primero Civil Municipal de Cúcuta, quien generó la confusión que llevó al Tribunal Superior de Cúcuta a conocer en "Sala Especial Disciplinaria" del recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Felipe Rodríguez Pérez contra la providencia de aquella que lo declaró insubsistente como Secretario de ese Juzgado.

2. No es muy claro, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 052 de 1987 y demás disposiciones sobre la materia, cuál era el trámite que debía surtirse en ese supuesto.

3. La actuación adelantada por el Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Especial Disciplinaria, no vulneró el derecho de defensa del recurrente, y antes bien, le dio más tiempo y una mejor oportunidad para ejercitar su derecho de defensa.

4. Los capítulos de normas violadas y concepto de la violación que trae la demanda son bastante sintéticos y restringidos; y dentro de la concepción que la Sala ha venido manejando mayoritariamente, de jurisdicción rogada, son insuficientes para provocar los análisis y razonamientos que sí se incluyen en la sentencia.

Por consiguiente, considero que no debían prosperar las pretensiones de la demanda, como con acierto lo señaló (a juicio mío), la distinguida Colaboradora Fiscal.

Con todo comedimiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

MESADA ADICIONAL/SUSPENSION PROVISIONAL

Para juzgar si se da la violación *prima facie* de las normas superiores es indispensable aplicar las mismas premisas tanto en la disposición acusada como en la que se presume objeto de quebranto. Y desde ese punto de vista hay una flagrante contradicción entre lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el acápite suspendido del inciso segundo del artículo 43 del Decreto No. 692 de 1994, reglamentación de aquel. Empero, si lo anterior no fuese suficiente, debe señalar la Sala que mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994, con ponencia del Honorable Magistrado Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional, declaró la inexequibilidad de las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el inciso primero del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "al igual que el inciso segundo de la misma disposición". En consecuencia, como este inciso era el soporte de la norma reglamentaria, es incuestionable que la misma está afectada de inconstitucionalidad.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia : Expediente No.10223.- Decretos del Gobierno . Actor: Fernando Hoyos Navarro.

La Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), a través de apoderado judicial, interpuso recurso de reposición contra el auto dictado el 8 de agosto de 1994, mediante el cual se suspendió provisionalmente una frase del inciso segundo del artículo 43 del Decreto 692 de 1994.

En el escrito correspondiente (fls. 37-46), afirma la parte recurrente que en el evento de autos no existió una violación ***"prima facie"*** de normas superiores, porque era menester -como lo dijeron en su salvamento de voto las Honorables Consejeras que se apartaron de la tesis mayoritaria-, analizar la incidencia del Decreto No.2108 de 1992 respecto de las pensiones y pensionados que fueron beneficiarios de los reajustes dispuestos por ese ordenamiento. Para reforzar sus planteamientos invoca algunos antecedentes del debate adelantado en el Congreso de la República sobre este particular y finaliza con la insistencia de que la transgresión que se le atribuye al acto acusado no puede deducirse sino luego de un análisis profundo, de fondo, que en su criterio debe reservarse para la sentencia.

Para resolver, se CONSIDERA:

Para la Sala la incidencia del Decreto 2108 de 1992 en cuanto a este tema es aparente. En efecto, para juzgar si se da la violación ***prima facie*** de las normas superiores es indispensable aplicar las mismas premisas tanto en la disposición acusada como en la que se presume objeto de quebranto. Y desde ese punto de vista hay una flagrante contradicción entre lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el acápite suspendido del inciso segundo del artículo 43 del Decreto No. 692 de 1994, reglamentario de aquél.

Empero, si lo anterior no fuese suficiente, debe señalar la Sala que mediante sentencia C-409 del 15 de septiembre de 1994, con ponencia del Honorable Magistrado Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de las expresiones "**actuales**" y "**cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988**", contenidas en el inciso primero del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "**al igual que el inciso segundo de la misma disposición.**" En consecuencia, como este inciso era el soporte de la norma reglamentaria, es incuestionable que la misma está afectada de inconstitucionalidad y por ende, sin más argumentaciones, deberá confirmarse la providencia recurrida.

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

RESUELVE:

Primero.- Confírmase el auto recurrido, proferido por esta Sala el 8 de agosto de 1994.

Segundo.- Reconócese personería al doctor Pedro Nel Londoño Cortés, con Tarjeta Profesional de Abogado No. 32.220 del Ministerio de Justicia, como apoderado

judicial de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), en los términos y para los efectos del poder conferido.

Tercero.- Por la Secretaría, expídanse las copias de esta providencia y del auto del 8 de agosto de 1994, solicitadas de conformidad con los memoriales visibles de folios 22 a 29, 31, 35 y 36 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 29 de septiembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente (Aclara Voto)*; Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro (*Aclara Voto); *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno; Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La Aclaración de Voto de las Dras. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS Y CLARA FORERO DE CASTRO, refiere lo siguiente: "El hecho de que hubiéramos salvado voto por no compartir la decisión en el auto que ordenó la suspensión provisional cuya reposición se pide, nos obliga a aclarar el voto afirmativo al mantenimiento de la medida cautelar decretada, precisando que la razón del cambio de parecer se debe a que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-409, declaró la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, norma legal que precisamente era la que reglamentaba la norma suspendida. De manera que como lo dice la providencia "como este inciso era el soporte de la norma reglamentaria, es incuestionable que la misma está afectada de inconstitucionalidad y por ende, sin más argumentaciones, deberá confirmarse la providencia recurrida".

PENSION GRACIA/CUANTIA-Fijación/**FACTORES SALARIALES/APORTES**-Improcedencia

Al expedirse la Ley 4a. de 1966, se estableció que a partir del 23 de abril de ese año, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades del Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios. Desde la creación de la pensión-gracia, el sueldo o salario devengado por el docente primero en los últimos dos años (Ley 114) y posteriormente en el último año, sirven de fundamento, sea para calcular las cotizaciones a la Caja de Previsión o para liquidar el valor de la mesada pensional. Siguiendo los mandatos de la Ley 114 de 1913, que creó la pensión especial, en la cual se determinó que para fijar la cuantía de la misma el fundamento es el "sueldo" que lo definió la Ley 65 de 1946 y probado como que el docente devengó retribuciones salariales constitutivas de salario diferentes a la asignación mensual en el último año, base para liquidar la pensión, serán esos factores a tener en cuenta para liquidar la pensión y no los "aportes" porque estos nunca se realizaron para la Caja obligada al pago de la prestación de acuerdo a la Ley 91 de 1989, y el Decreto 081 de 1976.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No.7975. Autoridades Nacionales. Actor: Jairo Saavedra Chaux.

Decide la Sala la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fecha 6 de noviembre de 1992, que accedió a las súplicas de la demanda, en el proceso de restablecimiento del derecho de carácter laboral promovido por Jairo Saavedra Chaux, contra la Caja Nacional de Previsión Social.

Las peticiones del actor se encaminaron a obtener la nulidad parcial de la resolución No. 007214 del 22 de agosto de 1990, originada en la Caja Nacional de Previsión Social, en cuanto reconoció una pensión por valor de $96.698.35 y no en la cuantía solicitada que era de $139.062.20 además la anulación del artículo 1o. de la resolución No. 6371 de 30 de octubre de 1990, en cuanto confirmó la primera resolución al resolver el recurso de apelación.

ANTECEDENTES

Se pueden resumir los hechos de la demanda así:

1. El actor laboró para la Secretaría de Educación del Departamento del Valle, en el nivel secundario, desde el 11 de septiembre de 1968 hasta el 9 de febrero de 1989, el 10 del mismo mes y año pasó a desempeñar funciones docentes en el nivel de la enseñanza primaria, cargo que desempeña en la actualidad; acumuló 20 años de servicio el 11 de septiembre de 1988 y cumplió 50 años de edad el 21 de marzo de 1989.

2. Por los hechos anteriores solicitó de la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento de la pensión gracia conforme a la Ley 114 de 1913; la Caja reconoció el derecho mediante los autos acusados; sin embargo, la cuantía señalada como valor de la mesada es inferior al legal por no haber tenido en cuenta los factores salariales correspondientes a: prima de población, prima de alimentación, prima vacacional, prima académica y prima de navidad.

3. La Caja Nacional fundamentó la liquidación en los factores señalados en la ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, normas que no son aplicables a la pensión gracia de jubilación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas se citan los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional; C.C. artículo 10; Ley 57 de 1887, artículo 5o.; Ley 4a. de 1966; artículo 4o., Decreto Reglamentario No.1743 de 1966, artículo 5o.; artículo 1o. de las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985; Ley 114 de 1913, artículo 1o. a 5o.; Ley 116 de 1928, artículo 6o. y Ley 37 de 1933, artículo 3o.

1o. Violación de la ley como sausal de nulidad.

Afirma al exponer el concepto de la violación que la Caja Nacional de Previsión Social, reconoció la pensión gracia en cuantía de $96.698.35, cuando el verdadero valor debió ser $139.062.20 dejando de aplicar la Ley 4a. de 1966 que determina que dicho valor será el 75% del "promedio mensual obtenido en el último año de servicios".

Se aplicó en forma indebida los preceptos de la Ley 33 de 1985 para determinar los factores salariales, por no tener la pensión-gracia fundamento en los aportes que se hacen a la entidad de previsión en el último año de servicios y, además, porque el artículo 1o. de la misma ley determinó que no están sujetos a la anterior regla quienes disfruten de un sistema especial de pensiones como es el caso de la pensión-gracia exclusiva de los maestros y por lo cual se debe aplicar para efectos de determinar el valor de la mesada pensional el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966 y el artículo 5o. del Decreto reglamentario No. 743 de 1966.

2o. Falsa motivación: Al expresar la Resolución que "los certificados de los factores salariales visibles a folio 8 del cuaderno administrativo no especifica los descuentos que ordena la ley, debe entonces entenderse que estos se calculan sobre los que la misma ley ordena que se hagan", incurrió en falsa motivación porque el demandante no es afiliado a la Caja Nacional de Previsión; por tal razón no aporta; además el F.E.R. no hace descuentos al demandante y a favor de dicha entidad; por tanto no se puede hacer cálculos "sobre los que la misma Ley establece que se hagan". Observa que la pensión-gracia, mal puede decirse que la pensión se calcula sobre factores remuneracionales sobre los que se aporta.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del Valle del Cauca accedió a las peticiones de la demanda al considerar que:

1. Para determinar el valor de la mesada pensional y determinar qué factores salariales se deben contabilizar para el efecto, encuentra que no es aplicable la Ley 4a de 1966, en razón a que el estatus de pensionado se configuró en el año de 1989, en plena vigencia de la Ley 33 de 1985 y Ley 62 del mismo año.

2. Parte del concepto de salario previsto en la Ley 65 de 1946, aplicable al sector público, donde se estableció que sueldo o salario es toda retribución cuya naturaleza sea por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque sea otra su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas; revisa los criterios de salarios fijados en el Decreto Ley No. 1042 de 1978, para entrar a determinar si los factores indicados en el libelo, debieron o no ser tomados en cuenta por la entidad de Previsión, para el cálculo de la pensión de jubilación del actor, una vez acreditados los requisitos para acceder a la pensión-gracia consagrada en la Ley 114 de 1913, los cuales se cumplieron a cabalidad y así lo reconoció la resolución impugnada.

3. La prima de alimentación se concedió por el Decreto No. 524 de 1975, lo mismo que la prima de grado a quienes demuestran el título de normalista; la prima de escalafón para quienes estén inscritos en el mismo y la prima clima para maestros inscritos o no en el escalafón; por último, la prima de navidad, también se cancela tomando el promedio de lo devengado en los 10 meses del respectivo período lectivo.

Concluye que los anteriores factores salariales debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión-gracia de jubilación del actor, por ser devengados en el último año, pues el pago de la misma no requiere que se haya efectuado aportes mensuales a la entidad de previsión social; mal podría decirse, en consecuencia, que el valor se liquidará teniendo en cuenta los aportes realizados.

Además de ello, el actor es empleado público del orden nacional; por ende, se le aplican los lineamientos del Decreto No. 1045 de 1978, que consagró en su artículo 45, los factores de salario que se deben tener en cuenta para liquidar cesantías y pensiones.

Con fundamento en los anteriores planteamientos ordenó reliquidar el valor de la mesada pensional y determinó el valor en la suma de $126.245.20, declarando así la nulidad de los actos acusados.

CONSIDERACIONES:

1. La Ley 114 de 1913, que creó pensiones de jubilación a favor de los maestros de primaria, establece en su artículo 2o. que la cuantía de la pensión está referida a sueldo o sueldos devengados por el docente, si se devengó sueldos distintos, para fijar la pensión se tomará el promedio de éstos.

2. La Ley 114, acabada de citar, otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 4o. una pensión nacional, especial por los servicios prestados a los departamentos y municipios la que será a cargo de la Nación; posteriormente, la Ley 91 de 1989 estableció:

> "Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que la hubieren desarrollado o modificado, tuvieren o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisistos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto No. 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación".

A su turno, el Decreto 81 de 1976 al que remite la Ley 91, ordenó que la Caja Nacional de Previsión Social debe asumir las funciones que cumplía la sección de

pensiones de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, referida al personal que adquirió o adquiera el derecho al servicio del Magisterio de Primaria.

Debe quedar claro también que al expedirse la Ley 4a. de 1966, se establecio que a partir del 23 de abril de ese año, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades del Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios.

3. En el año de 1985, al expedirse la Ley 33 del mismo año, se modificó la edad para otorgar las pensiones generales, se conservo el *quantum* del valor pensional en el 75% pero cambió las bases o factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, modificó el criterio de "salarios devengados durante el último año" para determinar el soporte del 75% "del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios".

Se puede deducir de las normas comentadas que desde la creación de la pensión-gracia, el sueldo o salario devengado por el docente primero en los últimos dos años (Ley 114) y posteriormente en el último año, sirven de fundamento, sea para calcular las cotizaciones a la Caja de Previsión o para liquidar el valor de la mesada pensional.

4. Ahora bien, el *a-quo* al acceder a las peticiones de la demanda, parte del concepto de salario o sueldo previsto en la Ley 65 de 1946, entendiéndose como tal, en el sector público y privado, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque sea otra su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas.

Es decir, que el salario no es únicamente la asignación básica mensual fijada por la ley sino todas las sumas que habitualemnte y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

5. En el caso *sub-exámine,* se encuentra que el docente recibió retribución salarial por los conceptos de: Sueldo básico, horas extras, prima de población, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima académica, prima semestral (folio 9 cuaderno antecedentes), sumas devengadas en el último año de servicios, retribuciones de origen legal con diferente nombre; se trata, pues, de factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para fijar el valor de la pensión-gracia, pues para el pago de esta no se requiere que se haya efectuado aportes mensuales, como en los demás años de pensiones reconocidas por la Caja Nacional; además la Caja declaró el derecho pensional, partiendo de "supuestos", es decir de las sumas que debía cotizar, sin observar las instancias sobre diferentes sumas de dinero recibidas por el docente como retribución de sus servicios en el último año.

Para el caso examinado y siguiendo los mandatos de la Ley 114 de 1913, que creó la pensión especial, en la cual se determinó que para fijar la cuantía de la misma el fundamento es el "sueldo" que lo definió la Ley 65 de 1946 y probado como está en el

expediente que el docente devengó retribuciones salariales constitutivas de salario diferentes a la asignación mensual en el último año, base para liquidar la pensión, serán esos factores a tener en cuenta para liquidar la pensión y no los "aportes" porque estos nunca se realizaron para la Caja obligada al pago de la prestación de acuerdo a la Ley 91 de 1989 y el Decreto 081 de 1976.

Las anteriores razones coinciden con lo planteado por el*a-quo;* por lo tanto, el fallo consultado se debe confirmar, máxime cuando guarda armonía con lo decidido por la Sala en fallo aprobado por ella en providencia recaída en el expediente 7639, en sesión de once (11) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), con ponencia del Magistrado Carlos Orjuela Góngora.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Confirmase la sentencia de 6 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en este asunto.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de septiembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro (Ausente)*; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DOCENTE/EJERCICIO DE PROFESION DOCENTE

Según el artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales de educación en los distintos niveles de que trata el citado decreto. Las funciones señaladas al cargo de sicoorientador de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, encuadran perfectamente dentro de la definición prevista por el artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, como ejercicio de profesión docente y por lo tanto, debe concluir la Sala que la actora ejercía un cargo docente y no administrativo.

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

El cargo desempeñado por la actora pertenecía a la planta de personal del Departamento de Antioquia y en consecuencia, se encuentra plenamente establecida la legitimación en la causa por pasiva. El *a-quo* erró al considerar que era la Nación la legitimada para comparecer en juicio y no el Departamento de Antioquia, pues si bien es cierto que a Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que venían prestando los entes territoriales, no lo es menos que de su artículo 10o. se desprende que si los departamentos crean nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria y secundaria, no podrán hacerlo con cargo a la Nación, sino que correrán a cargo de sus propios fiscos.

DOCENTE/INSUBSISTENCIA-Improcedencia/**ESCALAFON DOCENTE**-Exclusión

Al encontrarse la actora inscrita en el Escalafón Nacional Docente y estar desempeñando un cargo docente departamental, tenía derecho a permanecer en el servicio mientras no fuera excluída del respectivo escalafón, según lo prescribe el Decreto 2277 de 1979, artículo 36, literal h), en concordancia con los artículos 28 y 31 del citado decreto.

IMPUTABILIDAD SICOFISICA-Inexistencia/**ERRONEA INTERPRETACION NORMATIVA/CULPA GRAVE**-Inexistencia/**DOLO**-Inexistencia

No hay lugar a declarar que son responsables de los perjuicios causados los demandados, por cuanto en el proceso no se encuentra plenamente probado que dichos funcionarios actuaron con culpa grave o dolo; su actuación provino de una errónea interpretación y aplicación de normas legales al producir el acto acusado, que no alcanza a configurar alguna de las citadas formas de imputabilidad psicofísica.

SENTENCIA CONDENATORIA/DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia/**DESCUENTO**-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ANALOGIA**-Improcedencia

Las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 8146. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: Liliam del Socorro Marín Gómez.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, en el proceso promovido por Liliam del Socorro Marín Gómez, contra el Departamento de Antioquia y los doctores Antonio Yepes Parra y Norha Isabel González Salazar.

ANTECEDENTES:

1. La accionante, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia, declarar la nulidad del Decreto 0864 de abril 3 de 1987, expedido por la Gobernación de Antioquia (sic), por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Sicoorientadora en el Distrito Educativo No.14 del Municipio de Andes. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ser reintegrada al mismo cargo; el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; se le reconozca para todos los efectos legales que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo; y en aplicación del artículo 78 del C.C.A., se declare que los doctores Antonio Yepes Parra y Norha González Salazar son responsables de todos los perjuicios causados a la actora, por motivos del citado acto.

2. El *a-quo* en el fallo recurrido negó las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

Las funciones del cargo de sicoorientador encajan dentro de lo previsto por el Decreto 2277 de 1979, artículo 2o., como ejercicio de profesión docente.

Según la Ley 43 de 1975 la educación primaria y secundaria oficiales, se nacionalizó en forma plena y en consecuencia, los educadores pasaron a ser empleados del sector público nacional. Por lo tanto, la demanda debió formularse contra la Nación y no contra el Departamento de Antioquia. Además, la naturaleza del cargo que desempeño la actora se encuentra regulada por normas generales, impersonales y abstractas, en cuya elaboración nada tuvieron que ver los igualmente demandados Antonio Yepes Parra y Norha Isabel González.

3. El actor sustenta su inconformidad con el anterior fallo, con los siguientes argumentos:

Según la Ley 43 de 1975 cuando se crean cargos docentes sin el lleno de los requisitos por ella establecidos, dichos cargos son de carácter territorial, incluyendo los costos que demandan. Y es lo que sucedió en el presente caso, por lo cual el cargo que ocupaba la actora no era nacional sino departamental.

Es así como mediante Decreto 0873 de 1984, el Gobernador de Antioquia en uso de facultades legales departamentales, nombró a la actora en el ya citado cargo y no lo hizo como Presidente del Fondo Educativo Regional. Además se dispuso que la nómina sería pagada a cargo del presupuesto departamental; el decreto lleva las firmas

del Gobernador, Secretario de Educación y Cultura y Secretario de Hacienda del Departamento, y no aparece la firma de la delegada del Ministerio de Educación Nacional en el F.E.R.

En uso de idénticas facultades legales el Gobernador expidió el Decreto 1053 de 1984, por el cual se aclara el decreto citado anteriormente, en lo que respecta a precisar el nombre de la actora. Y en uso de esas facultades se expidió el acto acusado.

La actora desde muchos años atrás, se encontraba inscrita en el Escalafón Nacional Docente.

El Decreto 927 de 1984, en el cual se describen las funciones de los sicoorientadores, los trata como docentes departamentales y no nacionalizados.

En conclusión, el cargo que ocupaba la actora era departamental y no fue aceptado ni creado como dependencia del Ministerio de Educación ni a cargo de la Nación.

Por último sostiene que las personas naturales demandadas sí son responsables de los perjucios producidos a la actora, porque a sabiendas de que estaba protegida en su estabilidad mientras no fuere excluída del escalafón, fue declarada insubsistente.

4. En su escrito de alegatos el apoderado del demandado Antonio Yepes Parra, sostiene que es temeraria su vinculación como demandado; para la época en que sucedieron los hechos se deben aplicar los artículos 77 y 78 del C.C.A., que establece que son responsables los funcionarios que causen daño por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, lo cual no está probado; no es procedente la aplicación de la Ley 29 de 1989 que establece responsabilidad patrimonial solidaria de los funcionarios implicados, porque es posterior a los hechos del proceso.

Por otra parte, el cargo que desempeñó la actora era administrativo; así está creado y reglamentado por el Decreto Departamental 0311 de 1984, artículo 36, en consecuencia, la actora era empleada pública, sujeta a la discrecionalidad del servicio. Lo contrario sería sostener que el funcionario inscrito en el escalafón docente tiene un fuero personal que lleva a cualquier otro cargo no docente. Pero en caso de ser considerado docente dicho cargo, la demanda sólo podía ser formulada frente a la Nación, conforme a la Ley 43 de 1975 y al Decreto 2277 de 1979.

5. En su memorial de alegatos el apoderado del Departamento de Antioquia sostuvo que la educación primaria y secundaria fue nacionalizada por la Ley 43 de 1975 y en consecuencia todos los titulares de dichos cargos son empleados docentes de orden nacional, incluído el cargo de sicoorientadora que ocupaba la demandante. Por lo tanto es la Nación la legitimada en causa pasiva para responder en juicios como el presente.

Surtido el trámite legal y sin observarse causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilicidar dos aspectos: si el cargo que ejercía la actora era docente o administrativo, y si el empleo era nacional o departamental.

1. En cuanto a la naturaleza del cargo, se encuentra establecido lo siguiente:

a) La actora acreditó haber recibido los siguientes títulos académicos: maestro (fl. 90), tecnólogo superior en comportamiento industrial (fl. 96), y licenciado en didáctica y dificultades del aprendizaje escolar (fl. 95).

b) Al momento de ser desvinculada de la administración, se encontraba inscrita en el Escalafón Nacional Docente (fls. 6, 220 a 234).

c) El cargo del cual fue declarada insubsistente era de sicoorientadora en el Distrito Educativo No. 14, con sede en el Municipio de Andes (fl. 16).

d) Mediante Decreto Departamental No. 311 de 1984, se reorganizó la administración departamental y se dispuso en su artículo 36, que a nivel central, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento tendrá una planta de cargos, entre los cuales se consagran los de "sicoorientadores", asignados a los Distritos Educativos (fl. 107).

e) Según constancia que obra en el proceso, el cargo de sicoorientador tiene como función básica: "desarrollar e implementar planes y programas que faciliten el mejoramiento de la comunidad educativa en sus aspectos emocionales, sociales y familiares". Y entre las funciones específicas se anotan las siguientes:

> "1. Sugerir y asesorar la implantación de criterios técnico-sicológicos y administrativos para la prestación del servicio de sicoorientación en los establecimientos educativos que conforman el distrito.
>
> 2. Investigar la naturaleza, alcances y necesidades de los alumnos en sus diferentes etapas de desarrollo sicológico, emocional, intelectual y vocacional.
>
> 3. Planear, organizar y controlar la prestación del servicio de sicoorientación en los establecimientos educativos del distrito (...)". (fl. 124).

f) Obra declaración testimonial de MARIA MARGARITA RUEDA HERRERA, rectora del "IDEM San Luis Gónzaga de Santa Fe de Antioquia", según la cual la actora en ejercicio de sus funciones de sicoorientadora visitaba dicho plantel y ejercía funciones educativas de orientación e instrucción dirigidas al personal docente, a los padres de familia y a los estudiantes (fl. 260).

Según el artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata el citado decreto. Y agrega:

"Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspeccción escolar, de programación y capacitación educativa, **de consejería y orientación de educandos,** de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo". (Se destaca).

Pues bien, las funciones señaladas al cargo de sicoorientador de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, encuadran perfectamente dentro de la definición prevista por el artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, como ejercicio de profesión docente y por lo tanto, debe concluir la Sala que la Actora ejercía un cargo docente y no administrativo, cuando fue desvinculada del servicio.

2. En segundo lugar, respecto a si la actora era empleada del orden nacional o departamental, aparece demostrado:

a) El cargo que desempeñaba la accionante pertenecía a la planta de personal de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, según el artículo 36 del Decreto 0311 de 1984 (fl. 98).

b) Obra constancia de la Direccción de Relaciones Laborales de la Gobernación de Antioquia, de que la actora prestó sus servicios al departamento desde el 15 de febrero de 1963 hasta el mes de abril (sic) de 1987 (fl. 1).

c) El Delegado del Ministerio de Educación Nacional certifica, que en la planta de cargos aprobada por el Ministerio de Educación Nacional no figura el cargo de sicoorientador (fls. 243 y 267).

d) En el Decreto Departamental No. 0873 de 1984, por el cual se reubica a los sicoorientadores de la Secretaría de Educación y Cultura, artículo 3o. se establece que el pago de la nómina será a cargo del presupuesto departamental (fls. 12 y 13).

De lo anterior se concluye que el cargo desempeñado por la actora pertenecía a la planta de personal del Departamento de Antioquia y en consecuencia, se encuentra plenamente establecida la legitimación en la causa por pasiva. El *a-quo* erró al considerar que era la Nación la legitimada para comparecer en juicio y no el Departamento de Antioquia, pues si bien es cierto que la Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria que venían prestando los entes territoriales, no lo es menos que de su artículo 10o. se desprende que si los departamentos crean nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria y secundaria, no podrán hacerlo con cargo a la Nación, sino que correrán a cargo de sus propios fiscos y esto es precisamente lo que ocurrió en la presente *litis.* Es claro que el Gobernador de Antioquia al expedir el Decreto 0311 de 1984, que fijó la planta de cargos de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental, lo hizo en uso de facultades legales

y constitucionales y en especial de la Ordenanza No. 3 de diciembre 7 de 1982, como se expresa en su encabezamiento (fl. 98), y en uso de esas facultades reubicó en el cargo a la actora (fls. 12 a 15). De tal forma que el Gobernador obró en calidad de jefe de la administración departamental y no como representante de la Nación, como acertadamente lo sostiene el recurrente.

3. De todo lo anterior debe concluirse que al encontrarse la actora inscrita en el Escalafón Nacional Docente y estar desempeñando un cargo docente departamental, tenía derecho a permanecer en el servicio mientras no fuera excluída del respectivo escalafón, según lo prescribe el Decreto 2277 de 1979, artículo 36, literal h), en concordancia con los artículos 28 y 31 del citado decreto.

Por ello la Sala procederá a revocar la sentencia.

Por ello la Sala procederá a revocar la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de nulidad del acto acusado y al restablecimiento del derecho, ordenando a la entidad demandada el reintegro de la actora al cargo del cual fue desvinculada o a otro de igual categoría y el pago de lo dejado de percibir. Para los efectos legales pertinentes se considerará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la impugnante.

Se ordenará además que de las sumas que se deban pagar, se descontará lo percibido del tesoro público en el mismo tiempo por servicios personales, a menos que se trate de asignaciones exceptuadas por la ley de la prohibición constitucional del artículo 128 de la Carta.

No hay lugar a declarar que son responsables de los perjuicios causados los demandados Antonio Yepes Parra y Norha Isabel González Salazar, por cuanto en el proceso no se encuentra plenamente probado que dichos funcionarios actuaron con culpa grave o dolo; su actuación provino de una errónea interpretación y aplicación de normas legales al producir el acto acusado, que no alcanza a configurar alguna de las citadas formas de imputabilidad psicofisica.

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

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMASE** la sentencia apelada en cuanto denegó la pretensión tercera.

SEGUNDO: En lo demás, **REVOCASE** la sentencia y en su lugar se **DISPONE:**

a) **DECLARASE LA NULIDAD** del Artículo Segundo del Decreto No.0864 de abril 3 de 1987, proferido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Sicoorientadora en el Distrito Educativo No.14 con sede en el Municipio de Andes (A.).

b) **ORDENASE** a la entidad demandada el reintegro de LILIAM DEL SOCORRO MARIN GOMEZ al cargo antes citado, o a otro de igual categoría y el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde el día en que fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada, descontando de la suma liquidada cuanto haya percibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el estado en el mismo período, salvo los emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente.

c) Se considerará que para todos los efectos legales no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

RECONOCESE personería al doctor Marco Antonio Velilla, como apoderado judicial del demandado Antonio Yepes Parra, en los términos del poder que obra a folio 368 del expediente.

RECONOCESE personería al doctor Luis Javier Aristizábal Villa, como apoderado judicial del Departamento de Antioquia, en los términos del poder que obra a folio 373 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, con aclaración de voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA CONDENATORIA/DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia/**DESCUENTO**-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/ **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ANALOGIAS**-Improcedencia (Aclaración de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Aclaración de Voto: Consejero *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: En Juicio No. 8146.- Autoridades Departamentales. Actora: Liliam del Socorro Marín Gómez.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al acceder a las pretensiones del libelo se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> "Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".
>
> "El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:
>
> **"Nadie podra recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios".**
>
> "La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".
>
> "Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949,

cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".

"La razón está en que la signación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos".

"Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). **(Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos., junio 9-84; en el exp. No. 035949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S, octubre 15/85, y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).**

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/CUANTIA-Inexistencia/**ACTO DE ORDEN NACIONAL**

Para efectos de determinación de la competencia de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, el Código Contencioso Administrativo distingue aquellos procesos que carecen de cuantía de los que la tienen. De los primeros se ocupa el artículo 128 num. 3o. cuando los actos controvertidos sean del orden nacional; el num. 2 del artículo 131 cuando sean del orden municipal y el num. 3 del 132 cuando sean del orden departamental o municipal, y deban tramitarse en dos instancias. De los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral con cuantía trata el numeral 6 de los artículos 131 y 132, señalando cómo se determina ésta. Pero para determinar si un negocio tiene o no cuantía deben examinarse las pretensiones de la demanda de manera tal que si lo reclamado tiene contenido económico cuantificable será un negocio con cuantía, pero si no la tiene carecerá de ella.

INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Régimen Aplicable/**PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/ACCION DISCIPLINARIA/PRESCRIPCION**-Improcedencia/**PREVALENCIA DE LA FACULTAD DE VIGILANCIA/FACULTAD DISCIPLINARIA**

Las investigaciones disciplinarias que adelanta la Procuraduría General de la Nación se rigen por la Ley 25 de 1974, de suerte que la prescripción de la acción disciplinaria que corresponde a este organismo, se rige por lo dispuesto en el artículo 12 de la mencionada ley, conforme a la cual la acción prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto

constitutivo de la falta. Igualmente la Sala ha reiterado que la facultad de vigilancia de la conducta oficial que por norma constitucional compete a la Procuraduría prevalece sobre el ejercicio de la facultad disciplinaria que ostentan las jerarquías administrativas, por lo cual el avocamiento por parte de la Procuraduría de diligencias disciplinarias, desplaza cualquier investigación administrativa que por los mismos hechos se esté adelantando. Habida consideración de que los hechos que se le imputan al accionante ocurrieron el 26 de octubre de 1988 y los actos sancionatorios de la Procuraduría General de la Nación fueron expedidos en octubre y diciembre de 1990 y 1991 fuerza concluir que la acción disciplinaria no había prescrito cuando se profirieron los actos demandados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No.7313. Autoridades Nacionales. Actor: Alejandro Londoño Tamayo.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Alejandro Londoño Tamayo solicita a esta Corporación declarar la nulidad de las Resoluciones números 425 de 17 de octubre de 1990 y 431 de 31 de diciembre de 1991 expedidas por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, mediante las cuales en su condición de Teniente Coronel del Ejercito Nacional de Infantería se le impuso la sanción de solicitud de suspensión en el ejercicio de funciones públicas por el término de treinta (30) días, sin derecho a remuneración y de la resolución número 02239 de 14 de abril de 1992 del Ministerio de Defensa Nacional por la cual se ejecutó dicha sanción, haciendo efectiva la suspensión.

A título de restablecimiento del derecho pide que se desanote de su hoja de vida la aludida sanción, "así como en los antecedentes disciplinarios de la Procuraduría".

HECHOS

Para fundamentar sus pretensiones el actor relata que con motivo de una denuncia formulada el 3 de noviembre de 1988 por la Personera del Municipio de Segovia (Antioquia), la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares inició en su contra una investigación disciplinaria por hechos ocurridos en los meses de octubre y noviembre de ese año, en razón de su presunta participación el 26 de octubre en la edición de unos panfletos amenazantes contra unos ciudadanos de la mencionada población antioqueña y que en tal virtud se le impuso la sanción de que tratan las resoluciones acusadas, bajo el supuesto de que la acción disciplinaria no estaba prescrita y con fundamento en

declaraciones de testigos sospechosos, cuya calidad de simpatizantes y miembros activos de la Unión Patriótica, es reconocida por la Procuraduría Delegada que realizó la investigación; dice que es de público conocimiento la relación de ese partido político con el Cuarto Frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC- y que muchos de sus miembros son guerrilleros activos o auxiliares de la guerrilla, lo que hace que los testigos se tornen sospechosos, por lo cual estima que se violó el principio "indubio pro reo", que señala que basta la duda para absolver al imputado; agrega que en ausencia de plena prueba que otorgue certeza absoluta, la absolución se impone y en el *sub-lite* dichos testimonios no constituyen plena prueba, puesto que como lo reconoce la Procuraduría lo único cierto es que pidió prestado el mimeógrafo en que se imprimieron los panfletos, lo demás son conclusiones subjetivas del investigador, que desconoce otros testimonios que contradicen su conclusión.

Señala que los actos demandados transgreden las normas del Decreto 1776 de 1979 invocadas como fundamento de la sanción y del pliego de cargos, en especial el artículo 114, la Ley 25 de 1974, artículo 14, la Ley 74 de 1968, los artículos 16 y 23 de la Constitución Política de 1886, el artículo 29 de la Carta de 1991, los artículos 3o. y 84 del Código Contencioso Administrativo, 5o. de la Ley 57 de 1887 y 3o. de la Ley 153 de 1887.

Al exponer el concepto de violación indica que el artículo 114 del Decreto 1776 de 1979 establece que la facultad disciplinaria prescribe a los seis meses contados a partir de la fecha en que se cometió la falta, a excepción de aquellas constituyen causal de mala conducta, en relación con las cuales la facultad prescribe en doce (12) meses, término que se interrumpe con la resolución de convocatoria del Tribunal Disciplinario, fecha a partir de la cual de nuevo empieza a correr y que tal interrupción no se prevé respecto de faltas contra la disciplina no constitutivas de mala conducta, como son las que se le imputaron en el pliego de cargos-literales a), k) de la sección A, a) de la sección B, m) de la sección C y c) de la sección J del artículo 71 del Decreto 1776 de 1979.

De modo que la facultad para sancionarlo, dice el accionante, se hallaba prescrita desde antes de la expedición de las resoluciones acusadas, toda vez que la presunta falta ocurrió el 26 de octubre de 1988 y aún si se tratara de faltas constitutivas de causal de mala conducta, no se puede aducir que este término se interrumpió con la convocatoria del Tribunal Disciplinario pues éste nunca se convocó. Expresa además que no se puede argüir que la investigación de la Procuraduría sustituye la resolución de convocatoria del aludido tribunal porque esa norma es de interpretación restringida o restrictiva, pero aún admitiendo que ello fuese así, la acción disciplinaria se hallaría también prescrita ya que la formulación de los cargos se efectuó el 3 de noviembre de 1988; agrega que no es del caso aplicar al *sub-lite* el Decreto 085 de 1989, actual régimen disciplinario para las Fuerzas Militares que amplió el término de prescripción para estas faltas, ni es lícito aplicar parcial y simultáneamente dos normas, como pretende hacerlo la Procuraduría Delegada; el régimen disciplinario para tipificar la falta, y las normas disciplinarias generales de los empleados públicos para la prescrip-

ción de la acción disciplinaria, en virtud de que el mencionado régimen disciplinario es norma especial de preferente aplicación frente a las normas generales para los empleados públicos en general.

Luego advierte que según voces del artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, la Ley especial prefiere a la que tenga carácter general y la ley general posterior no modifica la ley especial anterior y que se incurrió en indebida aplicación del artículo 14 de la Ley 25 de 1974 al sancionar faltas cuya acción disciplinaria se encontraba prescrita y que no procedía fundamentar la sanción en la violación del numeral 2o. del artículo 20 de la Ley 74 de 1968, porque ésta trata de la aprobación de los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, aprobados en New York el 16 de diciembre de 1966, o del artículo 20 de ese tratado, porque dicho artículo se refiere a temas ajenos a la materia.

Indica así mismo que no era dable sindicarlo de haber quebrantado el literal e) del artículo 156 del Decreto 1776 de 1979, que califica como causal de mala conducta la participación en política de los miembros de las Fuerzas Militares, porque los hechos que se le endilgan -colaboración en la edición de unos panfletos amenazantes- no constituyen participación en política y, por tanto, no se tipifica la falta.

Por último señala que al transgrederse el reglamento disciplinario militar, se infringieron indirectamente los artículos 16 y 23 de la Constitución de 1886 y el 29 de la de 1991, y que se quebrantaron los artículos 3o. y 84 del C.C.A. al infringirse el debido proceso y las normas en que se fundan los mismos actos acusados.

Al contestar la demanda la opoderada de la Nación-Procuraduría General de la Nación- además de oponerse a las pretensiones del accionante, propone la excepción de falta de competencia del Consejo de Estado, para conocer de la presente contestación, porque aunque se diga en el libelo que a título de restablecimiento del derecho sólo se pide la desanotación de la sanción de suspensión en la hoja de vida del actor así como en los antecedentes disciplinarios, el proceso sí tiene cuantía; el contenido patrimonial es equivalente a la remuneración laboral correspondiente a los treinta (30) días de suspensión y tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos que impliquen el retiro de un funcionario, así sea éste temporal, la competencia no se establece de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 128 del C.C.A., sino de acuerdo con el numeral 6o. del artículo 132 *ibídem,* que confiere competencia a los Tribunales cuando se trate de cualquier acto que implique retiro del servicio, teniéndose como cuantía la asignación mensual correspondiente; dice que dicha norma no distingue retiro temporal o definitivo del servicio, quedando entonces comprendido en ella la suspensión o retiro temporal, que en el *sub-lite* implica la pérdida del derecho a recibir remuneración salarial por el lapso de treinta (30) días. Entonces, concluye, la pretensión tiene indudablemente contenido patrimonial.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Judicial Cuarto ante esta Corporación conceptúa que no tiene razón el accionante pues el proceso administrativo se surtió con sujeción a la ley y respecto al derecho de defensa y al debido proceso; que la Procuraduría era competente y que la acción no estaba prescrita. Por otra parte observa que el proceso tiene cuantía y que por tanto su conocimiento es de competencia del tribunal Administrativo de Antioquia, al tenor de lo establecido en los artículos 128 numeral 3o. y 131 numeral 6o. del C.C.A., dado que el actor prestaba sus servicios en el departamento de Antioquia cuando cometió las faltas de las que se le acusó.

Llegado el momento de decidir, a ellos se procede mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer término se analizará lo concerniente a la excepción de falta de competencia del Consejo de Estado propuesta por el apoderado de la Nación -Procuraduría General- con base en la apreciación de que las pretensiones de la demanda tienen contenido patrimonial y en tal virtud su conocimiento compete al respectivo Tribunal Administrativo.

Pues bien, el actor impetra la nulidad de la resoluciones números 425 de 1990 y 431 de 1991 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y la 02239 de 1992 del Ministerio de Defensa Nacional, mediante las cuales se le sancionó con suspensión como Teniente Coronel del Ejército por el término de treinta (30) días sin derecho a remuneración y que "a título de restablecimiento del derecho, se desanote la sanción impuesta en la Hoja de Vida del Señor Teniente Coronel del Ejército Nacional de Infantería ALEJANDRO LONDOÑO TAMAYO, así como en los antecedentes disciplinarios de la Procuraduría". (folio 42).

Al especificar las razones para determinar la competencia, el demandante, expresó:

> "El Consejo de Estado es el competente para conocer de la presente demanda por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que carece de cuantía, proferidos por la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional". (folio 48).

Ha dicho la Corporación que para efectos de determinación de la competencia en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, el Código Contencioso Administrativo distingue aquellos procesos que carecen de cuantía de los que la tienen.

De los primeros se ocupan el artículo 128 numeral 3o. cuando los actos controvertidos sean del orden nacional; el numeral 2 del artículo 131 cuando sean del orden municipal y el numeral 3o. del 132 cuando sean del orden departamental o municipal, y deban tramitarse en dos instancias.

De los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral con cuantía trata el numeral 6 de los artículos 131 y 132, señalando cómo se determina ésta.

Pero para determinar si un negocio tiene o no cuantía, deben examinarse las pretensiones de la demanda de manera tal que si lo reclamado tiene contenido económico cuantificable será un negocio con cuantía, pero si no la tiene carecerá de ella.

Como se precisó anteriormente, en el caso*sub-lite* el restablecimiento del derecho pedido por el demandante no tiene contenido económico, pues sólo solicita la nulidad del acto administrativo y como restablecimiento del derecho la desanotación de la sanción y su supresión como antecedente disciplinario.

De acuerdo con lo anterior, es esta Corporación competente para conocer de la presente contención. No prospera la excepción propuesta.

Ahora bien, en cuanto atañe a la impuganación de los actos acusados, las investigaciones disciplinarias que adelanta la Procuraduría General de la Nación se rigen por la Ley 25 de 1974, de suerte que la prescripción de la acción disciplinaria que corresponde a este organismo, se rige por lo dispuesto en el artículo 12 de la mencionada ley, conforme a la cual la acción prescribe en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta. Igualmente la Sala ha reitirado que la facultad de vigilancia de la conducta oficial que por norma constitucional compete a la Procuraduría prevalece sobre el ejercicio de la facultad disciplinaria que ostentan las jerarquías administrativas, por lo cual el avocamiento por parte de la Procuraduría de diligencias disciplinarias, desplaza cualquier investigación administrativa que por los mismos hechos se esté adelantando.

Estos criterios se han plasmado en diferentes fallos, entre ellos los fechados el cuatro (4) de septiembre de 1988, el cuatro (4) de marzo de 1991, expedientes números 2634 y 3258, actores: Jaime Quintero Sepúlveda y Mario León Mejía Calle, Consejero Ponentes, Dra. Clara Forero de Castro y Reynaldo Arciniegas B.

De acuerdo con lo anterior, habida consideración de que los hechos que se le imputan al accionante ocurrieron el 26 de octubre de 1988 y los actos sancionatorios de la Procuraduría General de la Nación fueron expedidos en octubre y diciembre de 1990 y 1991 fuerza concluir que la acción disciplinaria no había prescrito cuando se profirieron los actos demandados.

El accionante por otra parte, cuestionan la sanción que le fue impuesta por no fundamentarse en testimonios que constituyan plena prueba y alega que éstos provienen de personas sospechosas, supuestamente miembros de la Unión Patriótica.

No obstante, sobre el particular se anota que el abundante material probatorio obrante en el expediente disciplinario cuya copia obra en autos no permite establecer la veracidad de su aserto.

De conformidad con el Oficio número 0775 de 6 de febrero de 1989 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, al actor se le imputaron los siguientes cargos:

"El día 26 de octubre de 1988, usted solicitó en préstamo de uso el mimeógrafo perteneciente a la empresa FRONTINO GOLD MINES del municipio de Segovia (Antioquia), con el objeto de imprimir un comunicado.

El operario, señor JORGE BUSTAMANTE, que realizó la labor de impresión utilizó como hojas de prueba las defectuosas que habían quedado de la impresión de unos vales de Club del día anterior.

Algunos ejemplares del comunicado repartidos profusamente a la población de Segovia en la noche del 26 de octubre de 1988, tenían en su anverso la impresión de dichos vales, esta circunstancia junto con las demás pruebas existentes compromete su responsabilidad como autor del comunicado "LA VOZ DE LA VERDAD" cuya fotocopia obra a folio 268 del cuaderno principal.

El anterior hecho se encuentra demostrado en los folios Nos. 37, 38, 39, 44 a 48, 57 a 60, 60 a 62, 63 a 65, 66 a 70, 71 a 72, 242 a 250 del cuaderno de reserva sumarial de las copias del proceso del Juzgado Sexto de Orden Público No. 078 y el folio 268 del cuaderno principal.

Con su presunta conducta violó los artículos 16 y 23 de la C.N. y el numeral 2o. del artículo 20 de la Ley 74 de 1968 y de la misma manera infringió las siguientes normas disciplinarias, los literales a), k) de la Sección A, literales a) de la Sección B, literal m) de la Sección C, literal c) de la Sección J, del artículo 71 y literal e) del artículo 156 del Decreto 1776 de 1979.

En la máquina marca AIKO, No. 10300431, de su Oficina del Comando en el Batallón BOMBONA se escribieron los sobres contentivos de las amenazas a los ciudadanos FRANCISCO AURELIO VIANA, JUSTO PASTOR CARDENAS, CLEMENTE ZAPATA CARDONA, JUAN DE LA CRUZ MAZO HERNANDEZ, FRANCISCO CATAÑO PALACIOS según el cotejo grafotécnico practicado por el Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación DECYPOL. Este hecho lo hace a usted responsable en la ejecución de tales amenazas; lo anterior se encuentra demostrado en los folios 122 a 125, 143 a 146, 158, 159 a 160, 188 a 189, 275 a 277 del cuaderno de reserva de copias del proceso penal del Juzgado Sexto de Orden Público y folios 147, 148, 149 del cuaderno principal.

Con la anterior conducta infringió los lietrales a) y k) de la Sección A, literal a) de la Sección B, literal m) de la Sección C, literal b) de la Sección F, del Artículo 71 literal e) del Decreto 1776 de 1979". (folios 445 y 446 cdno. No. 4).

En el escrito de contestación del pliego de cargos (folio 550 cdno. 4), el actor aduce que las declaraciones en su contra recepcionadas en la etapa investigativa proceden de miembros de la Unión Patriótica, quienes pudieron usar esa táctica para desprestigiar a las Fuerzas Armadas -Ejército- y de miembros del sindicato de la Empresa Frontino Gold Mines, simpatizantes de aquella y de orientación comunista.

Sin embargo, a través de las pruebas que el accionante solicitó con el fin de acreditar su dicho, se demuestra que sólo la señora Rita Ivonne Tobón Ariza, registraba antecedentes como participante en actividades desarrolladas por miembros de las FARC y de la UP, ya que según la constancia expedida por el Comandante de la Décima Cuarta Brigada del Ejército Nacional -Puerto Berrío- los miembros del mencionado sindicato, cuyos nombres relaciona, no registran antecedentes en la Unidad Operativa del Comando de la aludida Brigada, (folios 641 a 643 cdno. 4).

Por lo demás, las declaraciones tachadas por el demandante al formular sus descargos, no proceden de ninguna de las personas que según el mencionado documento originario de la Comandancia de la Décima Cuarta Brigada, formaban parte de la Junta Directiva del Sindicato, respecto de quienes dicha Comandancia certifico inexistencia de antecedentes, obedeciendo el requerimiento que a raiz de la petición del inculpado formuló el funcionario investigador en cumplimiento de lo dispuesto en auto de 13 de agosto de 1990 (folio 634 a 636 cdno. 4).

Así las cosas, los reparos que por las anteriores razones se formulan en la demanda, solo podrian admitirse respecto de la testigo Rita Ivonne Tobón Ariza y no en relación con las demás personas que depusieron en la etapa investigativa del proceso disciplinario.

Pero aun desechando la versión que sobre lo acontecido la noche del 26 de octubre de 1988, dio la señora mencionada sobre la repartición de volantes, la responsabilidad del accionante queda gravemente comprometida por lo dispuesto por otros testigos y por los serios indicios que refieren los actos acusados de oportunidad y presencia y aun por las mismas afirmaciones del oficial que no niega haber solicitado en préstamo el mimeógrafo en que se elaboraron los volantes ni las circunstancias sospechosas en que se efectuó la impresión.

Precisa anotar finalmente que la invocación equivocada que en el pliego de cargos se hace de la Ley 74 de 1968, no genera la nulidad de los actos demandados, por cuanto la conducta irregular que se describió en la imputación, a la luz de lo dispuesto en el decreto 1776 de 1979, estatuto disciplinario para las Fuerzas Militares, constituye falta disciplinaria que lo hacía merecedor del correctivo que por esa razón se le impuso - suspensión del cargo por treinta (30) días.

De acuerdo, con lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **DECLARASE NO APROBADA** la excepción de falta de competencia de esta Corporación.

2. **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda presentada por ALEJANDRO LONDOÑO TAMAYO a fin de obtener la nulidad de las Resoluciones números 425 de 1990 y 431 de 1991 de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y de la número 02239 de 1992 del Ministerio de Defensa Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala, en sesión celebrada el día seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

ACCION DE NULIDAD/CADUCIDAD DE LA ACCION-Inexistencia

La acción utilizada es la nulidad ya que se trata de un acto de carácter general y por lo tanto no existe término de caducidad, además si el fallo fuera favorable a las pretensiones no conllevaría restablecimiento automático de derechos.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/JUNTA DIRECTIVA/CONSEJO DIRECTIVO/ COMPETENCIA/ESTATUTOS/FERROCARRILES NACIONALES/PLANTA DE PERSONAL-Clasificación

Al tenor del artículo 26, literal b. del Decreto Ley 1050 de 1968, las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales tienen entre sus funciones, adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno. El Consejo de Estado en numerosas providencias ha sostenido que los estatutos a los cuales se refiere el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son aquellos que deben expedir las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas en ejercicio de la atribución contemplada en el literal b. del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968. Es claro que cuando la junta directiva de una entidad descentralizada hace la clasificación de los cargos y ella es aprobada por el Gobierno Nacional, no se está ejerciendo potestad reglamentaria de las leyes, ni facultades extraordinarias, simplemente se está usando una facultad señalada en la ley. En consecuencia, al expedir los actos acusados, tanto la junta directiva de los Ferrocarriles

Nacionales, como el Gobierno, eran competentes y ejercieron la facultad consagrada en el Decreto 1050 de 1968 art. 26, y en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 precisando en el estatuto las actividades de dirección y confianza que pueden ser desempeñadas por empleados públicos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5441. Decretos del Gobierno. Actor: Modesto Gómez Alvarez.

El ciudadano Modesto Gómez Alvarez, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del acuerdo No. 175 de febrero 25 de 1988, expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales, y del Decreto 510 de 23 de marzo del mismo año, proferido por el Presidente de la República, aprobatorio del anterior.

HECHOS

El accionante señala como tales los siguientes:

1) **Naturaleza Jurídica de la Empresa.**

Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia son, al tenor de la ley, una Empresa Industrial y Comercial del Estado -hoy en liquidación- dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de acuerdo al Decreto 1242 de 1970 -antes Decreto Ley 3129 de 1954, y conforme a los Decretos Básicos 1050, 3130, 3160 y 3135 de 1968.

2) **Organos directivos y facultades.**

La dirección y administarción de la Empresa está a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente General (art.6o. D. 1242/70).

La Junta ejerce, entre otras, las facultades de adoptar los estatutos internos y sus reformas; aprobar o improbar o modificar los proyectos sobre organización interna de la entidad que le sean presentados por el Gerente General, y estudiar y aprobar, conforme a las disposiciones legales vigentes sobre la materia , el reglamento interno de trabajo (art. 80 *ibídem*).

3) **Actos administrativos de la Junta.**

Sus decisiones originadas en sus **funciones administrativas** se denominarán Acuerdos los cuales deberán llevar la firma del que presida la reunión y del Secretario de la Junta (art. 15 *ib.*).

4) **Actuaciones del Gerente General.**

Principalmente, representar legal y judicialmente a la empresa, dentro de las normas pertinentes, y sobre todo, presentar a decisión de la Junta los proyectos sobre estatutos internos de (sic) personal, creación y supresión o fusión de cargos, dentro de los mandatos legales procedentes (art.19 *ib.*).

5) **Régimen y tutelas de sus actividades.**

La Empresa debe cumplir sus funciones y actividades administrativas "en la forma prevista en los Decretos 1050 y 3130 de 1968", y el control de la misma se somete a la tutela gubernamental que ejerce el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al que está vinculada, como se previene en sus estatutos orgánicos (art. 28 y 28 *ib.*).

6) **Clasificación de sus servidores.**

Por su naturaleza de empresa industrial y comercial, todas las personas que laboran a sus (sic) servicio, con excepción del Gerente General calificado de empleado público, "son trabajadores oficiales vinculados a ella por contrato de trabajo", como lo dispone el artículo 27 del Decreto 1242 de 1970, estatuto reorgánico de la entidad, en armonía con lo previsto en el artículo 5o. del decreto Básico 3135 de 1968.

7) **Reclasificación de varios cargos.**

La Junta Directiva de la Empresa, mediante el Acuerdo No. 175 de febrero 25 de 1988, reclasificó excepcionalmente de empleados públicos de libre nombramiento y remoción a las personas titulares de los cargos relacionados y detallados en tal providencia, quienes estaban vinculados como trabajadores oficiales desde mucho tiempo atrás, y cuyas actividades se calificaron intempestivamente de "dirección y confianza".

Para el efecto reformó -de modo ilegal e irregular- el artículo 27 del Decreto 1242 de 1970 (Estatuto Reorgánico de la entidad), fundándose en el literal b) del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, en concordancia con el artículo 8o. -Clase A- literal a) del mismo Decreto 1242, y conforme al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 3, 4 y 5 de su Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Dicho acuerdo fue aprobado por el Gobierno Nacional con su Decreto Ejecutivo No. 510 de marzo 29 de 1988, dictado "en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente de las que le confiere el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional y el literal b) del artículo 26 del Decreto No.1050 de 1968".

8) **Aplicación indebida y desviatoria.**

Válido de la susodicha reforma ilegal del artículo 27 del Decreto 1242, sin mediar aún mayor tiempo siguiente a su vigencia, el Gerente general declaró insubsistente arbitrariamente al personal activo afectado por tal medida, cumpliéndose

así el designio desviatorio que inspiró su proferimiento. Hasta el colmo y precipitación en tales decisiones que su retiro se hizo cuando todavía laboraban como trabajadores oficiales, pues no se les extendió el nombrameinto correspondiente ni se les dio posesión como empleados públicos, según exigencias constitucionales legales (fls 36, 37 y 38).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo se indican como infringidos, los artículos 16, 17, 20, 62, 63, 76, ordinales 9o., 10o. y el 120, numeral 3o. de la Constitución Política de 1886; el Decreto Ley 1050 de 1968, arts. 1, 6, 7, 25 y 26, literal b, 30 y 35; el Decreto Ley 3130 de 1968, arts. 1, 8, 12, 16, 22, 24, 31, 40 y 45; Decreto Ley 31 y 35 de 1968, art. 5o.; Decreto Ley (sic) 1242 de 1970, arts. 1, 6, 8, 15, 19, 27, 28 y 29; Ley 6a. de 1945, arts., 17, 4, 19, 40, 47, 48, 49, 51; Decreto Ley 01 de 1984, arts. 82, 83, 84, 121, 128, 136, 137, 138 y ss., 168, 169, 206 y ss.; Decreto 2304 de 1989, arts. 12, 13, 14, 23, 24, 25, 30, 38, 45; Ley 153 de 1877, art. 3o., Código Civil, arts. 71 y 72.

El concepto de violación se refiere específicamente a la falta de competencia tanto del Presidente de la República como de la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales para reformar el régimen jurídico de los trabajadores y señalar el carácter de funciones públicas de dirección y confianza de ciertos empleos, agregando que por su jerarquía el Decreto 1242 de 1970 no podía ser objeto de modificación a través de los actos acusados.

Considera que la posibilidad de determinar la clase de servicios que prestan los servidores estatales reside en el Congreso. Que la calidad de trabajador oficial nació en el Decreto Ley 3135 de 1963 y el señalamiento de las actividades de dirección y confianza que desempeñen los empleados públicos, al tenor del art. 5o. inciso 2 del Decreto Ley mencionado, corresponde a la ley y no a normas como las acusadas.

Lo anterior por cuanto de una parte las empresas sólo cumplen funciones administrativas y no legislativas; y de otra los estatutos de las entidades son legales y no simples actos administrativos o reglamentarios.

Expresa que el Decreto 1242 de 1970 es un estatuto legal que reordena una entidad estatal y no un simple reglamento, pues empresas como los Ferrocarriles Nacionales deben ser creadas por ley; aún más el origen de esta entidad emanó de facultades legislativas.

Considera que erraron tanto el Presidente como la Junta al expedir los actos acusados por falta de competencia y extralimitación de funciones, puesto que no es ésta la facultad a que se refieren el literal b. art. 26 del Decreto 1050 de 1968 y el art. 8o. del Decreto 1242 de 1970.

Respecto a la desviación de poder afirma que ella se dio en tanto los actos acusados no buscaron asegurar los deberes del Estado, ni protegieron el derecho al trabajo, puesto que la condición de trabajador oficial, otorgaba estabilidad y garantía de derechos

convencionales y legales; que su finalidad fue exclusivamente la de encontrar un camino fácil para desvincular a las personas al servicio de la entidad en liquidación.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El señor apoderado de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del actor.

Afirmó que, dada su naturaleza, el Decreto 1242 de 1970 no tuvo fuerza de Ley, ni reformó los estatutos de la Empresa, sólo aprobó los estatutos proferidos mediante acuerdo de la Junta Directiva.

Seguidamente expresó que los actos demandados fueron proferidos por entes competentes, no sólo en virtud a lo estipulado en el Decreto 3129 de 1954 artículo 23 cuyo texto autoriza la reforma de los Estatutos por la Junta Directiva y por el mismo Decreto 1242 de 1970 artículo 8o. que otorga tal facultad a la Junta Directiva; sino también en los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, sin que pueda darse a las normas una interpretación restrictiva que contraríe los textos que permiten la autodeterminación de los entes descentralizados, como Ferrocarriles Nacionales.

Efectuó un análisis sobre las distintas clases de Estatutos, a fin de concluir que esa noción ha sido confusa, debiendo entonces en cada caso entrarse en el análisis del contenido para determinar si se trata de normas orgánicas o internas. Concluye que en este caso, aún cuando el acuerdo 175 de 1988, haya transcrito normas básicas, realmente se limitó a definir elementos relativos al funcionamiento interno de la entidad.

Considera que el desvío de poder imputado al acto no pasa de ser una afirmación del actor sin respaldo probatorio, que, por lo demás, no resulta cierta pues la mayoría de los funcionarios que pasaron de trabajadores oficiales a empléados públicos continúan ejerciendo sus cargos en la Empresa, no obstante su estado de liquidación. Dice que la única finalidad de los actos acusados fue la de adaptar la estructura de la entidad, especialmente en lo relativo a las actividades de dirección y confianza, teniendo en cuenta la etapa de liquidación que se avecinaba.

Propone las excepciones de inepta demanda por cuanto no se allegó el texto del acto proferido por la Junta Directiva, sólo el decreto aprobatorio; y la de caducidad de la acción ya que el demandante deja ver que su acción está enncaminada a restablecer derechos de aquellos funcionarios que fueron declarados insubsistentes, para lo cual ha debido intentar la acción de restablecimiento del derecho en el término de 4 meses conferido por la Ley.

En sus alegatos el demandante insiste en la falta de competencia de los órganos que profirieron los actos. Señala que el Acuerdo 175, insinúa en su encabezamiento una reforma a la estructura orgánica de los Ferrocarriles; que la decisión adoptada contiene una nueva planta de personal; y que las facultades invocadas por el Presidente en el decreto 510 de 1988 son contradictorias, antitécnicas y absurdas.

Esto último por cuanto la competencia conferida en el Decreto 3135 artículo 5o. inciso 2o. guarda conexidad soólo con la facultad que autoriza expedir las leyes y no respecto a las funciones del Presidente o las Juntas Directivas.

Reiteró que hubo desviación de poder por cuanto las funciones de las personas que pasaron a ser empleados públicos no variaron, luego la única finalidad buscada fue la de tener poder discrecional sobre sus nombramientos.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Novena ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que las excepciones de caducidad y de inepta demanda no están llamadas a prosperar.

La primera por cuanto es claro que la acción impetrada es la de simple nulidad y en caso de que se accediera a las pretensiones, no habría restablecimiento automático de derechos individuales; la segunda porque si bien no se anexó copia del acuerdo 175 de 1988, su texto está contenido en el Decreto 510 del mismo año, el cual si se allegó lo cual es suficiente para cumplir el requisito exigido legalmente.

Manifiesta que no existe "Cosa Juzgada", dado que las inconformidades que ocuparon el proceso No. 3460 mediante el cual se decidió una demanda presentada contra el Decreto 510 de 1988, fueron diferentes y además no se propuso la excepción que pudiera ser pertinente.

Sobre el fondo del asunto considera que las pretensiones no están llamadas a prosperar puesto que conforme a la normatividad aplicable, las juntas directivas de las entidades descentralizadas sí son competentes para adoptar modificaciones a los estatutos y precisar las actividades de dirección y confianza que serán desempeñadas por empleados públicos; y de otra parte, el Decreto 1242 de 25 de julio de 1970 no es un decreto con fuerza de ley sino un decreto ejecutivo expedido con base en las facultades legales otorgadas por los Decretos 1050 y 3135 de 1968, es decir que es de igual categoría a la del acto acusado y por lo tanto éste podía derogarlo o modificarlo.

Agrega que el acto demandado se fundamenta en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 pues es éste el que definió la calidad de empleados públicos y señala que corresponde a las Juntas Directivas con aprobación del Gobierno determinar los cargos de dirección y confianza sin que ello implique ejercicio de la función legislativa de definir y clasificar empleos, y que sólo este órgano como codirector de la entidad puede conocer sus particulares circunstancias y necesidades.

Además, señala que, debe tenerse en cuenta la autonomía administrativa de que gozan las entidades descentralizadas pues si para modificar un estatuto que interesa sólo a una entidad en particular, se exigiese un trámite legislativo, ello resultaria excesivamente rígido.

Considera que bien podría anularse un estatuto de la naturaleza del acusado, si las funciones de los que fueron clasificados como empleos públicos no participan de tales características, pero no es este el aspecto por el cual se ataca el acto.

Por último, en cuanto a la desviación de poder encuentra que los actos de insubsistencia allegados al proceso, por sí solos, no demuestran el vicio endilgado; tampoco hay relación de causalidad entre la nulidad del acto acusado y el hecho de que los funcionarios declarados insubsistentes no hubiesen tomado posesión de los cargos; esto podría -si fuera del caso- afectar sólo los actos de remoción de los funcionarios, pero no los actos demandados.

CONSIDERACIONES:

Los actos acusados son el Acuerdo 175 de 25 de febrero de 1988 expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales, y el Decreto 510 (23 de marzo) del mismo año, proferido por el Presidente de la República, aprobatorio del anterior.

Mediante estos actos se modificó el artículo 27 del Decreto 1242 de 25 de julio de 1970, que establecía que todas las personas vinculadas a los Ferrocarriles Nacionales, a excepción del Gerente, tenían la calidad de trabajadores oficiales.

Señalaron los actos impugnados además del de Gerente, otros cargos cuyas funciones pueden ser desempeñadas por empleados públicos.

A la falta de competencia para expedirlos y a la desviación de poder, se circunscriben los ataques de la demanda, lo cual se analizará luego de estudiar las excepciones propuestas por la parte demandada.

Comparte la Sala lo expuesto por la Agencia Fiscal con respecto a las excepciones, puesto que es claro que en este caso, la acción utilizada es la de nulidad ya que se trata de un acto de carácter general y por lo tanto no existe término de caducidad, además si el fallo fuera favorable a las pretensiones no conllevaría restablecimiento automático de derechos.

Tampoco está llamada a prosperar la excepción de inepta demanda puesto que como lo afirma la Fiscalía, el texto de los actos acusados fue allegado debidamente al proceso, y está contenido en el diario oficial correspondiente.

En consecuencia, debe estudiarse el fondo del asunto.

El demandante se limita a atacarlo por dos aspectos:

a) Porque ni el Presidente de la República ni la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales eran competentes para expedirlo.

b) Porque el fin de los actos acusados fue desvincular por virtud del poder discrecional a una serie de funcionarios que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, incurriendo entonces en desviación de poder.

Los Ferrocarriles Nacionales, fueron constituídos como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, es decir que la regla general es que las personas vinculadas

laboralmente a ella tienen la calidad de trabajadores oficiales y por excepción la de empleados públicos.

Al tenor del artículo 26, literal b. del Decreto Ley 1050 de 1968, las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales tienen entre sus funciones, adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno.

A su vez el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968 dispone:

"....

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

El Consejo de Estado en numerosas providencias ha sostenido que los estatutos a los cuales se refiere el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son aquellos que deben expedir las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas en ejercicio de la atribución contemplada en el literal b. del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968.

Dijo esta Sala en sentencia de 4 de julio de 1990 lo siguiente:

"Dichos estatutos son diferentes del orgánico, cuya expedición corresponde a quien crea las diferentes entidades descentralizadas, es decir, al Congreso de la República, a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Municipales.

Al estatuto orgánico o básico corresponde señalar la estrutura misma del ente, su naturaleza, objeto, financieamiento, etc.; y a los demás estatutos que expide la Junta Directiva con la aprobación del Gobierno, proveer el detalle sobre la organización y funcionamiento, pues son las Juntas Directivas las que están en capacidad de apreciar las necesidades, las fallas y los problemas y adoptar los correctivos y hacer los ajustes que requiera el buen funcionamiento...".

Es claro que cuando la Junta Directiva de una entidad descentralizada hace la clasificación de los cargos y ella es aprobada por el Gobierno Nacional, no se está ejerciendo potestad reglamentaria de las leyes, ni facultades extraordinarias, simplemente se está usando una facultad señalada en la ley.

En consecuencia, al expedir los actos acusados, tanto la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales, como el Gobierno, eran competentes y ejercieron la facultad consagrada en el Decreto 1050 de 1968 art. 26, y en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 precisando en el estatuto las actividades de dirección y confianza que pueden ser desempeñadas por empleados públicos.

Tampoco es de recibo para la Sala el planteamiento del actor consistente en que el Decreto 1242 de 1970 tenía carácter de ley y por lo tanto no podía ser modificado por el acto acusado, de menor jerarquía. Sobre este aspecto tuvo también la Sala

oportunidad de pronunciarse. Con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, dijo en sentencia del 18 de mayo de 1992, expediente 3067, lo siguiente:

> "En forma equivocada la parte actora plantea la naturaleza del Decreto 1242 de 1970, sin que esta disposición tenga fuerza de Ley, como acertadamente lo anota el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo de 28 de febrero de 1979 y el apoderado de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y de la Empresa de Ferrocarriles Nacionales.
>
> No puede confundirse el deber que los artículos 35 del Decreto 1050 de 1968 y 45 del Decreto 3130 de 1968 impusieron al Gobierno Nacional de reestructurar la administración nacional para adecuarla a sus disposiciones, con las facultades extraordinarias que puede el legislativo otorgar al presidente para proferir decretos con fuerza de ley".

De tal forma que, como los Ferrocarriles Nacionales fueron creados con anterioridad a la reforma de 1968, las normas que resultaran incompatibles debían tenerse como derogadas tácitamente, y el ejecutivo y la Junta Directiva efectuaron la reestructuración administrativa modificando los estatutos, mas no el orgánico, aun cuando así se hubiera expresado en el Decreto 1242 de 1970.

En cuanto a la desviación de poder dirá la Sala que, en principio, tal planteamiento resulta incompatible con la falta de competencia propuesta por el actor, pues la desviación se presenta cuando un funcionario investido de competencia para expedir el acto, la utiliza con fines distintos de aquellos para los cuales le fue conferida.

Como quedó expresado, el acto acusado es de carácter general, y por lo tanto no puede vulnerar directa e independientemente derechos individuales como lo expone el demandante, sino a través de los actos particulares que lo desarrollen.

Por las características y finalidades de la acción de nulidad, como se ha sostenido, al juzgador sólo le es permitido analizar la constitucionalidad y legalidad del acto, y le está vedado hacer pronunciamiento sobre situaciones individuales y concretas; por lo tanto, las insubsistencias que aporta el actor son ajenas al debate y no podrían ser tenidas en cuenta para estudiar una posible desviación de poder.

En resumen, la competencia de las Juntas Directivas de la entidades descentralizadas para clasificar los empleos conforme a los lineamientos trazados por el legislador, ha sido reconocida por la Jurisprudencia del Consejo de Estado invariablemente; caso distinto es que esa clasificación no se ajuste a las directrices legales, porque en ese evento procedería su nulidad.

Pero como en este caso no se controvirtió la naturaleza de las funciones que según la Junta Directiva deben desempeñarse por personas que tengan la calidad de empleados públicos, simplemente se afirmó que eran las mismas que antes cumplían trabajadores oficiales, no encuentra la Sala violación de las normas invocadas en la demanda, por las razones en ella planteadas.

En consecuencia, no estando llamados a prosperar los ataques formulados contra los actos acusados, las peticiones impetradas deberán denegarse.

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

FALLA:

1o. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2o. Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 6 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del Decreto 1242 de 1970; estatuto de personal de los Ferrocarriles Nacionales, carente de fuerza legal, establecido en la sentencia del 18 de mayo de 1992; Exp. 3067, Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

SERVICIO PUBLICO/DERECHO DE HUELGA/SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

De conformidad con el artículo 430 del C.S.T. (subrogado por el artículo 1o del Decreto 753 de 1956), está prohibida la huelga en los servicios públicos, considerándose como tal toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Entre las actividades que relaciona la norma en comentario, y que constituyen servicio público, se cuentan la empresas de transporte por tierra, agua y aire, etc.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 10.220. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ramiro Mejía Correa.

Ramiro Mejía Correa, quien obra en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública contemplada en el artículo 84 del C.C.A. (subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989), impetra la nulidad de la Resolución No. 002158 de 20 de junio de 1994 (fols. 34-36), expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se declaró ilegal el cese de actividades adelantado en varias ciudades del país por los pilotos civiles, a partir del 20 de junio de 1994, vinculados a las Empresas "Avianca", "Helicol", "Tampa S.A." y "Aces".

Como la demanda llena los requisitos legales habrá de admitirse. En la misma, se pide se decrete la suspensión provisional del acto demandado con el argumento de que éste se apoya en normas de carácter legal que están en abierta contradicción con preceptos constitucionales de la nueva Carta, que aún no han tenido desarrollo legal. Pues, se declaró la ilegalidad de la huelga de los pilotos de tales empresas con base en el artículo 430 del C.S.T. (subrogado por el artículo 1o. del Decreto 753 de 1956), en concordancia con el artículo 450 de la misma codificación, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, que corresponde al espíritu que consagraba el artículo 18 de la Constitución Política de 1886 y considerar por ende el transporte por aire como un servicio público.

En cambio la Constitución Política de 1991, Título II, Capítulo II, artículo 56, garantiza la huelga como un derecho social, salvo en los servicios públicos esenciales que defina el legislador. Y como aún éste no ha dictado la ley que haya hecho esta definición, la única restricción en el ejercicio de la huelga es el autocontrol que sobre la huelga ejerzan los trabajadores de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo "OIT" y, por lo tanto, se presenta una contradicción entre las normas en que se apoya el acto demandado con la nueva disposición constitucional que garantiza el derecho de huelga; disposición que debe preferirse en su aplicación según lo normado por el artículo 4o. de la misma Carta, al ser esta norma de normas, cuando hay incompatibilidad de ella con disposiciones legales u otra norma jurídica.

SE CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 430 del C.S.T. (subrogado por el artículo 1o. del decreto 753 de 1956), está prohibida la huelga en los servicios públicos, considerándose como tal toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

De la anterior concepción, la legislación colombiana ha asumido un criterio de carácter material o funcional de servicio público, independientemente si es prestado directa o indirectamente por el Estado, o por personas privadas, sometido a un régimen especial, que se infiere debe ser de derecho público, ya que muchas actividades catalogadas como de servicio público están sometidas al derecho privado, ora prestadas por entes estatales (empresas industriales y comerciales), ora por empresas privadas.

Entre las actividades que relaciona la norma en comentario, y que constituyen servicio público, se cuentan las empresas de transporte por tierra, agua y aire, etc.

La diversidad de actividades comprendidas dentro del concepto de servicio público para la prohibición del derecho de huelga ha sido materia de estudio por parte del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. que llamó la atención al país sobre posibles abusos que podrían ocurrir en la aplicación de las restricciones del derecho de huelga, y sugirió en consecuencia una reforma en la legislación, en caso de persistir la prohibición de la

huelga en determinados casos, los que quedarían restringidos taxativamente a los servicios públicos, considerados estrictamente como esenciales.

Fue así como el constituyente de 1991 en el Artículo 56 de la nueva Carta política estatuyó: "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador". Y que la ley reglamentará este derecho.

Es obvio que el calificativo de "esencial" debería ser aclarado por el legislador como coyuntural o permanente, o también si algunos servicios en circunstancias extraordinarias sólo pueden ser declarados esenciales mediante los mecanismos previstos para los estados de excepción. No es este el momento de establecer esta circunstancia.

Después de los breves análisis anteriores, la Sala llega a concluir que en el presente caso no se da la manifiesta infracción por parte del acto administrativo que se impugna, de las normas superiores señaladas en la demanda para que proceda el decreto de la suspensión provisional, en razón de lo cual se denegará.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

1.- Admitir la demanda instaurada en acción de simple nulidad, por Ramiro Mejía Correa, quien obra en su propio nombre.

2.- Notifíquese personalmente este proveído a la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, o a quien haga sus veces.

3.- Notifíquese personalmente este proveído al agente del Ministerio Público.

4.- Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días, para que el demandado o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5.- Solicítese al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los antecedentes administrativos del acto demandado, los cuales deben ser enviados dentro del término de quince (15) días. Líbrese el correspondiente oficio.

6.- No se ordena el depósito a que se refiere el numeral 4o. del Artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el Artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, por no haber lugar a ello por la naturaleza del asunto a que se contrae el *sub-lite.*

7.- Niégase la suspensión provisional del acto demandado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CAPACIDAD PARA SER PARTE/SINDICATO

El artículo 44 del C.P.C. modificado por el Decreto 2282 de 1989, determina que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. "Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales..." De conformidad con los artículos 1503 y 1504 del Código Civil, toda persona es igualmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. En lo que tiene que ver con la representación el artículo 1505 del C.C. dice, "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo. Las anteriores normas están entonces determinando, quién puede ser parte en un proceso, porque tienen capacidad para comparecer al litigio. Quien no cumpla tales normas es incapaz de comparecer al proceso, pues carece de legitimación procesal.

SINDICATO-Representación

Los sindicatos pueden representar a sus afiliados, a través de su presidente o de quien contemplen sus estatutos, siempre que se trate de asuntos relacionados con la convención colectiva, supuesto que se presenta en el *sub-exámine,* habida cuenta de la denuncia de la convención colectiva y la presentación del correspondiente pliego de peticiones.

CESE DE ACTIVIDADES/CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria/**HUELGA**-Declaratoria/**ASAMBLEA PERMANENTE**-Improcedencia/**PARO**-Improcedencia

El artículo 60 de la Ley 50 de 1990 preceptúa que una vez concluída la etapa de arreglo directo sin que las partes hubiesen logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. La huelga o el Tribunal de Arbitramento deben ser decididos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la determinación del arreglo directo. Como la Asociación Sindical no cumplió con los pasos previos para la declaratoria de la huelga en legal forma sino que lo que realizó fue una Asamblea Permanente que no está contemplada en la ley, y mediante esa figura promovió un paro, es evidente que el Ministerio de Trabajo, una vez verificado como efectivamente lo hizo el cese de actividades, obró conforme a derecho al declararlo ilegal.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 8405. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias Municipales de Medellín.

Estando dentro del término legal, procede la Sala a decidir la demanda que en acción de nulidad interpuso el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín, contra la Resolución No. 414 del 18 de febrero de 1993 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y restablecimiento del derecho.

LA DEMANDA

En el escrito correspondiente (fls.80-85), se pide la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 414 del 18 de febrero de 1993 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita se reforme el contenido de la mencionada resolución, estatuyendo una nueva disposición declarando que el cese de actividades realizado por los trabajadores de la empresa, el día 16 de febrero de 1993, en las instalaciones del relleno sanitario ubicado en la curva de Rodas, en la Sección de Talleres y Recolección de Transporte, no fue ilegal.

Como hechos que fundamentan la anterior pretensión se indica que las Empresas Varias de Medellín son un Establecimiento Público de carácter municipal cuyo objeto es la recolección de basuras en la ciudad de Medellín. En la empresa opera una organización sindical de base o empresa denominada Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín, con personería jurídica.

Dentro del término de ley, la organización sindical formuló denuncia de la convención colectiva vigente hasta el 31 de diciembre de 1992, y presentó el correspondiente pliego de peticiones; pero la empresa una vez recibida la denuncia optó una actitud intransigente condicionando la negociación del pliego a que se negociara igualmente la denuncia patronal que contenía un verdadero pliego de peticiones, lo que a juicio de la organización sindical era ilegal.

Los términos de ley corrieron sin que se pudiera llegar a un acuerdo, y por tal motivo la organización sindical convocó dentro del término establecido en la Ley 50 de 1990 a una Asamblea General con el fin de asumir la opción correspondiente (huelga o tribunal de arbitramento).

El día de la Asamblea los trabajadores votaron por una Asamblea Permanente, la que fue considerada por la Empresa y el Ministerio de Trabajo como un cese de actividades. Por tal razón el representante legal de la Empresa solicitó al Ministerio del Trabajo un pronunciamiento y mediante resolución 414 de 18 de febrero de 1993 declaró ilegal el cese de actividades, con las fundamentaciones allí reseñadas.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Las Empresas Varias de Medellín por intermedio de apoderado constituído para el efecto, dio contestación al libelo demandatorio (fls 222-233), planteando como cuestión previa la falta de legitimación del Presidente del Sindicato para intentar la Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho, porque el precepto del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, no faculta a la organización sindical para ejercer la aludida acción. Concluye diciendo que no se vulneraron los preceptos constitucionales ni el principio del debido proceso y el derecho de defensa; porque la declaratoria de ilegalidad del paro se hace en forma indeterminada.

NORMAS VIOLADAS

Constitución Nacional, artículos 1, 2, 25, 55, 56, 93 y 94; Decreto 01 de 1984, Artículos 14, 44 y siguientes.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Cuarto delegado ante esta Corporación presentó la vista reglamentaria que corre a folios 240 - 255, en donde sostiene después de un pomenorizado estudio de la cuestión planteada que como en el presente caso no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, se solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, la Sala pasa a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Teniendo en cuenta que en el *sub-exámine* se ha planteado la falta de legitimación del Presidente del Sindicato para instaurar la presente acción, porque el precepto legal no faculta a la organización sindical para ejercerla, debe la Sala en primer término resolver esta excepción planteada, para así continuar con el desenvolvimiento normal del trámite del proceso.

El artículo 44 del C.P.C. modificado por el Decreto 2282 de 1989, determina que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

"Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales..."

De conformidad con los artículos 1503 y 1504 del Código Civil toda persona es igualmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

En lo que tiene que ver con la representación el artículo 1505 del C.C. dice,

"Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo".

Las anteriores normas están entonces determinando, quién puede ser parte en un proceso, porque tienen capacidad para comparecer al litigio. Quien no cumpla tales normas es incapaz de comparecer al proceso, pues carece de legitimación procesal.

A folio 1 del proceso obra el poder conferido por el señor Oscar Toro Bolívar, quien obra a nombre y representación del Sindicato de Trabajadores de las Empresa Varias de Medellín, en su calidad de Presidente, a fin de que a nombre de la organización que representa, se inicie demanda contentiva de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Trabajo.

A folio 2 del proceso se acompañó en fotocopia auténtica la parte pertinente del *Diario Oficial* de 18 de septiembre de 1965, en donde por resolución No. 01369 de agosto 21 de 1965 se reconoció Personería Jurídica a la organización sindical de primer grado y de base, denominada Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias Municipales, con domicilio en el Municipio de Medellín.

A folio 6 se incorporó la constancia expedida por la Oficina de Archivo de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, dando cuenta que por resolución No.355 del 23 de septiembre de 1992 se ordenó la inscripción de Oscar Toro Bolívar como Presidente de la mencionada organización.

El artículo 373 del C.S. del T. señala en forma expresa cuáles son las funciones principales de todos los sindicatos, y en el numeral 5 preceptúa:

> "Representar en juicio ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva, y representar esos mismos intereses ante los patronos y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación".

Es claro, entonces, que los sindicatos pueden representar a sus afiliados, a través de su Presidente o de quien contemplen sus estatutos, siempre que se trate de asuntos relacionados con la convención colectiva, supuesto que se presenta en el *sub-exámine,* habida cuenta de la denuncia de la convención colectiva y la presentación del correspondiente pliego de peticiones; por ello, no es de recibo la excepción propuesta.

Corresponde ahora examinar el trámite adelantado por el ente sindical. A folio 60 se encuentra la denuncia parcial y oportuna de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, 1990-1992, hecha por el Presidente del Sindicato y la recopilación de las normas convencionales estipuladas desde 1966 hasta el 31 de diciembre de 1992, indicando los textos materia de aquella (fl. 61 y sig.).

El día 30 de diciembre de 1992, el Gerente y Representante Legal de la Empresa presentó la denuncia patronal (fl. 8) indicando las cláusulas objeto de la misma.

La denuncia de la convención colectiva por ambas partes está plenamente establecida en la ley (artículo 479 C.S. del T.); por ello, la negociación colectiva no está sujeta a lo que anteriormente se haya pactado, sino que existe libertad para señalar nuevas condiciones de trabajo.

La etapa de arreglo directo terminó con fecha 1 de febrero de 1993, como puede verificarse a folio 54 del informativo. Por este aspecto se dio cumplimiento a la preceptiva del artículo 436 del C.S. de Trabajo.

El artículo 60 de la Ley 50 de 1990 preceptúa que una vez concluída la etapa de arreglo directo sin que las partes hubiesen logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaractoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. La huelga o el Tribunal de Arbitramento deben ser decididos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación del arreglo directo. Lo anterior quiere significar que la organización sindical (los trabajadores), debía optar por la huelga o el Tribunal de Arbitramento a más tardar el día 15 de febrero de 1993; sin embargo, dentro del plenario no obra ninguna probanza de donde se pueda inferir que se realizó la declaratoria de huelga o cesación colectiva del trabajo, o sea que la organización sindical incumplió el artículo 61 de la Ley 50 de 1990, porque a folio 3 obra, únicamente la parte pertinente del Acta No. 96 de la Asamblea General Extraordinaria de Delegados y Socios, del Sindicato de Base de Trabajadores de las Empresas Varias Municipales de Medellín, celebrada el 7 de febrero de 1993, con relación a la Asamblea Permanente.

Se realizó la correspondiente votación, para un total de 743 votos de los socios, todos por la Asamblea Permanente. Así pues, la Asamblea Permanente fue votada el 7 de febrero de 1993, y el 17 de febrero del mismo año, el gerente General de la Empresa (fl.100) solicitó al Ministerio la Declaratoria de Ilegalidad del cese de actividades promovido por la agremiación sindical. Fundamentó su solicitud en el hecho de que el día 16 de febrero de 1993, contra expresa prohibición legal, el Sindicato de Base de los trabajadores de la empresa promovió un paro y no permitió la prestación del servicio público de aseo. *"Cese que aún hoy 17 de febrero persiste"*.

El Ministerio de Trabajo por intermedio de los funcionarios delegados para tal fin, verificó el cese de actividades por parte de los trabajadores de la Empresas Varias de Medellín, tal como dan cuenta las actas levantadas, visibles a folios 110, 196, 215 y 219.

Con base en la comprobación del cese de actividades, el Ministerio de Trabajo produjo el acto acusado, la resolución No.000414 del 18 de febrero de 1993, por la cual declaró la ilegalidad del cese de actividades.

En la parte considerativa de la citada providencia se indica que el cese de actividades realizado por los trabajadores de las Empresas Varias Municipales de Medellín, fue plenamente comprobado por funcionarios de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, tal como consta en actas del 16 de febrero de 1993, anexas al expediente y concluye diciendo que la prohibición legal para declarar la suspensión de actividades en los servicios públicos, es razón jurídica suficiente para que se declare la ilegalidad del cese de actividades realizado por los trabajadores de las Empresas Varias Municipales de Medellín, pues las "asambleas permanentes" no son aceptadas por la legislación laboral, como medios de presión sindical en época de negociaciones colectivas de trabajo.

A folio 210 del proceso obra telegrama dirigido a los trabajadores de la Empresa, comunicándoles la determinación tomada por el Ministerio de Trabajo.

Tal como da cuenta la certificación de folio 211, se publicó en la Primera Cadena Radial Colombiana S.A., el aviso adjunto, leído el 19 de febrero de 1993, que a la letra dice:

> "SE AVISA A LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS VARIAS DE MEDELLIN QUE EL CESE DE ACTIVIDADES QUE ADELANTAN, FUE DECLARADO ILEGAL POR EL MINISTERIO DE TRABAJO MEDIANTE RESOLUCION No. 000414 DEL 18 DE FEBRERO DE 1993, QUE ES DE INMEDIATO CUMPLIMIENTO.
>
> LA GERENCIA DE LA EMPRESA REITERA A TODOS LOS TRABAJADORES SU OBLIGACION DE NO PERSISTIR EN EL PARO Y, EN CONSECUENCIA, REINTEGRARSE A SUS LABORES EN LOS DIFERENTES TURNOS REGULARES Y DESALOJAR DE MANERA INMEDIATA LAS INSTALACIONES OCUPADAS".

HECTOR QUINTERO ARREDONDO

Gerente General

Medellín, Febrero 19 de 1993

"MEDELLIN PARA TODOS".

En igual sentido se leyó el mismo texto en Super Noticias de Antioquia (fl. 213).

Es de relievar que a pesar de los avisos publicados (fls. 214 y 215) los trabajadores persistieron en el cese de actividades, aún despues de la declaratoria de ilegalidad por parte del Ministerio de Trabajo (fls. 217-221).

Tan cierto fue esto que el señor Alcalde de Medellín en uso de sus facultades legales y constitucionales expidió el Decreto No. 205 de febrero 18 de 1993, con las siguientes consideraciones:

"A. Que el cese ilegal de actividades promovido por el Sindicato adelantado por los trabajadores de Empresas Varias de Medellín ha impedido la prestación del servicio público de recolección y disposición final de basuras de sectores residuales, hospitalarios, industriales y comerciales de la ciudad.

B. Que la acumulación de desechos orgánicos en vías públicas, parques y demás inmuebles, es causa del inmediato deterioro del ambiente, factor de alto riesgo para la salud de la población.

C. Que de conformidad con el artículo 79 de la Constitución Nacional, es un derecho de todas las personas gozar de un ambiente sano y, es deber del Estado velar por la diversidad e integridad del ambiente.

D. Que el Instituto Metropolitano de la Salud, Metrosalud, a través de su Director ha solicitado al Alcalde de Medellín la adopción de medidas para proteger la salud pública de los asociados.

E. Que es deber de la competencia y un deber de las autoridades, dictar las medidas pertinentes, cuando las necesidades lo exijan o la conveniencia pública lo aconseje.

Por las anteriores razones se declaró en estado de emergencia sanitaria la ciudad de Medellín.

Las Empresas Varias de Medellín fueron creadas por el Concejo Municipal de la ciudad por Acuerdo No. 059 de 1964 (fl.138), con el objeto de *"organizar y administrar los servicios públicos de la central de abastecimiento, feria de ganaderos, mercados, mataderos, transporte colectivo, aseo y recolección de basuras y aquéllos otros servicios que a juicio de la Junta llegaren a considerarse oportunos..."*.

A su vez en el artículo 4o. de los estatutos de las Empresas Varias de Medellín (fls. 173-174), se determina el objeto, de la siguiente manera:

> *"El objeto de las Empresas Varias Municipales de Medellín es la organización y administración de los servicios de Central de Abastecimiento, Feria de Ganados, Mataderos, Transporte Colectivo, Mercados, Aseo y recolección de Basuras y Coso Municipal y aquéllos otros servicios que a juicio de la Junta llegaren a considerarse oportunos para la realización de sus fines y la prestación de ellos en el Municipio de Medellín...".*

En consecuencia, como la Asociación Sindical no cumplió con los pasos previos para la declaratoria de la huelga en legal forma sino que lo que realizó fue una Asamblea Permanente que no está contemplada en la ley, y mediante esa figura promovió un paro, es evidente que el Ministerio de Trabajo, una vez verificado como efectivamente lo hizo el cese de actividades,obró conforme a derecho al declararlo ilegal; por tanto, no existe transgresión del precepto acusado, y por ende, las súplicas del libelo demandatorio no alcanzan prosperidad.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda instaurada por el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN, contra la resolución No. 414 de febrero 18 de 1993, expedida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 6 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA-Improcedencia/IDENTIDAD DE CAUSA-Inexistencia/COSA JUZGADA-Inexistencia

No es posible afirmar que uno y otro caso exista identidad de causa, aunque los actos demandados sean los mismos, ya que a pesar de que ambos procesos se invoque como violado el artículo 5o. del D. 3135 de 1968, en el proceso que ahora ocupa la atención de la Sala se esgrime un nuevo argumento jurídico, relacionado con la incompetencia del órgano expedidor de los actos enjuiciados. Por ello y porque conforme a la preceptiva jurídica que regula la excepción de cosa juzgada (art.332 del C. de P.C.), para que ésta opere, además de la entidad de objeto que debe existir en los procesos, se requiere que halla también identidad de causa, esto es, de razones de derecho justificativas de la acción.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/JUNTA DIRECTIVA-Funciones/CLASIFICACION DE EMPLEADOS

A la Junta Directiva de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de acuerdo con la preceptiva jurídica aplicable a la materia -art. 5o. D. 3135 de 1968-, les compete efectuar la clasificación de las personas que a ellas prestasen sus servicios y no a la Asamblea Departamental de la entidad territorial a que pertenezcan o a la Asamblea de Accionistas, como se dice en el libelo.

ACUANTIOQUIA S.A.-Naturaleza jurídica/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE ESTADO/SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS/ ACTIVIDAD COMERCIAL O INDUSTRIAL

Si bien la demandada fue creada como sociedad anónima, según reformas que obran en las distintas escrituras allegadas, la sociedad tiene un carácter

industrial y comercial del Estado. Posteriormente se aclaró su carácter de entidad indirecta departamental, y con la restricción de que sus acciones son libres pero negociables solamente entre entidades oficiales, circunstancia que permite clasificarla como empresa industrial y comercial del Estado. De otra parte, el Decreto 130 de 1976, regula las sociedades en que participa la Nación y sus entidades descentralizadas, el artículo 4o. regula la Constitución de Sociedades entre entidades públicas y al respecto establece que las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza comercial o industrial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado y que en sus estatutos se proveerá sobre la designación del Gerente y la composición y presidencia de sus juntas directivas.

JUNTA DIRECTIVA-Facultades/CLASIFICACION DE EMPLEADOS-Límites/EMPLEADO DE DIRECCION Y CONFIANZA/EMPLEADO PUBLICO

Sí existen cortapizas a la facultad de las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, para clasificar como empleados públicos a algunos de los servidores de esas instituciones, en virtud de que el legislador en el art. 5o. del Decreto 33135/68, las estableció inequívocamente, al señalar que solamente al personal de dirección o confianza podía otorgársele ese carácter. No es entonces ilimitada la potestad que sobre el particular les asiste a esos órganos de dirección de las empresas industriales y comerciales del Estado, sino por el contrario, restringida.

EMPLEO DE DIRECCION Y CONFIANZA-Diferencias/CONFIANZA A EMPLEADO

Todo empleo de la administración pública demanda para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial, pues al atribuir a alguien la ejecución de una actividad por modesta que ella sea, dado que el éxito de la gestión administrativa depende del esfuerzo mancomunado de la totalidad de quienes conforman la respectiva institución, implica otorgar a quien la ejecuta un cierto grado de credibilidad en su eficiencia y responsabilidad para el desempeño de la misma. Mas esta clase de confianza no es la que, en términos del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, permite sustraer de la clasificación general de trabajadores oficiales a algunos servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, para otorgarles el rango de empleados públicos, sino aquella particular que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de

conepción, coordinación de políticas empresariales, que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces los colocan en posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de las empresas.

EMPLEO DE DIRECCION Y CONFIANZA-Inexistencia

Al revisar el documento por el cual se adscribieron funciones a los diferentes oficios existentes en Acuantioquia, se advierte que los cargos de visitador contable, auxiliar de laboratorio, taquilleros, visitador administrativo, auxiliar de sistematización, coordinador de servicios varios, operador de equipo pesado y mecánico electricista, para su cabal desempeño no requieren depositar en sus titulares una particular confianza, distinta a la general, que amerite la clasificación como empleados públicos, pues sus labores son esencialmente de ejecución dentro de los planes señalados de antemano por los directivos de la empresa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 6565. Actor: Asociación de Empleados de Acuantioquia S. A. Autoridades Departamentales.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de noviembre de 1991.

ANTECEDENTES

La Asociación de Empleados de Acuantioquia S. A., mediante apoderado solicitó al Tribunal declarar la**nulidad**de los actos administrativos contenidos en**los acuerdos y en las actas de las reuniones celebradas por la Junta Directiva de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S. A.,** que relaciona así: Estatuto de Personal (Acuerdo No. 13 de 1976), contenido en el Acta No. 259 de 26 de noviembre de 1976. Artículo 18: decisión de declarar empleados públicos a las personas que desempeñan los cargos de auxiliares de almacén y operadores de planta, Acta No. 287 de 16 de febrero de 1978; los de visitador contable, auxiliar de laboratorio y operador de planta -Acta No. 292 de 10 de abril de 1978-, los de taquillero y visitador administrativo -Acta No. 293 de 25 de abril de 1978; de Coordinador de Tansporte - Acta No. 297 de 18 de julio de 1978-, Acuerdo No. 003 de 1978 -Acta No. 304 de ese año-, mediante el cual se declararon como empleados públicos a quienes desempeñaban los diez oficios allí descritos; definición de empleado público para los cargos de Secretaria del Departamento Técnico -Acta No. 307 de 16 de enero de 1979, igual

decisión respecto de los cargos de operador de planta de tratamiento de Barbosa, lector mecánico de medidores de Puerto Berrío y Envigado, ayudante de transporte pesado y de mecánico automotriz y auxiliar de archivo -Acta No. 314 de 1o. de agosto de 1979-, y de los cargos de auxiliar de sistematización -Acta No. 310 de 5 de abril de 1979-, operador de equipo -Acta No. 363 de 18 de junio de 1984-, auditor interno y secretaria de autoría interna -Acta No. 364 de 9 de agosto de 1984-, coordinador de servicios varios, mecánico electricista e inspector de obra para la zona de Urabá -Acta No. 389 de 31 de julio de 1986-, y finalmente de las actas números 237 (sic) de 29 de octubre de 1980, 322 de 15 de abril del mismo año, 387 de 19 de junio de 1986, 361 de 17 de abril de 1984, 259 de 26 de noviembre de 1986, 294 de 12 de mayo de 1978 y 343 de 21 de julio de 1982, en la parte correspondiente a la determinación de cargos clasificados como empleados públicos.

Subsidiariamente se impetró la declaración de nulidad parcial de los mismos actos, en cuanto clasifican como empleados públicos a cargos de la planta de personal que no sean de dirección o confianza.

En la demanda se citan como fundamentos legales de las pretensiones los artículos 84, 197 y siguientes del Decreto 01 de 1984, Leyes 6a. de 1945 y 3a. de 1986, Decretos 2127 de 1945, artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, Decreto 130 de 1976 y Decreto 1222 de 1986 y se señalan como violados los artículos 20 de la Constitución Política de 1886, el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, la Ley 28 de 1974, los Decretos 130 de 1976 y 1848 de 1969, Ley 3a. de 1986 y el Decreto 1222 del mismo año.

Aduce la parte actora que en virtud de la declaración de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (fl. 16), cuando se expidió el Acuerdo 13 de 1976 que en el artículo 18 clasificó los servidores de Acuantioquia S.A., incluyendo una serie de cargos o actividades como de dirección y confianza, la Junta Directiva de la entidad carecía de esa facultad y tenía que regirse por las disposiciones de la Ley 6a. de 1945 y del Decreto 2127 del mismo año, estatutos cuya vigencia se prolongó hasta la expedición de la Ley 3a. y del Decreto 1222 de 1986; que la asimilación de las entidades descentralizada del orden departamental a las de carácter nacional, dispuesta en el Decreto 130 de 1976 no abarca las relaciones de tipo laboral y que en consecuencia, no es dable admitir que sus Juntas Directivas tengan la competencia para clasificar a sus servidores; por tanto, todos los actos enjuiciados son contrarios al orden jurídico porque la Junta Directiva de Acuantioquia carecía de competencia para preferirlos, pues esa facultad radica en otros órganos de la administración como son la Asamblea Departamental -Ley 3a. y artículo 231 del Decreto 1222 de 1986- o en último caso, a la Asamblea de Accionistas de la entidad a través de una reforma estatutaria y adolecen de falsa motivación, pues se ha tomado como motivo para hacer dichas clasificaciones la presunción de que todos los cargos catalogados como desempeñados por empleados públicos, encajan en la función de dirección y confianza, lo que es contrario a la realidad, ya que el concepto de dirección implica la categoría de ser patrono o de representarlo directamente, y el de confianza la de reemplazarlo, que es distinto al grado de confianza que toda relación laboral implica.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento tras declarar probada la excepción de cosa juzgada en relación con los actos administrativos contenidos en las Actas Nos. 287 de 16 de febrero de 1978 y 304 de 18 de noviembre de 1978 de la Junta Directiva de la entidad demandada, en virtud de que la jurisdicción contencioso administrativa se había pronunciado sobre su legalidad en sentencia de 16 de marzo de 1981 y 10 de agosto de 1984 proferidas por esa Corporación y el Consejo de Estado, respectivamente, declaró "nulos los siguientes actos de la Junta Directiva de Acuantioquia: 292 de abril 10 de 1978; 293 de abril 25 de 1978; 297 de julio 18 de 1978; 307 de enero 16 de 1979; 314 de agosto 1 de 1979; 310 de abril 5 de 1979; 363 de junio 18 de 1984; 364 de agosto 9 de 1984; 389 de julio 31 de 1986; 327 de octubre 29 de 1980; 322 de abril 15 de 1980; 387 de junio 19 de 1986; 259 de noviembre 26 de 1976 (Acuerdo 13 del 26 de noviembre de 1976, artículo 18); y 294 de mayo 12 de 1978, a través de los cuales se clasificaron como empleados públicos, los cargos que allí aparecen, con excepción de los siguientes que sí corresponden a empleados públicos (fl. 459).

Gerencia: Gerente y Secretaria Primera.

Subgerencia Técnica: Subgerente Técnico; Secretaria II; Jefe del Departamento de Interventoría Programación y Operación; Secretaria II; Ingeniero Civil; Ingeniero de Zona; Ingeniero Electricista; Jefe de Control de Calidad; Secretaria I; Jefe de la Sección de Planeación y Control; Secretaria; Ingeniero Civil e Ingeniero Sanitario.

Departamento de Relaciones Industriales: Jefe de Departamento de Relaciones Industriales; Secretaria II y Jefe de la Sección de Personal.

Asesoría Jurídica: Asesor Jurídico y Secretaria II.

Grupo de Interventores: Ingeniero Interventor.

Subgerencia Administrativa y Financiera: Subgerente Administrativo y Financiero; Secretaria II; Jefe División Financiera; Secretaria II; Jefe del Departamento de Contabilidad; Secretaria III, Contador Auxiliar; Cajero General; Auxiliar de Caja; Coordinador de Sistematización; Jefe del Departamento de Sistemas; Auxiliar de Sistematización; Control de Información Sistematización; Graboverificadora; Analista de Presupuesto; Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia; Auxiliar de Archivo y Correspondencia; Clasificador y Revisor de Microfilmación; Jefe de Zona de Urabá; Administrador de Empresa u Oficina a Nivel Municipal A.B.C.D.; Taquillera; Secretaria III; Jefe de Relaciones Públicas; Operadora de Conmutador y Xerox; Revisor Fiscal; Auditor I y Auditor II". (fl. 459).

Adujo el *a-quo* que la censura de dichos actos era válida, puesto que mediante ellos se clasificó como desempeñados por empleados públicos, cargos que no son de dirección, manejo o confianza, cuando la regla general es que los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y la

excepción es la de que los cargos que tengan las características arriba citadas, sean desempeñados por empleados públicos, por lo que se convirtió la regla general, en excepción.

Solamente el fallador consideró correcta la clasificación como empleados públicos, de quienes desempeñaban los cargos que conforme al dictamen pericial rendido en el proceso, desarrollaban actividades de dirección y confianza.

El Tribunal expresó que se negaba la nulidad de las actas 343 de 1982 y 361 de 1984 por cuanto en ellas la Junta no hizo ningún pronunciamiento sobre la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales de los empleos allí creados. (fl. 458).

EL RECURSO

El apoderado de la Asociación de Empleados de Acuantioquia "ASOACUA", impetra la revocación parcial de la sentencia, en cuanto en su artículo 1o. declaró probada la excepción de cosa juzgada para los actos y empleos en él contemplados, puesto que estima que la prueba allegada para demostar la excepción no es completa y que de la misma se desprende que no cobija todas las causales o vicios por los cuales se demandaron tales actos; de modo, afirma, que su legalidad debió examinarse frente a los motivos de impugnación que se alegaron en la demanda. Apela también porque aspira que se modifique el numeral 3o. *ibídem* para excluir a todos aquellos cargos que no tengan carácter de dirección o de confianza como son los de secretarias, auxiliares, taquilleros, etc., ya que los citados conceptos, sólo cobijan altos directivos y ni siquiera a los ingenieros quienes desarrollan actividades técnicas.

Por su parte, la entidad demandada impugnó el fallo en virtud de que en el numeral 2) de la parte resolutiva se hace pronunciamiento sobre algunos cargos clasificados por la Junta Directiva que corresponden a trabajadores oficiales, por ejemplo, el de revisor fiscal, asesor jurídico, etc., clasificación que no fue impugnada, por lo cual el fallo es extrapetita, puesto que en la demanda se solicitó la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Junta Directiva "mediante los cuales se han clasificado como empleados públicos a personal vinculado laboralmente a dicha entidad", lo que significa que el ataque se enfila exclusivamente a cuestionar la clasificación como empleados públicos de algunos de tales servidores y no la de trabajadores oficiales de los demás; no pueden incluirse entonces como desempeñados por empleados, cargos a los cuales no se refiere la demanda, como son los clasificados en las Actas Nos. 304 de 16 de noviembre de 1978 y 287 de 1978 y en el Acuerdo No. 03 de 1973.

El apoderado de la Sociedad demandada, señala igualmente que no puede acogerse un peritazgo que analiza los cargos frente a una definición estática, mal intrepretada, que reclasifica tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales, cuando ha debido limitarse al análisis específico de los que, como empleados públicos, estaban mal clasificados.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes,

es reiterativa la Sala, en que el traslado no obedeció a la finalidad de su establecimiento y que desmejora las condiciones de la empleada con escalafón".

4) En lo referente a la declaratoria de vacancia del empleo conviene señalar que el funcionario público en razón a su vinculación estatutaria a la Administración Pública adquiere una serie de derechos, pero igualmente unos deberes y obligaciones especiales, señalados en la ley o en el reglamento que le regulan su comportamiento frente a la Administración, y respecto de los cuales está obligado a cumplir.

5) En vía de ejemplo y para lograr el buen servicio público en materia del manejo del recurso humano, la Administración Pública está investida de la facultad para efectuar los llamados "movimientos del personal en servicio", entre los cuales se cuenta el traslado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973.

6) Habiéndose efectuado el traslado por necesidades del servicio pues en el proceso no se demostró otra cosa, la orden de la Administración debía cumplirse inexorablemente, y como en el proceso no se probó que la actora hubiera estado excusada de cumplir tal mandato, ni se encontraba en una situación de fuerza mayor, no le asiste razón en sus pretensiones.

7) Conviene igualmente señalar que el fuero de carrera administrativa no impide que la Administración, pueda ordenar un traslado. El traslado como un movimiento de personal y una forma de provisión de un empleo lo consagra la ley tanto para empleados de carrera como de libre nombramiento y remoción sin consideración especial alguna.

8) Conviene finalmente señalar que la actora fue trasladada del empleo de Jefe de División 2040-09 de la Subdirección de Recaudo de la Dirección General de Impuestos Nacionales al cargo de Jefe de División 2040-09 de la División Delegada de la Subdirección Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga.

9) De acuerdo con el Código 2040 y el grado de remuneración 09, que ostenta uno y otro empleo, se concluye que la demandante fue trasladada a un empleo de igual jerarquía y remuneración, sin recibir por este aspecto ningún desmejoramiento laboral.

10) Como la igualdad jerárquica de los empleos debe examinarse desde un punto de vista jurídico, y el D.L. 1042 de 1978 no establece diferencias jerárquicas entre los empleos por razón de encontrase el cargo ubicado en una u otra dependencia, no es válido admitir como se pretendió expresar en el proceso, que tiene mayor importancia pertenecer a la División de Recursos Tributarios que hallarse en la División de Cobranzas.

Debe señalarse que la jerarquía jurídica de un cargo público no puede sopesarse con la importancia o consideración social que pueden los empleados atribuirle a un cargo, cuando éste se encuentra en una dependencia determinada, pues el nivel jerárquico lo señala la ley, y en este caso ambos empleos comparten un mismo nivel jerárquico.

Por este motivo le asiste razón a la Procuraduría cuando como conclusión de este aspecto procesal debatido dijo al respecto:

> "Es labor difícil para el juzgador apreciar declaraciones contrapuestas, de personas altamente calificadas como las que declararon en el *sub-lite,* que contienen conceptos subjetivos. De su atenta lectura **no queda duda,** de que tanto el cargo que ejercía la demandante en Bogotá (Jefe de la División de Cobranzas), como aquel a que fue trasladada en Bucaramanga, **tienen el mismo nivel jerárquico.** Por ende, igual remuneración".

Tampoco le asiste razón a la actora, cuando señala que la declaratoria de vacancia debía estar precedida del adelantamiento de un proceso administrativo o disciplinario, porque este requisito no lo exige la ley, ni el reglamento. La administración una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo, podía declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo.

Sobre el particular esta Sala en fallo de 19 de noviembre de 1991, con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, expediente número 1481, dijo:

> "Finalmente, con respecto al proceso disciplinario que ha debido adelantarse al accionante, **se precisa** que la **declaración de vacancia de un cargo** no constituye sanción sino una causal autónoma de retiro, y por ello **no requiere adelantamiento de un proceso disciplinario.** Verificada la ausencia injustificada del empleado, la administración **debe** declarar la vacancia del cargo, independientemente de la acción disciplinaria que pueda proceder y de la responsabilidad civil o penal que corresponda, conforme al Artículo 128 del Decreto 1950 de 1973. De manera que verificado que el demandante no asumió el empleo al que fue reintegrado y conocidas y evaluadas las razones que él mismo adujo para no aceptarlo, la administración podía tomar la decisión de declarar la vacancia **sin requerir más procedimientos."** (sublíneas fuera del texto).

Conforme a lo antes expuesto se concluye que no le asiste razón a las súplicas de la demanda, debiéndose confirmar el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de acuerdo con el concepto de Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo del 5 de abril de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda promovida por la Doctora FABIOLA ZULUAGA DE ZAMUDIO y mediante el cual se deniegan las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE y una vez ejecutoriado remítase al tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Diego Younes Moreno, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Aclara Voto; *Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO-Improcedencia/**MOTIVOS SUBJETIVOS/DERECHO AL TRABAJO/DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL**/(Aclaración de Voto)

Con el respeto de siempre por la decisiones de la Sala, me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto en la medida en que la decisión se ajusta a lo que refleja el material probatorio, hay algunos razonamientos de la parte motiva con los cuales discrepo, particularmente en lo que hace con la incidencia que tienen los motivos personales, familiares o subjetivos de un funcionario para no trasladarse a un sitio diferente al que habitualmente ha sido su sede de trabajo, por estimar que la orden del nominador lesiona su derecho de estabilidad en el empleo. En efecto, considero que si esos motivos están debidamente probados y existe una relación lógica de conexidad con la negativa del funcionario a trasladarse, deben ser apreciados por el juzgador con un sentido de protección del derecho al trabajo y por ende, de la estabilidad.

Aclaración de Voto: *Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: En Juicio No. 5975 - Decretos del Gobierno. Actora: Fabiola Zuluaga de Zamudio.

Con el respecto de siempre por las decisiones de la Sala, me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto en la medida en que la decisión se ajusta a lo que refleja el material probatorio, hay algunos razonamientos de la parte motiva con los cuales discrepo, particularmente en lo que hace con la incidencia que tienen los

motivos personales, familiares o subjetivos de un funcionario para no trasladarse a un sitio diferente al que habitualmente ha sido su sede de trabajo, por estimar que la orden del nominador lesiona su derecho de estabilidad en el empleo.

En efecto, considero que si esos motivos están debidamente probados y existe una relación lógica de conexidad con la negativa del funcionario a trasladarse, deben ser apreciados por el juzgador con un sentido de protección del derecho al trabajo y por ende, de la estabilidad del empleado.

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

DISTRITO CAPITAL-Aplicable/**EMPLEADOS PUBLICOS DEL DISTRITO/DESMEJORA PRESTACIONAL-**Inexistencia

La desmejora prestacional denunciada al querer nivelar el régimen prestacional de los empleados públicos del distrito capital y sus entes descentralizados con los de rama ejecutiva del poder público, tampoco la aprecia la Sala con los elementos de juicio que se dispone, concretamente con la sustentación de la suspensión provisional. Tampoco encuentra la sala, en principio, la discriminación denunciada pues, las personas que no se han vinculado, estarían en igualdad de condiciones y si la "discriminación" fuere respecto de las personas ya vinculadas, tal figura no se presentaría por la que la situación jurídica hipotética de las no vinculadas no puede ser de la misma de las primeras.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No.10509. Decretos del Gobierno. Actor: Jaime Ferrucho Sierra y otro.

1. Admítese la demanda presentada por el ciudadano Jaime Ferrucho Sierra y por Luis Francisco Maltes Tello en calidad de Presidente del Sindicato de Empleados Distritales de Bogotá, "Sintradistritales".

2. Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al Alcalde Mayor del Distrito Capital y por estado.

3. Fíjese en la lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4. Solicítense los antecedentes administrativos.

5. No se ordena consignación de suma alguna para gastos ordinarios del proceso por considerarse innecesario.

6. Los demandantes solicitan se suspenda provisionalmente el Decreto 1133 de 1994 del Gobierno Nacional, expedido con fundamento en el artículo 12 de la Ley 4a. de 1992, por medio del cual se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas.

El decreto acusado:

Su artículo primero dispuso que las personas que se vinculen al servicio público en los Distritos y entidades indicados a partir de la vigencia de aquel y que tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para sus homólogos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Para las personas que se hubieran vinculado en aquella condición o como trabajadores oficiales antes de su vigencia, el artículo segundo dispuso que continuarían gozando del régimen prestacional que se le venía reconociendo y pagando y el inciso segundo del mismo artículo condicionó lo anterior siempre y cuando continuaran desempeñando los cargos para que los que fueron nombrados en el momento de la vigencia del decreto, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esa calidad.

El artículo tercero dispuso que el decreto se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten.

El artículo 4o. dispuso que regiría a partir de la fecha de su publicación.

La sustentación:

Afirman los demandantes que el decreto acusado viola ostensiblemente la Constitución Política, porque sus artículos "constituyen una infracción manifiesta en detrimento del interés general y los funcionarios vinculados a la Administración Distrital". y que el Gobierno Nacional abusó de las atribuciones conferidas por el Congreso Nacional de la siguiente forma:

a) Que el decreto acusado no está en consonancia con los mandatos de la Constitución Política violándose así su Preámbulo y los artículos 1 a 6, 13, 25, 42, 51 a 56, 125, 130, 150, 268 y la Ley 4a. de 1992.

b) Que desconoció los objetivos y criterios señalados en los literales a) y b) del Artículo 2o. de la Ley 4a. de 1992, consistentes en el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales, no siendo posible, en ningún caso, desmejorar sus salarios y prestaciones sociales y el respeto a la carrera administrativa y a la ampliación de su cobertura, razón por la cual se viola el Artículo 150 numeral 19 por excederse en las facultades que le confiere el legislativo.

c) Que las facultades conferidas por el Legislativo al Ejecutivo no le permiten a este modificar el régimen salarial y prestacional, ni desmejorar los salarios o prestaciones sociales sociales como pretende hacerlo el decreto acusado, al querer nivelar el régimen prestacional con el de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, violando normas constitucionales como los artículos 13, 38, 39, 53 a 56, 125, 150 "No. 9 literales e y f".

d) Que el Gobierno Nacional al expedir el acto acusado "discrimina a los ciudadanos que de alguna manera se preparan para prestar sus servicios en la Administración, por cuanto el principio de igualdad incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas, así como el derecho subjetivo a ser tratado igual, violando de manera flagante el art. 13 de la Constitución Nacional,"; que debe tenerse en cuenta no sólo la igualdad en el contenido de la ley (*de iure*) sino en su aplicación (de facto) y al efecto transcribe una jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia de tutela T-28139.

e) Que el Ejecutivo al expedir el decreto acusado fuera de discriminar a los ciudadanos que aspiran en igualdad de condiciones y oportunidades a acceder al servicio público, desconoció los postulados del Artículo 125 de la Constitución Política y deja como letra muerta el artículo 32 del Acuerdo 12 de 1987, donde se señalan los objetivos de la Carrera Administrativa y, al efecto, transcribe las dos normas.

Para resolver se considera:

I. Tratándose de la acción de nulidad, como la propuesta por los demandantes, el artículo 152 del C.C.A. exige que la suspensión provisional se solicite y sustente de modo expreso y que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de aquella, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

II. La sustentación contenida en el párrafo a) referido, no suministra las razones por las cuales el acto acusado no estaría en consonancia con las normas constitucionales allí relacionadas.

III. Sobre la sustentación del párrafo b), advierte la Sala que a primera vista no se observa que se hubieran desconocido los objetivos y criterios establecidos en la Ley 4a. de 1992, porque precisamente el campo de aplicación del acto acusado se ha restringido

a las personas que se vinculen a partir de su vigencia y, sólo es aplicable a las personas actualmente vinculadas, en la hipótesis de que el empleado público no continúe desempeñando el cargo para el que fue nombrado en el momento de la misma vigencia o cuando el trabajador oficial deje de serlo, todo lo cual, en principio, se acomodaría a las exigencias del literal a) del artículo 2o. de la referida ley.

De otro lado, ni la sustentación lo dice, ni a primera vista se aprecia violación alguna del literal b) *ibídem,* entre otras poderosas razones porque tampoco encuentra la Sala *prima faciae,* relación alguna entre el régimen prestacional decretado y los derechos o garantías de la carrera administrativa.

IV. La desmejora prestacional denunciada en la sustentación contenida en el párrafo c), al querer nivelar el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entes descentralizados con los de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tampoco la aprecia la Sala con los elementos de juicio de que dispone, concretamente con la sustentación de la suspensión provisional, que no la demuestra.

V. Tampoco encuentra la Sala, en principio, la discriminación denunciada, pues, las personas que no se han vinculado estarían en igualdad de condiciones. Y si la "discriminación" fuere respecto de las personas ya vinculadas, tal figura no se presentaría porque la situación jurídica hipotética de las no vinculadas no puede ser la misma de las primeras.

VI. Alrededor de la sustentación del párrafo e) la Sala observa en primer lugar que respecto a la discriminación allí denunciada, militan las mismas consideraciones anteriores, que en principio no se advierte relación alguna entre el acto acusado y las situaciones de carrera o la forma de nombramiento a que se refiere el artículo 125 de la Carta y que, finalmente, el Acuerdo 12 de 1987 no sólo es una normatividad subalterna sino que se refiere al régimen de carrera administrativa.

Consecuentemente, la Sala denegará la medida solicitada.

Por lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

DENIEGASE la suspensión provisional del Decreto 1133 de 1994 del Gobierno Nacional.

NOTIFIQUESE COMO SE ORDENO.

Aprobado en la Sala del día 10 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Alvaro Díaz Granados G.- Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ESTABILIDAD/FUNCIONARIO DE CARRERA/ESCALAFON-Derechos

El funcionario inscrito en la carrera tiene derecho a permanecer a su cargo mientras desempeñe una honestidad lealtad y eficacia las funciones que le corresponden y únicamente podrá ser desvinculado por las causales y mediante los procedimientos señalados por la ley. Es decir, que mientras en el juicio disciplinario no se demuestre una causal de separación del cargo, puede permanecer en él. También existen causales para declarar la insubsistencia excepcionalmente, pero ellas se refieren al bajo rendimiento en el cargo, que se evidencia a través de las calificaciones. Cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo, pasa a otro también de carrera, no pierde por ese sólo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

ESCALAFON ADMINISTRATIVO/NOMBRAMIENTO EN DESCRIPTOR-Restrictor: **ESCALAFON ADMINISTRATIVO/NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO DE CARRERA/JEFE DE DIVISION/TRANSITO DE LEGISLACION**

No está contemplada en el art. 47 del Decreto 2400/68 ni en ninguna otra, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo de carrera, así sea éste de superior categoría que aquel en el cual se halla escalafonado el empleado. Es preciso tener en cuenta, que los cargos de jefes de división de los cargos públicos, sólo pasaron a ser de libre nombramiento y remoción a partir de la expedición de la Ley 61 de 1987; la actora fue promovida al cargo del cual se le declaró insubsistente desde

1982 y su retiro se produjo en 1986. Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aún pasando a otro u otros cargos siempre que ellos también sean de carrera administrativa. Otra es la situación cuando se trata de ocupar cargos de libre nombramiento y remoción evento en el cual se hace necesaria la respectiva comisión, so pena de perder los derechos del escalafón. Ello de conformidad con las normas anteriores a la expedición de la Ley 61 de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6069. Autoridades Nacionales. Actor: Herminia Esther Cadena de Chacón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de mayo de 1991 proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección Segunda, Subsección A.

ANTECEDENTES

La señora Herminia Esther Cadena de Chacón pidió al Tribunal la nulidad de la resolución No.0586 de 20 de marzo de 1986 expedida por el Director General de la Administración Postal Nacional, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de División de Personal Asistencial, Grado 10, en la División de Métodos de Trabajo, dependiente de la Subdirección de Operaciones, y que, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordene su reintegro al mismo, o a otro de igual o superior categoría dentro del ramo de su especialidad, en el término previsto en el artículo 176 del C.C.A., con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar; sin solución de continuidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda. Sostuvo que el cargo de violación de los artículos 16, 17, 20, 26, 30 y 62 de la Carta de 1886 no está llamado a prosperar, pues para que se produzca es necesario que en primer lugar se haya demostrado la infracción directa del régimen legal que desarrolla los principios que los preceptos constitucionales amparan, lo que no ha ocurrido en el caso *sub-exámine.*

Expresó que la actora estaba inscrita en la carrera administrativa en el empleo de Estadígrafo I-9 y que por resolución No. 0262 de 5 de febrero de 1982 fue ascendida al cargo en el cual fue declarada insubsistente.

Que si bien se establecieron las calidades laborales de la actora no existe prueba alguna en el expediente que en los empleos que luego ocupó la demandante, diferentes al de Estadígrafo - I-9, se le hubiera inscrito en el escalafón de la carrera.

El Tribunal cita apartes de sentencias del Consejo de Estado y concluye, luego de analizar las disposiciones del estatuto de la carrera administrativa y demás normas concordantes, que el acto acusado no fue violatorio de las invocadas, ni se comprobó la falsa motivación o desviación de poder.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con la sentencia del *a-quo,* manifestando que el Tribunal desconoce de manera ostensible todos y cada uno de los hechos que el libelo consigna, los cuales tuvieron absoluta demostración dentro del juicio.

Expresa que estaba inscrita en la carrera administrativa, que prestó servicios intachables a la entidad demandada durante 18 años, presupuesto que por sí solo le da pleno derecho de estabilidad para permanecer en el empleo del cual fue ilegalmente desvinculada.

Señala que *el a-quo* desconoció la solicitud hecha por ella el 31 de diciembre de 1982 mediante la cual pidió al Departamento Administrativo del Servicio Civil la actualización de su inscripción en la carrera para el empleo del cual fue ilegalmente separada, la que si bien no fue tramitada, tampoco implica la pérdida de los derechos ya reconocidos.

Afirma que los apartes de la jurisprudencia citados por el juzgador de primera instancia no son aplicables en este asunto, conforme a la certificación del DASC, acerca de los motivos por los cuales no se pudo actualizar la inscripción en el cargo que desempeñaba cuando fue ilegalmente retirada de la administración.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo solicita la confirmación de la sentencia apelada porque de conformidad con criterio jurisprudencial de la Sala se ha considerado que el funcionario inscrito en un escalafón de la carrera administrativa, que acepta un ascenso y se posesiona en el cargo sin que previamente hubiera superado el concurso de méritos, pierde los derechos derivados de su interior escalafonamiento.

Señala además que de acuerdo con el oficio de 5 de enero de 1989 suscrito por el Jefe de la División de Selección del DASC (fl.70), la actora no está escalafonada en el cargo de Jefe de División o actualizado el escalafón correspondiente, en virtud de que se encontraba suspendida en ese entonces la carrera administrativa, por lo que como lo asevera la parte demandante no es su culpa, pero tampoco la del nominador.

La Agencia del Ministerio Público considera que en este asunto la solicitud de actualización del escalafón de la actora en la carrera, al tenor del Decreto 0964 del 26 de marzo de 1986 que modificó parcialmente el Decreto 583 de 1984, sólo era posible entre el 22 de marzo de 1988 y el 21 de marzo de 1989, ya que desempeñaba un ejemplo del nivel ejecutivo de un establecimiento público del orden nacional; y como con la promulgación de la Ley 61 de 1987 los cargos de Jefe de División de un establecimiento público, se clasificaron como de libre nombramiento y remoción, en cualquier forma la señora Cadena Valencia nunca hubiera podido actualizar su escalafón.

Se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-júdice* consiste en dilucidar si la actora, en su condición de funcionaria escalafonada en carrera administrativa, pero en ejercicio de un empleo diferente a aquel en el cual había sido escalafonada, podía ser desvinculada del servicio mediante declaratoria de insubsistencia.

Acerca de su escalafonamiento no existe ninguna duda. En efecto, por Resolución No.084 de 26 de enero de 1972 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública, fue inscrita en el escalafón como Estadígrafo I-9.

Ocupó diversos cargos en el ente demandado y finalmente, según Resolución de 0262 de 5 de febrero de 1982 fue promovida al cargo de Jefe de División de Personal Asistencial Grado 10, sin que se hubiese actualizado su escalafón.

El funcionario inscrito en la carrera tiene derecho a permanecer en su cargo mientras desempeñe con honestidad, lealtad y eficacia las funciones que le corresponden y únicamente podrá ser desvinculado por las causales y mediante los procedimientos señalados en la ley.

Es decir, que mientras en juicio disciplinario no se demuestre una causal de separación del cargo, puede permanecer en él.

También existen causales para declarar la insubsistencia excepcionalmente, pero ellas se refieren al bajo rendimiento en el cargo, que se evidencia a través de las calificaciones. Como no fue esa la situación, ni la insubsistencia está motivada, es preciso concluir que la Administración al dictar el acto acusado infringió las disposiciones legales sobre la materia.

Argumentan la Administración y el Ministerio Público, que la actora había perdido las prerrogativas propias de su escalafonamiento, por encontrase al frente de un cargo distinto de aquel en el cual estaba escalafonada.

Al respecto estima la Sala, que cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo, **pasa a otro también de carrera**,

no pierde por ese solo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da fundamento a la anterior afirmación, pues indica claramente en qué casos se pierde la condición de funcionario de carrera, y ello sólo ocurre por cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, ocasionada por: declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzoso por edad.

No está contemplada en el artículo 47 del Decreto 2400/68 ni en ninguna otra, la pérdida del escalafonamiento por pasar a otro cargo de carrera, así sea éste de superior caregoría a aquél en el cual se halla escalafonado el empleado.

Es preciso tener en cuenta, que los cargos de Jefe de División en los establecimientos públicos, sólo pasaron a ser de libre nombramiento y remoción a partir de la expedición de la Ley 61 de 1987; la actora fue promovida al cargo del cual se le declaró insubsistente desde 1982 y su retiro se produjo en 1986.

Para la Sala no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserva los derechos propios de la carrera aún pasando a otro u otros cargos siempre que ellos también sean de carrera administrativa. Otra es la situación cuando se trata de ocupar cargos de libre nombramiento y remoción evento en el cual se hace necesaria la respectiva comisión, so pena de perder los derechos del escalafón. Ello de conformidad con las normas anteriores a la expedición de la Ley 61 de 1987.

Sin embargo, es necesario precisar cuál es, en esa situación, el alcance de la protección derivada de la carrera.

El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por las causas legales y previo el adelantamiento de un proceso disciplinario.

Si ocupa otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.

Y no puede ser otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.

No existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el misno; es necesario obtenerla por los medios legales.

Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad.

Podría surgir un reparo, consistente en que se reconoce un derecho no pedido por la demandante, quien solicitó como consecuencia de la nulidad del acto de desvinculación, ser reintegrada al cargo de Jefe de División de Personal Asistencial Grado 10o. otro de igual o superior categoría.

No considera la Sala que se incurra en el fallo extrapetita, puesto que lo fundamental, que es el reintegro, está pedido.

Obviamente los derechos se reconocen en la medida en que tengan fundamento legal, y no siempre será posible hecerlo como lo solicitan los demandantes. El reconocimiento parcial se ajusta a derecho.

El vicio del acto acusado se encuentra en el desconocimiento de los derechos de la demandante como empleada de carrera administrativa puesto que para separarla del servicio se utilizó la insubsistencia sin que se dieran las situaciones que la ley contempla para el caso de empleados inscritos en el escalafón y sin motivar la respectiva providencia.

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

FALLA

Revócase la sentencia de 31 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

En su lugar se dispone:

1o. Es nula la resolución 586 de 20 de marzo de 1986, mediante la cual el Director General de la Administración Postal Nacional declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Herminia Esther Cadena de Chacón, como jefe de la División de Personal Asistencial Grado 10 de la División de Métodos de Trabajo, dependiente de la Subdirección de Operaciones.

2o. Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Administración Postal Nacional reintegrará a la señora Herminia Esther Cadena de Chacón, identificada con cédula de ciudadanía No.41.406.421 de Bogotá al cargo de Estadígrafo I-9, Sección de Escalafón y Salarios de la Administración Postal Nacional y le pagará todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales correspondientes a ese cargo y dejados de devengar desde cuando fue desvinculada del servicio hasta cuando sea reintegrada al mismo.

3o. De las sumas liquidadas la Administración Postal Nacional descontará lo que la señora Cadena de Chacón haya percibido del Tesoro Público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, conforme al artículo 128 de la actual Constitución Nacional.

4o. Para efectos de prestaciones sociales se entenderá que no ha habido solución de continuidad en el ejercicio de las funciones.

5o. La Administración Postal Nacional dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y observará lo dispuesto en el Artículo 177 *ibídem.*

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 27 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora,* con aclaración de voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Aclaración de Voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora

Sentencia dictada el 24 de noviembre de 1994 en el juicio No. 6069.- Autoridades Nacionales.- Actora: Herminia Esther Cadena de Chacón.-

Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto al revocar el fallo *a-quo* y acceder a las pretensiones de la demanda se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al repectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C. N. y en la circunstancia de que el ejecutante habia devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de lo salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca":

"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los departamentos y municipios.

"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".

"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".

"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir; dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la misma situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse.

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos".

"Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). **(Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el Exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos S., junio 5/84; en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S., octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).**

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

NOTA DE RELATORIA: En sentido similar pueden consultarse las sentencias de 20 de agosto de 1993, exp. 5248, Actor: Armando Rodríguez Rodríguez, C.P.: Dr. Carlos A. Orjuela Góngora de la sección segunda y la del 1o. de febrero de 1991, exp. s-209 de la Sala Plena; Actora: Aída Silva de Pérez., C.P.: Julio César Uribe Acosta.

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA-Reglamento/**CONSEJO DE FACULTAD**-Funciones/**DOCENTE UNIVERSITARIO**-Evaluación

El art. 67 del Decreto 80 de 1980, que se refiere a la integración del consejo de facultad, estima la Sala que no puede ser violado por el Acuerdo 26 de 1986, art. 58, literal b), que trata de la evaluación de los docentes, por regular cada artículo de materias completamente distintas. La evaluación que hace el Consejo de facultad -del cual hace parte un delegado de los estudiantes- comprende tres aspectos: la valoración del docente por parte del decano o jefe inmediato, la valoración que hacen los estudiantes y el perfeccionamiento y producción intelectual del docente. No se está, pues, como dice el demandante, en presencia de un doble escrutinio evaluativo del docente, sometido "...a la decisión del consejo de facultad, que lo integra un estudiante, elegido directamente por los estudiantes y luego a la decisión de todos los estudiantes, tal como lo consagra el literal demandado". Sencillamente, teniendo en cuenta los tres aspectos y reseñados, el Consejo de Facultad -en el cual el estudiante es apenas uno de sus miembros- hace la evaluación pertinente.

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

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5886. Autoridades Departamentales. Actor: Jairo Alcides Tolosa Cañas.

En ejercicio de la acción de nulidad el ciudadano Jairo Alcides Tolosa Cañas pide al Consejo de Estado que anule el literal b) del artículo 58 del Acuerdo 26 (diciembre 11) de 1986 o Estatuto Docente, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira y aprobado por medio del Decreto 2326 (diciembre 4) de 1987, del Presidente de la República, que reza:

"Artículo 58. La evaluación será realizada por el Consejo de Facultad respectivo, con base en lo siguiente:

.....

b) Valoración del docente por parte de los estudiantes.

Los HECHOS fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

La Universidad Tecnológica de Pereira es un establecimiento público del orden nacional;

El Gobierno Nacional expidió el Estatuto Docente mediante Decreto 80 de 1980;

El artículo 67 de ese decreto establece la integración de los Consejos de Facultad;

La Universidad Tecnológica de Pereira en su Estatuto General (Acuerdo 3 de febrero 9 de 1993) recogió esa integración del Consejo de Facultad introduciendo únicamente el término o período de duración de sus integrantes;

En el Estatuto Docente aprobado por Decreto 2326 de diciembre 4 de 1986 se estableció la disposición demandada ya transcrita;

De tal manera, con la valoración del docente por parte de los estudiantes se inobservó "la regulación superior que integra el Consejo de Facultad, en el (sic) cual hace parte un estudiante elegido por la comunidad Universitaria y no los estudiantes, como lo integra la norma demandada" (fl. 67);

La evaluación por todos los estudiantes es improcedente y antitécnica además de inoperante por la imposibilidad de convocarlos a todos para ese efecto. Contradice también la integración del propio Consejo;

La norma en comento ha causado cierto malestar en la entidad universitaria, en detrimento de los derechos de los docentes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demanda cita como violadas estas disposiciones: Constitución Nacional (anterior), arts. 17 y 20; Decreto Ley 80 de 1980, arts. 67 y 120; Decreto 1731 de 1983, art. 31.

En el concepto de la violación se dice que los establecimientos educativos superiores deben ceñirse a lo establecido en el Estatuto Docente y que en este caso "... mal puede sometérsele al docente, a un doble escrutinio en su evaluación, es decir, a

la decisión del Consejo de Facultad, que lo integra un Estudiante, elegido directamente por los estudiantes y luego a la decisión de todos los estudiantes, tal como lo consagra el literal demandado" (fl. 69).

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado estima que las pretensiones de la demanda deben denegarse.

Analiza la disposición acusada a la luz de cada una de las normas que se estiman contrariadas y concluye que no se da la violación alegada.

Tramitado el proceso en legal forma y sin que se observe causal de nulidad debe la Sala dictar sentencia de mérito a lo cual procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer si se ajusta, o no, a derecho, el literal b) del artículo 58 del Acuerdo 0026 de 1986 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, aprobado por el gobierno nacional mediante Decreto 2326 (diciembre 4) de 1987.

El literal demandado hace parte del Estatuto Docente de la Universidad mencionada, se refiere a la evaluación de los docentes y dice así: "Artículo 58. La evaluación será realizada por el Consejo de Facultad respectivo con base en lo siguiente: (...) b) **Valoración del docente por parte de los estudiantes"** (Subrayas de la Sala).

Para dilucidar con mayor claridad los ataques de la demanda a la norma acusada, la Sala hará por separado la confrontación de ésta con cada una de las disposiciones que se estiman violadas, así:

a) C.N. (anterior), artículo 17: "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

Según el libelo, la protección debida al trabajo también "...debe comprender los derechos de ascensos en el escalafón, por el mecanismo jurídico (sic) de la evaluación oportuna y veraz que les asiste a los Docentes de la Universidad Tecnológica de Pereira".

En verdad la Sala no vislumbra cómo pueda quebrantarse el ordenamiento constitucional que protege el trabajo con una norma que regula la forma en que se evalúa la labor docente y que no niega el derecho a ascender en el escalafón.

b) C.N. (anterior), artículo 20: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

Dice la demanda que la Universidad debe acatar el Decreto legislativo 80 de 1980 "y el Estatuto General de la Universidad, pues la norma así expedida está impidiendo la aplicación del estatuto Docente y contradiciendo normas de mayor jerarquía" (fls.68-69).

Puesto que el libelo no señala cómo se desacata el Decreto 80 de 1980 y el estatuto de la Universidad, ni cómo la norma acusada impide la aplicación del Estatuto Docente, ni por qué contradice normas de mayor jerarquía, la Sala se encuentra dispensada de analizar la alegada violación del transcrito artículo constitucional.

c) Decreto 80 de 1980, artículos 67 y 120, que dicen:

"Artículo 67.- Cada Consejo de Facultad estará integrado por:

a- El Decano, quien lo presidirá.

b- Hasta tres jefes de Departamento designados por el Consejo Académico.

c- Un egresado graduado de la respectiva Facultad, designado por el Rector, quien deberá ser docente de cátedra o persona sin vínculo laboral con la institución.

d- Un profesor de la respectiva Facultad elegido por el cuerpo profesoral de la misma.

e- Un estudiante de la Facultad elegido por los estudiantes de la misma".

"Artículo 120. El Estatuto o Reglamento para el personal docente que adopte el respectivo Consejo Superior, se ceñirá a lo preceptuado en este Decreto y para su validez requiere la aprobación del Gobierno Nacional. En dicho Estatuto se regulará lo concerniente a los mecanismos y procedimientos de evaluación".

Con respecto al artículo 67 del Decreto 80 de 1980, , que se refiere a la integración del Consejo de Facultad, estima la Sala que no puede ser violado por el Acuerdo 26 de 1986, art. 58, lit. b), la disposición acusar, que trata de la evaluación de los docentes, por regular cada artículo materias completamente distintas.

La evaluación que hace el Consejo de Facultad -del cual hace parte un delegado de los estudiantes- comprende tres aspectos: la valoración del docente por parte del decano o jefe inmediato, la valoración que hacen los estudiantes y el perfeccionamiento y producción intelectual del docente.

No se está, pues, como dice el demandante, en presencia de un doble escrutinio evaluativo del docente, sometido "...a la decisión del Consejo de Facultad, que lo integra un Estudiante, elegido directamente por los estudiantes y luego a la decisión de todos los estudiantes, tal como lo consagra el literal demandado".

Sencillamente, teniendo en cuenta los tres aspectos ya reseñados, el Consejo de Facultad -en el cual el estudiante es apenas **uno** de sus miembros- hace la evaluación pertinente.

La demanda incurre en el error de considerar que el **estudiante** que integra el Consejo de Facultad supliría la valoración del docente que corre a cargo de los **estudiantes**, y ello obviamente no se desprende de las normas en análisis.

d) El artículo 31 del Decreto 1731 de 1983:

"Cada Consejo de Facultad estará integrado por:

a) El Decano respectivo, quien lo presidirá.

b) Hasta tres (3) Jefes de Departamento o Directores de Escuela, designados por el Consejo Académico.

c) Un egresado graduado de la respectiva facultad, designado por el Rector para un período de dos (2) años, quien deberá ser docente de catedra o persona sin vínculo laboral con la institución.

d) Un profesor de la respectiva facultad, elegido mediante votación secreta por el cuerpo docente de la misma, para un período de dos (2) años.

e) Un estudiante de la respectiva facultad, elegido mediante votación secreta por los estudiantes de la misma para un período de un (1) año.".

Es obvio que por virtud de la norma acusada no se modifica la composición del Consejo de Facultad antes citado, puesto que se ocupa es de los factores de valoración que deben tener en cuenta sus integrantes para calificar al personal docente, luego tampoco se advierte transgresión de esta norma.

Después de este análisis, es claro para la Sala que ninguna de las normas citadas en el libelo, resulta infringida con el acto que se acusa.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO EN Y FIRME ESTE PROVEIDO ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRATOS DE SERVICIOS TEMPORALES-Duración/**TRABAJADORES DE SERVICIOS TEMPORALES**-Protección

Las empresas de servicios temporales pueden suministrar trabajadores a quienes lo soliciten, únicamente por los períodos señalados en la ley, es decir, 6 meses, prorrogables por otros 6. Pensó el legislador, que contratos a término superior, convertirían en permanente lo que es temporal y por eso estableció este límite. El decreto reglamentario, que tiene por finalidad procurar la cumplida ejecución de la ley, dispuso que si la necesidad del servicio en la respectiva empresa subsiste después de cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga, no se podrá ampliar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación del servicio respectivo.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES-Funcionamiento/**USUARIOS DE SERVICIOS TEMPORALES/CONTRATO DE SERVICIOS TEMPORALES**

La ley que reglamenta el funcionamiento de las empresas de servicios temporales, ha previsto que los contratos que celebren con los usuarios para atender un determinado servicio, tengan un límite en el tiempo, a fin de que no sean sustituídos los trabajadores permanentes por temporales, desvirtuándose así el objetivo de tales empresas. El Decreto 1707, contrariamente a lo expuesto en la demanda, tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores; y no restringe los de las empresas, puesto que su reglamentación legal prevén que están destinadas a suministrar trabajadores en forma temporal y por consiguiente con un límite en el tiempo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente No. 6362. Decretos del Gobierno. Actor: Miguel Pérez García.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y actuando en su propio nombre, el doctor MIGUEL PEREZ GARCIA pide al Consejo de Estado anular las frases subrayadas de los artículos 2o. y 9o. del Decreto 1707 (julio 4) de 1991 en cuanto establecen:

> "Artículo 2o.- Si cumplido el plazo de seis (6) meses más las prórroga a que se refiere el ordinal 3o. del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la necesidad del servicio en la empresa usuaria persiste, no se podrá prorrogar el contrato **ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales** para la prestación del servicio respectivo.
>
> El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social inspeccionará y sancionará el incumplimiento de esta disposición en los términos señalados en las disposiciones legales vigentes.
>
> Artículo 9o.- Los trabajadores en misión vinculados a una empresa de servicios temporales sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, continuarán prestando sus servicios en las condiciones estipuladas, **evento en el cual la empresa usuaria pagará directamente a dichos trabajadores los emolumentos a que hubiere lugar."**

HECHOS

Señala el actor que el régimen de las Empresas de Servicios Temporales fue regulado por la Ley 50 de 1990, y las normas acusadas exceden la potestad reglamentaria y quebrantan normas de superior jerarquía.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Se citan como tales las siguientes: artículos 6o., 25, 26, 27, 29, 189 num. 10o. y 11, y 333 de la C.N.; artículos 71, 73 y 77, de la Ley 50 de 1990; artículos 5, 7, 8, 11, 22 y 23 del C.S.T.

El concepto de violación con respecto al artículo 2o. acusado, se hace consistir en que al prohibirse a las empresas usuarias la suscripción de nuevos contratos para el mismo servicio, se está desconociendo el derecho al trabajo; que las ocupaciones, artes u oficios que no impliquen un riesgo social son de libre ejercicio y que la actividad

económica y la iniciativa privada, dentro del bien común, son libres y el Estado no puede impedirlas o restringirlas. Dice también que la ley reglamentada no prohíbe que transcurrido un término prudencial, sea factible celebrar un nuevo contrato y que realmente se adicionó una limitación no contemplada por la ley.

En cuanto al artículo 9o. parte final, señala que no existe norma que permita desplazar la responsabilidad de las empresas de servicios temporales a las usuarias. Que realmente el decreto plantea una responsabilidad solidaria, que no puede generarse en un simple decreto reglamentario.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por su parte la Nación-Ministerio de Trabajo- se opone a las pretensiones de la demanda y considera que las disposiciones acusadas no rebasan la facultad reglamentaria.

Manifiesta que el artículo 2o. sólo tiende a proteger el espíritu de la ley, que busca mantener la estabilidad de los trabajadores en misión y evitar el reemplazo de los trabajadores permanentes por temporales, ya que si la empresa desea ocupar trabajadores por términos inferiores a un año, la misma Ley 50 de 1990 contempla esa posibilidad en su artículo 3o. Es decir, el artículo acusado simplemente recogió el pensamiento del legislador.

Señala que conforme a la Ley 50, los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas proporcionales al tiempo laborado, de forma que la empresa de servicios incluirá en el contrato las sumas necesarias para cubrir tales gastos. Así la empresa usuaria, de forma indirecta, viene también a cubrir tales erogaciones sin que pueda afirmarse que contratar directamente al personal por períodos cortos, aumenta sus pagos por salarios y prestaciones.

Afirma que el artículo 9o. acusado, sólo busca proteger los intereses del trabajador, en concordancia con el artículo 25 de la Constitución Nacional. Considera que el trabajador no puede quedar desprotegido ante el eventual cierre de la empresa de servicios temporales y que la empresa usuaria debe cancelar los emolumentos adeudados, sin perjuicio de las acciones que contra la empresa de servicios temporales pueda ejercer.

CONCEPTO FISCAL

En su concepto de fondo la Agencia Fiscal considera que el artículo 2o. demandado, no contradice la Ley 50 de 1990; sólo refleja su espíritu al evitar que los trabajadores permanentes, sean reemplazados por trabajadores temporales. Lo anterior sin perjuicio de que, sin continuidad y en ocasión posterior, pueda contratarse nuevamente con la empresa de servicios temporales.

Considera que el artículo 9o. crea una solidaridad no consagrada en la norma reglamentada, pero con ello sólo buscó proteger doblemente al trabajador.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES:

La demanda tiende a obtener la nulidad parcial de los artículos 2o. y 9o. del Decreto 1707 de 1991, Reglamentario de la Ley 50 de 1990.

La Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las disposiciones demandadas en sentencia de 26 de octubre de 1994, Expediente No. 6038, actor JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA, y decretó la nulidad del artículo 9o. del Decreto 1707 de 1991; no así la de la frase acusada del artículo 2o.

Por eso habrá de estarse a lo resuelto con relación al artículo 9o. y estudiar la pretendida inconstitucionalidad e ilegalidad parcial del artículo 2o.

Nulidad parcial del artículo 2o. del Decreto 1707 de 1991.

Se cuestiona únicamente la frase que dice:

"...ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales..."

Se argumenta en primer término, que esta disposición desconoce el derecho al trabajo y la libertad de iniciativa privada y actividad económica, dentro del bien común.

No lo cree así la Sala. En efecto, el derecho al trabajo así como la libre iniciativa privada y la actividad económica, deben ejercerse conforme a la ley. Y en este caso la ley que reglamenta el funcionamiento de las empresas de servicios temporales ha previsto que los contratos que celebren con los usuarios para atender un determinado servicio, tengan un límite en el tiempo, a fin de que no sean sustituidos los trabajadores permanentes por temporales, desvirtuándose así el objetivo de tales empresas.

El Decreto 1707 de 1991, contrariamente a lo expuesto en la demanda, tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores; y no restringe los de las empresas, puesto que su reglamentación legal pervé que están destinadas a suministrar trabajadores en forma temporal y por consiguiente con un límite en el tiempo.

El demandante estima también que la norma acusada tiene el alcance de prohibir lo que la ley no ha prohibido, o sea, celebrar después de vencido el término de un año, contrato entre las mismas partes o con cualquier empresa de servicios temporales.

El artículo 77 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 reza:

"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

.....

3o. Para atender incrementos en la producción, en transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más."

Como su nombre lo indica, las empresas de servicios temporales pueden suministrar trabajadores a quienes los soliciten, únicamente por los períodos señalados en la ley, es decir, 6 meses, prorrogables por otros 6.

Pensó el legislador, que contratos a término superior, convertirían en permanente lo que es temporal y por eso estableció ese límite.

El decreto reglamentario, que tiene por finalidad procurar la cumplida ejecución de la ley, dispuso que si la necesidad del servicio en la respectiva empresa subsiste después de cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga, no se podrá ampliar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación del servicio respectivo.

Como ya se dijo en la sentencia mencionada, a juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen en permanentes.

Naturalmente esta norma se refiere al "respectivo servicio". Si posteriormente vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales, que no sobrepasen el límite establecido en la ley. No se trata entonces de que solamente se pueda celebrar un único contrato de 6 meses prorrogables por otros 6, sino que para un mismo servicio, ese es el máximo permitido por las normas, pero es claro que si las necesidades del servicio son permanentes, deberán vincular trabajadores bajo esa modalidad.

Si se trata de un servicio diferente, el reglamento no impide utilizar nuevamente las empresas de servicios temporales.

Bajo ese entendimiento, la norma acusada no excede la disposición legal que pretende reglamentar.

En consecuencia, no hay razón para anular el artículo 2o. acusado parcialmente.

Nulidad parcial del artículo 9o.

Es del siguiente tenor:

"Los trabajadores en misión vinculados a una empresa de servicios temporales sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, continuarán prestando los servicios en las condiciones estipuladas, **evento en el cual la empresa usuaria pagará directamente a dichos trabajadores los emolumentos a que hubiere lugar."**

Este artículo fue anulado en su totalidad mediante la sentencia citada y por tanto ya no hay materia sobre la cual pronunciarse.

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

FALLA:

Estése a lo resuelto en sentencia de 26 de octubre de 1994, en la cual se declaró nulo el artículo 9o. del Decreto 1707 de 1991, en su integridad.

Niégase la nulidad dela frase acusada del artículo 2o. del Decreto 1707 de 1991.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 4 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria/**MINISTERIO DE TRABAJO**-Intervención/**DESPIDO DE TRABAJADORES**-Causales/**PERSISTENCIA EN EL PARO/INCORPORACION AL TRABAJO**

El artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que declarada la ilegalidad de la suspensión o paro de trabajadores, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él. La intervención del Ministerio del Trabajo está encaminada a proteger los derechos de los trabajadores. Al tenor del Decreto 2164 de 1959, el Ministerio del Trabajo intervendrá para evitar que una vez declarada la ilegalidad de un paro, sean despedidos los trabajadores que intervinieron en él, por circunstancias ajenas a su voluntad o determinadas por las condiciones del paro. Pero podrán despedirse aquellos que por cualquier causa persistieren en el paro. Tratándose de empleados que no se incorporan al trabajo una vez declarada la ilegalidad del paro, no era necesario que previamente se adelantara investigación para establecer las razones por las cuales no regresaron a laborar; tales razones pueden ser demostradas posteriormente por cada trabajador ante su patrono o ante la Justicia Ordinaria, si fuere el caso.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Ref.: Expediente No. 1787. Resoluciones Ministeriales. Actor: Singer Sewing Machine Company.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del anterior C.C.A. y actuando mediante apoderado, la compañía Singer Sewing Machine, solicitó al Consejo de Estado anular la resolución No. 2021 de 23 de mayo de 1978 proferida por el Director General del Trabajo, en cuanto revocó la Resolución No. 020 de marzo 6 del mismo año, emanada de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

La reconstrucción del proceso fue admitida en providencia obrante a folio 90.

HECHOS

En los hechos de la demanda, la actora relata que mediante Resolución No. 686 de marzo 1o. de 1978, fue declarada la ilegalidad del paro ordenado por el Sindicato de la Empresa, y el Ministerio puso de presente la facultad de despedir a los trabajadores que hubieran participado en el cese de actividades, pervia autorización suya.

Que el día 3 de marzo de 1978, se abrieron nuevamente las instalaciones en presencia de un funcionario del Ministerio, constatándose que doce trabajadores no ingresaron a laborar, por lo cual la Empresa solicitó concepto favorable para su despido, pues además de haber participado en la huelga, persistían en ella.

Dice el actor que cumplidos los procedimientos legales, la División Departamental del Trabajo autorizó el despido según resolución 020 de 6 de marzo de 1978, acto objeto de recursos, los cuales fueron resueltos, el de reposición mediante Resolución 036 de marzo 31 de 1978 y el de apelación mediante el acto ahora demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas, la demanda cita los artículos 450 y 451 del C.S.T., el Decreto 2164 de 1959, las resoluciones 1064 y 1091 de 1959 y 342 de 1977, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El concepto de violación se hace consistir en que habiendo sido declarado ilegal el paro, la empresa cumplió con solicitar la autorización para el despido de los trabajadores que persistieron en él, hecho que fue constatado y que dio origen a la Resolución 020 de 1978, mediante la cual se autorizó el despido.

Dice que el procedimiento legal y las diligencias probatorias se cumplieron por cuanto el funcionario comisionado por el Ministerio constató directamente la inasistencia de algunos trabajadores, luego de la declaratoria de ilegalidad del paro, circunstancia que se dejó consignada en el Acta 058 de 3 de marzo de 1978, quedando sin fundamento lo expresado por el acto acusado.

CONSIDERACIONES:

En primer término, examinará la Sala si como lo señala el apoderado de la Asociación de Empleados de Acuantioquia, por no ser idénticos los motivos de impugnación de los actos administrativos contenidos en las actas números 287 de 16 de febrero de 1978 y 304 contenida en el Acuerdo No.003 de 18 de noviembre de 1978 de la Junta Directiva de la Sociedad demandada, propuestos al fundamentar la acción que culminó con las sentencias de 16 de mayo de 1981 y 10 de agosto de 1984, proferidas en su orden, por el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Consejo de Estado, la declaración de hallarse probada la excepción de cosa juzgada respecto de tales actos, se ajusta o no a derecho.

Sobre el particular se observa que en el libelo que dio origen a las sentencias mencionadas, se impetró la nulidad del acto contenido en el Acta número 287 de 16 de febrero de 1978, por medio del cual la Junta Directiva de Acuantioquia S.A. declaró como empleados públicos a las personas que desempeñen los cargos de auxiliares de almacén y operadores de planta, del Acuerdo No. 3 y del Acta No. 304 de 16 de noviembre de 1978, en virtud del cual otorgó el mismo carácter a los siguientes oficios que venían desempeñándose por trabajadores oficiales: mecánico de medidores, operadores de bomba, lectores de medidores, etc.

En esa oportunidad el demandante indicó que los actos acusados violaban la Constitución y la ley, específicamente el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, por cuanto esta norma otorga a la Junta Directiva de las empresas industriales y comerciales del Estado una facultad reglada y restringida, mas no la autoriza para declarar qué actividades deben ser desempeñadas por personal con calidad de empleados públicos, sino que su actividad se limita a definir las actividades que, en cuanto objetivamente sean de dirección o confianza, se deban desempeñar por personas con carácter de empleado público y la Junta Directiva de la entidad demandada al efectuar la catalogación aludida "no definió como de dirección o confianza una serie de oficios dentro de la empresa, sino que intentó dar a un grupo de trabajadores el carácter de empleados públicos" (folio 399). No sería dable, se afirma, creer que los oficios de aseador, lector de medidores de agua, reparadores de éstos, conductor de vehículos, etc, puedan ser oficios de dirección o confianza; también se dijo que dichos actos adolecían de falsa motivación, más exactamente que carecían de ésta, puesto que en ellos no se indicó por qué unos determinados oficios debían clasificarse como de dirección o confianza y que adolecían de vicios de forma, toda vez que en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 se indica que la clasificación de los servidores de las referidas entidades descentralizadas debe hacerse en los estatutos de la misma y en el caso de Acuantioquia S.A., la Junta Directiva había promulgado un estatuto de personal conforme a los postulados de la citada disposición; no obstante, ejercida y agotada esa facultad administrativa, la Junta pretendió con decisiones insulares e inconexas introducir clasificaciones por fuera de los límites de la ley.

El Consejo de Estado en sentencia de 10 de agosto de 1984, que revocó la fechada el 6 de mayo de 1981, expedida por el *a-quo,* declaró que los actos enjuiciados se ajustaban a derecho (folios 440 a 446), por cuanto estimó que de conformidad con el Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado están facultadas para establecer autónomamente en sus estatutos, qué actividades de dirección o de confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, sin que existan cortapisas que restrinjan dicha facultad; por ende, resulta perfectamente legal su contenido, ya que se trata del ejercicio legítimo de las funciones propias de la autonomía administrativa de Acuantioquia, actos que además no lesionan derechos adquiridos, porque éstos no existen sino conforme a la ley.

En el presente proceso, los actos acusados se cuestionan porque se estima que desconocen lo preceptuado en el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968, pues en ellos se catalogan como desempeñados por empleados públicos cargos que no son de dirección o confianza; por lo cual, en concepto de la asociación demandante, adolecen de falsa motivación. También se atacan dichos actos por falta de competencia de la Junta Directiva de Acuantioquia para realizar la clasificación de los servidores de la Entidad.

Es claro entonces, que no es posible afirmar que en uno y otro caso, exista identidad de causa, aunque los actos demandados sean los mismos, ya que a pesar de que en ambos procesos se invoque como violado el artículo 5o. del D. 3135 de 1968, en el proceso que ahora ocupa la atención de la Sala se esgrime un nuevo argumento jurídico, relacionado con la **incompetencia** del órgano expedidor de los actos enjuiciados.

Por ello y porque conforme a la preceptiva jurídica que regula la excepción de cosa juzgada (art. 332 del C. de P. C.), para que ésta opere, además de la identidad de objeto que debe existir en los procesos, se requiere que halla también identidad de causa, esto es, de razones de derecho justificativas de la acción, la Sala estima que no era viable declarar probada la excepción aludida, por la no coincidencia exacta de las causas que motivaron el cuestionamiento de los actos demandados en uno y otro proceso.

Y es tan cierto lo anterior, que el mismo Tribunal en el fallo apelado reconoce que por no haberse propuesto como causal de nulidad en el primer proceso la incompetencia del expedidor de los actos enjuiciados, es necesario analizar "conjuntamente los cargos de incompetencia de la Junta Directiva de la entidad y de expedición irregular, respecto de los cuales no existe ninguna limitación frente a todos los actos impugnados, porque no han sido objeto de decisión judicial" (fl. 451).

Lo indicado entonces era conocer de fondo las pretensiones referentes a la nulidad de las Actas números 287 y 304 de 1978 y del acuerdo número 03 de 1978, puesto que en relación con la infracción del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 debe estarse a lo definido en la sentencia de 10 de agosto de 1984 y por cuanto el argumento atinente

a la incompetencia del órgano expedidor de dichos actos, realmente es infundado, ya que a la Junta Directiva de las Empresas Industiales y Comerciales del Estado, de acuerdo con la preceptiva jurídica aplicable a la materia -art. 5o. del D. 3135 de 1968-, les compete efectuar la clasificación de las personas que a ellas prestan sus servicios y no a la Asamblea Departamental de la entidad territorial a que pertenezcan o a la Asamblea de Accionistas, como se dice en el libelo.

De la documental que figura en el plenario se tiene que si bien la demandada fue creada como sociedad anónima, según reformas que obran en las distintas escrituras allegadas, la sociedad tiene un carácter industrial y comercial del Estado. Posteriormente se aclaró su carácter de entidad indirecta departamental, y con la restricción de que sus acciones son libres pero negociables solamente entre entidades oficiales, circunstancia que permite clasificarla como empresa industrial y comercial del Estado.

De otra parte, el Decreto 130 de 1976, regula las sociedades en que participa la Nación y sus entidades descentralizadas. El artículo 4o. regula la Constitución de Sociedades entre entidades públicas y al respecto establece que las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza comercial o industrial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado y que en sus estatutos se proveerá sobre la designación del Gerente y la composición y Presidencia de sus Juntas Directivas.

Como se dijo, es aplicable a ella el artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968. Aclara la Sala que los estatutos internos de las empresas según el Artículo 26, ordinal b) del Decreto Ley 1050 de 1968, ello compete a la Junta Directiva con aprobación del gobierno, requisito último que no es necesario en este caso, porque la entidad no es del orden nacional.

Por tal razón se denegarán, en este aspecto, las súplicas de la demanda.

Empero, la Sala no puede dejar pasar en esta oportunidad, el criterio que sobre los alcances del artículo 5o. del Decreto 3135 se plasmó en la sentencia mencionada.

En efecto, la Corporación en este momento estima que, contrariamente a lo aseverado en dicho proveído, sí existen cortapizas a la facultad de las Juntas Directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, para clasificar como empleados públicos a algunos de los servidores de esas instituciones, en virtud de que el legislador en la norma mencionada, las estableció inequívocamente, al señalar que solamente al personal de dirección o confianza podía otorgársele ese carácter. No es entonces ilimitada la potestad que sobre el particular les asiste a esos órganos de dirección de las empresas industriales y comerciales del Estado, sino por el contrario, restringida.

Frente a los cuestionamientos que la asociación demandante formula en atención a que la sentencia aceptó como desempeñados por empleados públicos cargos que no son de dirección o confianza (fl. 459) y frente a los del apoderado de Acuantioquia,

porque incluyó como tales a servidores que dado el empleo que desempeñaban, se hallaban mal clasificados como trabajadores oficiales, las Sala precisa lo siguiente:

En cuanto a las Actas 287 y 304 de 1978 y el Acuerdo No. 03 de 1978, a los cuales se hizo referencia, no se encuentra el vicio de incompetencia, alegado ahora en este proceso.

Al examinar las actas 322 y 327 de 1980 (folios 72, 82 y 83 -88), 343 de 1982 (folios 89, 95, 96), y 361 de 1984 (folios 97 y 101), se observa que en ninguna de ellas se clasifican como empleados públicos a los titulares de los cargos que crea la Junta Directiva. Se limitan a crear cargos. De modo, que la solicitud de información de esas actas en cuanto clasifican como empleados públicos algunos servidores de la empresa, por sustracción de materia, no está llamada a prosperar.

Por lo demás, procede pronunciamiento **inhibitorio** en relación con las actas números 314 de 1979 y 259 de 1986 por no haberse aportado al expediente las copias respectivas.

En el Artículo 18 del Acuerdo 13 de 1976 (Acta 259 de 1976), se efectúa la clasificación de los servidores de Acuantioquia S.A. Su texto es el siguiente:

> "De acuerdo con la ley, los empleados oficiales que prestan sus servicios en Acuantioquia S.A., se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales. Son actividades de dirección o confianza, que deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, las que corresponden a los siguientes oficios..." (folios 137).

A continuación se enlistan cuarenta (40) cargos cuyos titulares, a juicio de los órganos directivos de la Sociedad, desempeñan actividades de dirección y confianza y por ello se califican como empleados públicos.

En esa relación se incluyen desde el Gerente, los Subgerentes, Cajero General, pasando por el Revisor Fiscal hasta llegar al cargo de Técnico de Mecánica Eléctrica. (folios 137-138).

No obstante la diversidad de empleos de distinta jerarquía que en ese artículo se estiman como desempeñados por empleados públicos, en la demanda no se precisa cuáles de ellos fueron mal catalogados como tal, en virtud de que no tienen asignadas funciones de dirección o confianza. La impugnación se hace **globalmente**, como si ninguno de los titulares de los cargos allí relacionados, desempeñara actividades de dirección o confianza, y es evidente que muchos de esos empleos sí se ejercen por personal que incuestionablemente ostentan dicha característica como es el caso del Gerente, Subgerente, etc.

El artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 cuya inexiquibilidad fue declarada por la Corte Suprema de Justicia, no incluía en su temática, la clasificación de los servidores

públicos en empleados públicos y trabajadores oficiales. La clasificación a que allí se hace referencia, es la clasificación técnica de empleos para efectos de la remuneración. Por estos aspectos el cargo no puede prosperar.

Mediante las Actas 292, 293, 294 y 297 de 1978 (folios 35 -39 - 41, 42 - 45, 46- 47, 48-49, 51), 307 y 310 de 1979 (folios 60 - 63, 65-71), 363 y 364 de 1984 (folios 102-103-106, 107-112-115) 387 y 389 de 1986 (folios 116-120-123, 124-127-131), se crearon como desempeñados por empleados públicos los cargos de visitador contable, auxiliar de laboratorio y operador de planta (Acta 292, folio 39), taquillera para el municipio de Turbo y visitador administrativo (Acta 293, folio 43 y 44), tres empleados de taquillero (a) para Envigado, Apartadó y Caucasia (Acta 294, folio 47), de coordinador de transporte (Acta 297, folio 49), de secretaria de departamento técnico (Acta 307, folio 63), de auxiliar de sistematización (Acta 310, folio 71), de operador de equipo pesado (Acta 363, folio 103), de auditor interno y secretaria de auditoria interna (Acta 364, folio 112), seis empleos de operador de planta: 3 para Arboletes y tres para San Pedro de los Milagros (Acta 387, folio 120), de Coordinador de Servicios Varios y de mecánico electricista (Acta 389, folio 128).

Establecerá la Sala, cuales de éstos cargos fueron legalmente clasificados como desempeñados por empleados públicos, teniendo en cuenta al efecto las caracteristicas de las funciones que el manual aportado al *sub-lite* les atribuye y lo dispuesto en el Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, conforme al cual las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales, salvo aquellas que de acuerdo con los estatutos por desempeñar actividades de dirección o confianza, tienen el carácter de empleados públicos.

Los cargos creados con dicha categoría, son en síntesis, los de visitador contable, auxiliar de laboratorio, operador de planta, taquilleros, visitador administrativo, auxiliar de sistematización, coordinador de servicios varios, mecánico electricista, operador de equipo pesado, coordinador de transporte, secretaria del departamento técnico, auditor interno y secretaria de auditoría interna.

Estos últimos cuatro cargos no figuran en la descripción de oficios de Acuantioquia allegada al proceso y lógicamente tampoco se cuenta con la descripción de las funciones que compete desarrollar a sus titulares. Por esta razón no procede acceder a la declaratoria de nulidad de las Actas números 297 de 1978, 307 de 1979 y 364 de 1984, mediante las cuales se crearon los referidos destinos.

Ahora bien, para la Sala es obvio que todo empleo de la administración pública demanda para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial, pues el atribuir a alguien la ejecución de una actividad por modesta que ella sea, dado que el éxito de la gestión administrativa depende del esfuerzo mancomunado de la totalidad de quienes conforman la respectiva institución, implica otorgar a quien la ejecuta un cierto grado de credibilidad en su eficiencia y responsabilidad para el desempeño de la misma.

Mas esta clase de confianza no es la que, en términos del Artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, permite sustraer de la clasificación general de trabajadores oficiales a algunos servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, para otorgarles el rango de empleados públicos, sino aquella particular que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de concepción, coordinación de políticas empresariales, que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces los colocan en posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de las empresas.

Con este marco conceptual, se efectuará la determinación del carácter de los servidores de Acuantioquia a que se refieren los actos aludidos.

Al efecto se tiene que al revisar el documento por el cual se adscribieron funciones a los diferentes oficios existentes en Acuantioquia -cuaderno número 3-, se advierte que los cargos de visitador contable (folio 71), auxiliar de laboratorio (folio 34), taquilleros (folio 118), visitador administrativo (folio 126), auxiliar de sistematización (folio 71), coordinador de servicios varios (folio 83), operador de equipo pesado (folio 25) y mecánico electricista (folio 21), para su cabal desempeño no requieren depositar en sus titulares una particular confianza, distinta a la general, que amerite la clasificación como empleados públicos, pues sus labores son esencialmente de ejecución dentro de los planes señalados de antemano por los directivos de la empresa.

Por ello, **habrá de declararse la nulidad** de los actos administrativos por medio de los cuales se les asignó a quienes desempeñan dichos cargos la categoría de empleados públicos.

En cambio, sí merece el calificativo de empleado público, por el grado de confianza que implica la ejecución de las funciones, el cargo de operador de planta de tratamiento, ya que a quien lo desempeña compete aplicar a las aguas las sustancias químicas en la forma, cantidad y calidad predeterminadas por la sección de control de calidad, preparar reactivos para el tratamiento de agua y controlar la calidad de ésta para uso del consumidor, atribuciones de cuyo cabal desempeño depende en gran medida la salud de los habitantes de las regiones del departamento de Antioquia, en donde cumple sus actividades Acuantioquia en cuanto a la prestación del servicio de acueducto se refiere.

Resta agregar, que no obstante que en el fallo apelado se declara la nulidad de la clasificación de los cargos que aparecen en las actas de la Junta Directiva de Acuantioquia "con excepción de los siguientes que sí corresponden a empleados públicos" (se enlistan), la verdad es que del análisis del material probatorio obrante en el proceso y de la sentencia misma, se desprende que el Tribunal al señalar qué servidores tenían el carácter de empleados públicos, simplemente acogió el dictamen pericial que aparece a folios 350 a 352, conforme al cual en concepto de dichos auxiliares de la justicia, esos cargos son los únicos de la sociedad demandada que pueden clasificarse como de dirección o confianza.

En estas condiciones, es obvio que el *a-quo, motu proprio,* ya que la parte actora no lo solicitó, definió con base en el dictamen pericial, los cargos cuyos titulares se consideraban como empleados públicos, lo cual realmente constituye una decisión extrapetita que no tiene cabida en el *sub-lite,* por tratarse aquí de una jurisdicción rogada. No es aceptable que el *a-quo* haya decidido acoger como válido un peritazgo en un asunto de linaje estrictamente jurídico, cuando ni siquiera ha debido ordenar su práctica en virtud de que se trataba de una cuestión de derecho y no de la demostración técnica o científica de un hecho.

Consiguientemente, se impone también la revocación de la parte pertinente del fallo.

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

FALLA:

1) **Revócase** la sentencia de 29 de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por la Asociación de Empleados de Acuantioquia S.A., en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto de las Actas números 287 y 304 del 16 de febrero y del 18 de noviembre de 1978, y en cuanto declaró nulas las siguientes actas de la Junta Directiva de Acuantioquia: número 292 de 1978 y 387 de 1986, en lo referente a la clasificación como empleado público de quienes desempeñan los cargos de operador de planta creados por dichas actas, y 259 de 1976 -Acuerdo 13 de 1976 Artículo 18 y en cuanto definió qué cargos de la planta de personal de Acuantioquia corresponden a empleados públicos. En su lugar, se dispone:

2) **Confírmase** la sentencia en cuanto declaró la nulidad de las Actas números 292 de 1978 en lo relacionado con la clafisicación como empleados públicos de quienes desempeñan los cargos de visitador contable y auxiliar de laboratorio, 293 de 1978, en lo que respecta al cargo de taquillero y visitador administrativo, y 294 de 1978, en lo referente a tres cargos de taquillero para Envigado, Apartadó y Caucasia, 310 de 1979, en lo atinente al cargo de auxiliar de sistematización, 363 de 1984, en lo relacionado con el cargo de operador de equipo y 389 de 1986, en lo concerniente a los cargos de coordinador de servicios varios y mecánico electricista. Seguirán ostentando la clasificación de EMPLEADOS PUBLICOS quienes desempeñan los cargos de operador de planta de tratamiento creados en virtud de lo dispuesto en las Actas números 292 de 1978 y 378 de 1986.

3) **Declárase** la inhibición para proferir pronunciamiento de mérito respecto de la nulidad de las Actas números 314 de 1979 y 259 de 1986.

4) **Niéganse** las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE, y una vez ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE CARRERA/ESTABILIDAD/DERECHOS ADQUIRIDOS/ SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1660 DE 1991/ RETIRO DEL SERVICIO PUBLICO-Causales/**INSUBSISTENCIA CON INDEMNIZACION/SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA-**Inexistencia/ **PLAN DE RETIRO COMPENSADO**

El acto administrativo demandado se dictó con base en la causal de retiro del servicio público denominada insubsistencia con indemnización, consagrada en el artículo 2o. del Decreto 1660 de 1991, norma vigente para la fecha en que se estudió el aludido acto, pues su desaparición del ámbito jurídico se produjo sólo el 13 de agosto de 1992, cuando la Corte Constitucional declaró su inexiquibilidad. A pesar de que la insubsistencia atacada fue proferida antes de la sentencia de inexequibilidad, no se puede afirmar que se trata de una situación jurídicamente consolidada, como quiera que la interesada oportunamente impugnó el acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, alegando precisamente la contrariedad del decreto con la Constitución Política y la decisión sobre su juridicidad se encontraba *sub-júdice* al momento de proferirse la declaración de inexequibilidad. Habida consideración de que por ser contrario a los postulados constitucionales contenidos en el artículo 125 de la Carta Política, el Decreto 1660 de 1991 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional y que este decreto fue el sustento jurídico del acto acusado, no puede menos que concluirse, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante infringió normas superiores de derecho que amparaban su estabilidad, porque como se probó en el proceso, se hallaba escalafonada en la carrera administrativa. Los empleados públicos de carrera administrativa, dijo la Corte Constitucional, son

titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, de manera que no es difícil inferir la abierta infracción por parte del Decreto 1660 de 1991, entre otros, del artículo 125 de la Carta, ya que tales derechos fueron desconocidos por las normas del decreto, por cuanto por virtud de ellas se dio al nominador la posibilidad de disponer la insubsistencia de sus nombramientos, en apariencia por aplicación de nuevas causales legales, pero realmente por autonomía y libre voluntad, en ejercicio de facultades discrecionales que riñen con la estabilidad y la incidencia en su permanencia que son características sobresalientes de toda carrera.

AJUSTES DE VALOR-Improcedencia/**AJUSTES SALARIALES**

Se confirmará el restablecimiento del derecho en la forma ordenada en la sentencia, a excepción del ajuste al valor que puede deducirse de la cita que el Tribunal hace del artículo 178 del C.C.A. por no ser procedente, habida consideración de que la demandante tiene derecho a los ajustes salariales que haya ordenado la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente No. 8201. Autoridades Nacionales. Actor: Belén Lucía Burgos Vellojín.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE- contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 1993 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señorita Belén Lucía Burgos Vellojín, impetro la nulidad de la resolución No. 0985 de 5 de marzo de 1992, expedida por la Gerencia General del Instituto mencionado, mediante la cual se declaró la insubsistencia con indemnización de su nombramiento como funcionaria de la Regional Córdoba, a partir del 9 de marzo de ese año y a título de restablecimiento del derecho pidió se le reintegrara al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría y se le cancelaran los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir a raíz de su remoción hasta cuando se produzca su reintegro, así como los intereses comerciales y moratorios y la corrección monetaria sobre los referidos valores.

Al exponer los fundamentos fácticos de sus pretensiones, la actora relata que por resolución No. 5457 de septiembre 25 de 1986, fue nombrada como Profesional

Universitario 3020-03 de la Sección de Estudios Sociales adscrita a la División Técnica de la citada regional, del entonces Instituto de Crédito Territorial, del cual tomó posesión el 21 de octubre de ese año; que por resolución No. 2359 de 28 de julio de 1991, fue incorporada a la planta de personal de esa regional el mismo cargo, habiéndose posesionado de este el 30 de julio; que mediante la resolución acusada se declaró su insubsistencia con indemnización como funcionaria de la Regional de Córdoba, sin indicar la denominación del cargo del cual se le retiraba, por lo cual, estima que el acto es irregular y que el hecho de habérsele comunicado y no notificado, igualmente acarrea su nulidad, y que por resolución No. 4428 de 12 de agosto de 1988, del Departamento Administrativo del Servicio Civil se le inscribió en el escalafón de la carrera administrativa del Instituto.

La demandante asevera que con su insubsistencia se violaron los artículos 5o, 13, 15, 25, 48 y 125 de la Constitución Política; los Artículos 44, 45, 46, 48, 61 y 84 del Código Contencioso Administrativo; y 25, 26, 32 a 51 del Decreto 2400 de 1968, y argumenta que con base en las facultades otorgadas por los Decretos 1660 y 2100 de 1991, la administración retiró del servicio a los empleados inscritos en carrera administrativa, sin contemplación de ninguna índole, como lo hizo con ella; que estaba escalafonada en carrera cuando se expidió el acto acusado, decisión que se produjo por su no renuncia del cargo para aogerse al plan de indemnización previsto en la Resolución No. 04 de 1992, como lo hicieron otros funcionarios de la Regional de Córdoba a quienes se le ofreció también la rebaja de las deudas que por préstamos para adquirir vivienda les había hecho la entidad demandada; por eso, dice, se configura la violación del Artículo 125 de la Carta Política y de las normas citadas del Decreto No. 2400 de 1968, que regulan lo concerniente a la carrera administrativa.

Por último, la actora advierte que el Departamento Administrativo del Servicio Civil, hasta la fecha de presentación de la demanda no había aprobado la planta de personal de Inurbe, porque no aceptó que a los funcionarios de carrera los declararan insubsistentes.

LA SENTENCIA

Luego de precisar que carecían de vocación de prosperidad los cargos relacionados con la ausencia de identificación en el acto acusado del cargo del cual se declaró insubsistente a la demandante y con su no notificación a ésta, en virtud de que no se citó en el libelo la norma concreta que obliga a la administración cuando declara insubsistente el nombramiento de un empleado a indicar no sólo el nombre de éste, sino la denominación del empleo del que se le retira y porque el acto de insubsistencia no se notifica sino que se comunica, el Tribunal declaró la nulidad de las Resoluciones demandadas, ordenó el reintegro de la actora al servicio y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, ordenando el descuento del valor de la indemnización que el INURBE le canceló.

Para anular el acto acusado, el *a-quo* estimó que la administración para despedir a la demandante se basó en lo dispuesto en el Decreto No. 1660 de 1991, que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 13 de agosto

de 1992, decisión que a pesar de tener efectos hacia el futuro, constituye "una prueba contundente para utilizar la excepción de inconstitucionalidad, pues el decreto que respalda la insubsistencia en todo momento ha quebrantado el Artículo 125 de la Constitución Política.". Citó como sustento de la decisión los argumentos que expresó la mencionada Corporación, para llegar a la conclusión de que el Decreto No. 1660 de 1991 era contrario a los preceptos contenidos en el artículo 125 de la Carta Política, porque desconoce los derechos que ella incorpora, ya adquiridos por el trabajador, so pretexto de la insubsistencia con indemnización.

EL RECURSO

Apoyándose en el principio de la irretroactividad de la ley, el apoderado de la entidad demandada solicita la denegatoria de las pretensiones de la actora, previa revocación del fallo, por cuanto estima que el Decreto No.1660 de 1991 en el momento de expedirse las resoluciones impugnadas, de haberse consumado los hechos y los efectos jurídicos de ésta, constituía soporte válido de la declaratoria de insubsistencia con indemnización del nombramiento de la accionante, pues no había sido declarado inexequible.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Quinta opina que la sentencia debe confirmarse, puesto que al proferir el Gerente General del Inurbe los actos acusados con fundamento en normas que desconocen abiertamente los derechos que se derivan de la carrera administrativa, a la cual estaba vinculada la actora y que fueron declaradas inexequibles mediante sentencia de la Corte Constitucional, se vulneraron las garantías constitucionales a que se alude en ese fallo y porque considera que procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los aludidos preceptos, porque es ostensible su inconstitucionalidad, sin que con ello se quebrante el principio según el cual, las sentencias de inexequibilidad sólo producen efectos hacia el futuro.

Rituada la segunda instancia, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar la Sala entra a analizar la manifestación que hizo el apoderado de la parte actora a folio 225 en el sentido de que hay sustracción de materia porque el proceso no tiene recurso de apelación, ya que su cuantía es inferior a la suma de $980.000.

El recurso de apelación fue admitido por auto de 31 de mayo de 1993 (fl.211), fecha en la cual no había sido proferida por la Corte Constitucional la sentencia de inexequibilidad C-345 de agosto 26 de 1993. Por esta razón todavía regía lo dispuesto en los Artículos 131, numeral 6o., literal b) - inciso 2o. y 132, numeral 6o.- inciso 3o. del C.C.A., lo que significa que la cuantía del presente negocio se determinó con base

en la última asignación mensual que devengaba la accionante, es decir, la suma de $190.642 (f.18), superior a la exigida como mínima para que procediera la segunda instancia según el Artículo 2 del Decreto 597 de 1988, vigente a la presentación de la demanda (julio 8 de 1992). Es de concluir entonces, que el proceso es de dos instancias.

En cuanto al aspecto de fondo, ciertamente el acto administrativo demandado se dictó con base en la causal de retiro del servicio público denominada insubsistencia con indemnización, consagrada en el artículo 2o. del Decreto 1660 de 1991, norma vigente para la fecha en que se estudió el aludido acto, pues su desaparición del ámbito jurídico se produjo sólo el 13 de agosto de 1992, cuando la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad.

Por otra parte, tambien es cierto que no habiendo señalado la Corte Constitucional en la referida sentencia, el alcance temporal de la declaración, sus efectos, de acuerdo con la tradicional doctrina del Consejo de Estado, se extienden en forma absoluta hacia el futuro y en consecuencia deben reconocerse las situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la norma en cuanto estén jurídicamente consolidadas.

En el caso *sub lite,* sin embargo, a pesar de que la insubsistencia atacada fue proferida antes de la sentencia de inexequibilidad, no se puede afirmar que se trata de una situación jurídicamente consolidada, como quiera que la interesada oportunamente impugnó el acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, alegando precisamente la contrariedad del decreto con la Constitución Política y la decisión sobre su juridicidad se encontraba *sub-júdice* al momento de proferirse la declaración de inexequibilidad.

En este orden de ideas y habida consideración de que por ser contrario a los postulados constitucionales contenidos en el artículo 125 de la Carta Política, el Decreto No. 1660 de 1991 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional y que este decreto fue el sustento jurídico del acto acusado, no puede menos que concluirse, que la declaratoria de insubsistencia de la demandante infringió normas superiores de derecho que amparaban su estabilidad, porque como se probó en el proceso, se hallaba escalafonada en la carrera administrativa.

Los empleados públicos de carrera administrativa, dijo la Corte Constitucional, son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan de protección constitucional, de manera que no es difícil inferir la abierta infracción por parte del Decreto 1660 de 1991, entre otros, del artículo 125 de la Carta, ya que tales derechos fueron desconocidos por normas del decreto, por cuanto por virtud de ellas se dio al nominador la posibilidad de disponer la insubsistencia de sus nombramientos, en apariencia por aplicación de nuevas causales legales, pero realmente por su autónoma y libre voluntad, en ejercicio de facultades discrecionales que riñen con la estabilidad y la incidencia de los méritos en su permanencia que son características sobresalientes de toda carrera.

Por esta razón, procede declarar la nulidad del acto acusado como lo hizo el Tribunal. Igualmente se confirmará el restablecimiento del derecho en la forma ordenada en la sentencia, a excepción del ajuste al valor que puede deducirse de la cita

que el Tribunal hace del Artículo 178 del C.C.A. por no ser precedente, habida consideración de que la demandante tiene derecho a los ajustes salariales que hayan ordenado la ley.

Se adicionará la sentencia ordenando que a la demandante se le descontará cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, a fin de respectar la prohibición contenida en el Artículo 128 de la Constitución Nacional.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en el proceso promovido por Belén Lucía Burgos Vellojín, contra el Instituto Nacional de Vivienda de Interes Social y Reforma Urbana -INURBE -, excepto en cuanto accedió al ajuste de valor de la condena en los términos del Artículo 178 del C.C.A. que mediante esta providencia se **DENIEGA.**

ADICIONASE el fallo objeto de confirmación, en el sentido de disponer que además del descuento de los valores a que se contrae el numeral 4o. de la parte resolutiva de la sentencia, de las sumas que conforme al numeral 3o. *ibídem* han de cancelársele a la señorita Burgos Vellojín, se descuenten aquellos valores que hubiere recibido del tesoro público por idénticos conceptos a los que se alude en dicho numeral 5o. durante el tiempo en que permaneció separada del servicio público.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto fue estudiado, aprobado y ordenada su publicación por la Sala en sesión celebrada el día veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela, Góngora, Salva el Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, en sentencia del 13 de agosto de 1992, Exp. C-479 y el Consejo de Estado se pronunció sobre el Decreto 2100 de 1991 en la sentencia del 28 de febrero de 1994, Exp. 6129; Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, Actor: JAIRO LOPEZ MORALES.

CORRECCION MONETARIA/INDEXACION/AJUSTE DE VALOR/(Salvamento de Voto)

Así como consideré que se dio un paso importante al acoger en un negocio similar el concepto de la indexación o aplicación de la corrección monetaria en materia de las obligaciones del Estado con los particulares, pienso que la revocatoria de lo dispuesto por el *a-quo* en relación con el ajuste de valor de las condenas que le fueron impuestas en primera instancia a la entidad demandada constituye un retroceso jurisprudencial. En la providencia de la cual me aparto se confunden dos aspectos fundamentales, como son el de que los salarios puedan tener los reajustes anuales propios de la rama ejecutiva, de un lado; y el de que el pago se produzca con una moneda que ha perdido parte de su capacidad de compra, del otro. Lo primero ocurre porque la propia administración privó injustamente a la actora del derecho de permanecer en su empleo; en cambio, el deterioro de la moneda tiene que ver con el problema inflacionario, y la teoría de las obligaciones consagra claramente que el resarcimiento del daño tiene que ser completo, total; y al revocar los ajustes dispuestos por el tribunal de primer grado se deja a medias el restablecimiento del derecho que le fue lesionado a la demandante. Por ello, no puedo compartir esta determinación de la Sala.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO-Improcedencia/**EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ANALOGIA**-Improcedencia/(Salvamento de Voto)

Las sumas a que se condena en la sentencia parcialmente confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y

prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe disposición expresa que le ordene a esta jurisdicción esa clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista así en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Salvamento de Voto: *Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: En el Juicio No. 8201.- Autoridades Nacionales. Actora: Belén Lucía Burgos Vellojín.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala debo expresar que me aparté de lo resuelto, porque así como consideré que se dio un paso importante al acoger en un negocio similar el concepto de la indexación o aplicación de la corrección monetaria en materia de las obligaciones del Estado con los particulares, pienso que la revocatoria de lo dispuesto en el *a-quo* en relación con el ajuste de valor de las condenas que le fueron impuestas en primera instancia a la entidad demandada constituye un retroceso jurisprudencial.

En efecto, en la providencia de la cual me aparto se confunden dos aspectos fundamentales, como son el de que los salarios puedan tener los reajustes anuales propios de la rama ejecutiva, de un lado; y el de que el pago se produzca con una moneda que ha perdido parte de su capacidad de compra, del otro. Lo primero ocurre porque la propia administración privó injustamente a la actora del derecho de permanecer en su empleo; en cambio, el deterioro de la moneda tiene que ver con el problema inflacionario, y la teoría de las obligaciones consagra claramente que el resarcimiento del año tiene que ser completo, total; y al revocar los ajustes dispuestos por el tribunal de primer grado se deja a medias el restablecimiento del derecho que le fue lesionado a la demandante. Por ello, no puedo compartir esta determinación de la Sala.

Ahora bien; en lo que respecta con los descuentos, me permito reiterar también que no puedo compartir lo resuelto por la Sala en la aprte resolutiva en cuanto al confirmar parcialmente las condenas se ordena el deducir las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia parcialmente confirmada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la

desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> "Tomando apoyo en el Artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".
>
> "El Artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:
>
> **Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro Público el de la Nación, los departamentos y municipios".**
>
> La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley la consagre; la analogía en las penas en inadmisible".
>
> "Nada impide recibir del Estado sueldo de indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajor oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra Entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".
>
> "La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios

empleos públicos. Pero sí una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64, no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos.

Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por los servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..." **(Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40878, Ponente H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el exp. No. 29629, Ponente H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos S., junio 5/84, en el exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S., octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).**

Estos planteamientos son válidos frente a la nueva norma constitucional (art. 128). Es lo cierto que no existe disposición expresa que le ordene a esta jurisdicción esa clase de pronunciamientos; y como lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el Juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista así en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por ello, no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PLAN DE RETIRO COMPENSADO/DIRECCION GENERAL DE ADUANAS/SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

El mencionado plan de retiro adoptado por la Dirección General de Aduanas se fundamentó en lo dispuesto por el Decreto Ley 1660 de 1991, por el cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio público, mediante compensación pecuniaria, aplicable, entre otros, a los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público. La Corte Suprema de Justicia, (sic) en sentencia No. C-479 del 13 de agosto de 1992, declaró inexequible en todas sus partes el Decreto 1660 de 1991, con el cual según la demanda, debe confrontarse el acto acusado para establecer su legalidad. En consecuencia, no es posible ahora tal confrontación por haber desaparecido el decreto citado la vida jurídica; pero si este era contrario a la Constitución, también la infrigen los actos que en su desarrollo se expidieron, como la resolución que en este proceso se acusa. Por consiguiente, sin necesidad de mayores análisis, la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, es razón suficiente para anular el acto demandado. DECLARA LA NULIDAD de la resolución 03415 de 27 de agosto de 1991, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se adoptó un plan de retiro compensado para los funcionarios de la Dirección General de Aduanas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No.6195. Resoluciones Ministeriales. Actor: Jorge Eliud Villa Taborda.

El ciudadano Jorge Eliud Villa Taborda, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de la resolución No. 03415 de 27 de agosto de 1991, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se invitó a los funcionarios de la Dirección General de Aduanas acogerse a un Plan Colectivo de Retiro compensado.

Relata el accionante que el Ministerio por medio del acto acusado convocó al aludido plan, con el propósito de desvincular del servicio a 1.800 funcionarios entre empleados de carrera y de libre nombramiento, mediante las modalidades, los plazos y las condiciones establecidas en el Artículo 1o., saliéndose del marco trazado por el Decreto No.1660 de 1991, invocado en su motivación; que la resolución enjuiciada expedida antes del Decreto Reglamentario No. 2100 de 1991, se dejó vigente a pesar de no cumplir con los requisitos que ese estatuto exige.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita como tales el Artículo 12 del Decreto 1660 de 1991 y el 8o. del Decreto 2100 de ese mismo año, por cuanto estima que en le acto impugnado se estableció una bonificación del 120% de la indemnización para los funcionarios de carrera, y del 115% para los de libre nombramiento y remoción, por lo cual se infringió la norma primeramente citada, que prohíbe que el valor de la bonificación exceda en un 20% a la indemnización, disposición que considera contradictoria, porque en principio prevé que la bonificación no puede exceder en un 20% a la indemnización es decir, que tomando como base 100, la bonificación sería 20 y, en su parte final determina que la misma no será inferior a la indemnización.

En relación con la violación del artículo 8o. del Decreto 2100 de 1991, argumenta que la norma acusada se expidió el 27 de agosto de 1991 y el plan tenía una vigencia de dos meses a partir de esa fecha, o sea hasta el 27 de octubre de 1991; pero teniendo en cuenta que en el numeral 4o. de su artículo 1o., se dispuso que los empleados o funcionarios podían presentar sus solicitudes de retiro a partir del 19 de septiembre y hasta el 4 de octubre de 1991, sólo empezaba a tener efectos jurídicos desde el 19 de septiembre, y sin embargo, pese a que el Decreto 2100 fue expedido el 6 de septiembre de 1991, el Ministerio dejó vigente el plan, en lugar de suspenderlo mientras satisfacía las exigencias contempladas en dicho artículo, referentes a la aprobación del Ministro o Director del Departamento Administrativo del respectivo sector, previo concepto del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Mediante proveído fechado el 15 de noviembre de 1991, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de la resolución impugnada (folios 12 y 13).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Hacienda-, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Fiscal Quinta ante el Consejo de Estado opinó que las súplicas de la demanda deben denegarse, porque la resolución objeto de censura no transgrede lo dispuesto en el Artículo 12 del Decreto 1660 de 1991, puesto que en éste no se está señalando que el monto de la bonificación no pueda ser superior al 20% del valor de la indemnización, sino que prevé, que el valor de aquella no puede exceder en un 20% el de la indemnización que es distinto; y si en dicha resolución se estipuló que la bonificación para empleados con derechos de carrera era el 20% adicional al valor de la indemnización establecida en el artículo 5o. del Decreto 1660 de 1991, y para los funcionarios de libre nombramiento y remoción, el 15% adicional del referido monto de la indemnización, ello quiere decir que no se transgrede el artículo 12 del citado decreto.

Señala también la colaboradora Fiscal que la resolución atacada al momento de expedirse se ajustó en un todo a la preceptiva jurídica a la que debía estar sujeta, en la que no se exigía lo previsto en el artículo 8o. del Decreto 2100 de 1991, que se expidió posteriormente. Por tanto, la administración no estaba obligada a suspender el plan de retiro en ella contemplado, para satisfacer requisitos que dicho artículo consagra.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El actor pretende que se declare la nulidad de la resolución No. 03415 de 27 de agosto de 1991, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se invitó a los funcionarios de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción a acogerse al plan colectivo de retiro compensado adoptado por la Dirección General de Aduanas, cuya duración era de dos meses y cuya características se precisaron en dicha resolución.

El mencionado plan de retiro adoptado por la Dirección General de Aduanas se fundamentó en lo dispuesto por el Decreto Ley 1660 de 1991, por el cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio público, mediante compensación pecuniaria, aplicable, entre otros, a los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.

La Corte Suprema de Justicia (sic) en sentencia No. C-479 del 13 de agosto de 1992, declaró inexequible en todas sus partes el Decreto 1660 de 1991, con el cual según la demanda, debe confrontarse el acto acusado para establecer su legalidad.

En consecuencia, no es posible ahora tal confrontación por haber desaparecido el Decreto citado de la vida jurídica; pero si este era contrario a la Constitución, también la infrigen los actos que en su desarrollo se expidieron, como la resolución que en este proceso se acusa.

Por consiguiente, sin necesidad de mayores análisis, la inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991 es razón suficiente para anular el acto demandado.

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

FALLA :

Declárase la nulidad de la resolución No. 03415 de 27 de agosto de 1991, expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se adoptó un plan de retiro colectivo compensado para los funcionarios de la Dirección General de Aduanas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO DE REMOCION/EMPLEADO LOCAL/CARRERA ADMINISTRATIVA-Inexistencia/**CORPORACION ADMINISTRATIVA**-Empleador/**MOVIL POLITICO/DESVIACION DE PODER**-Inexistencia

La Sala ha declarado configurado el vicio de la desviación de poder, al encontrar que empleados que desempeñan cargos que no tienen matiz político, son declarados insubsistentes, para llevar a ellos recomendados del político de turno. Pero el personal que trabaja en los cuerpos colegiados de elección popular en donde por excepción no exista carrera administrativa, está totalmente influenciado por los movimientos políticos y es nombrado por pertenecer a determinado grupo, por lo cual no puede alegar desviación de poder cuando es desvinculado del mismo, por las mismas circunstancias que lo llevaron a desempeñarlo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente No. 5359. Actos de las Asambleas. Actor: Olden Fernando Cardenas M.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el actor y por el tercero interesado en el proceso, contra la sentencia de 23 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.-**Hechos:** El señor Olden Fernando Cárdenas Marín fue nombrado por medio de la resolución No. 026 de 18 de octubre de 1988, como secretario mecanógrafo de la Asamblea Departamental del Quindío y declarado insubsistente del mismo cargo, el 2 de junio de 1989, en la resolución No. 010 de la misma corporación.

1.2.-**La demanda:** Se pretende que previa la anulación del acto administrativo que declaró la insubsistencia, se ordeno al Departamento del Quindío, por intermedio de su Asamblea Departamental, reintegre al señor Cárdenas Marín, al cargo que venía ocupando o a uno de superior categoría, con el reconocimiento y pago de todos los sueldos, primas de diferente orden, subsidios y demás emolumentos dejados de devengar y que para efectos prestacionales se declare que no existió solución de continuidad en el desempeño del cargo. Las sumas de dinero liquidado, deben determinarse con base en el índice de precios al consumidor al momento del pago.

En forma subsidiaria y con el fin de hacer efectivo el reintegro del actor, se solicita la nulidad del nombramiento del señor Libardo León Echavarría, quien lo reemplazó en el cargo del cual fue declarado insubsistente.

Se formulan tres cargos básicos contra la actuación: 1.- Que el acto demandado fue expedido por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, cuando había sido convocada en forma extraordinaria para atender asuntos de naturaleza diferente al acto acusado; 2.- Que el actor gozaba de estabilidad relativa en el cargo, pues había sido nombrado por un período fijo, hasta el 30 de septiembre de 1990 y, 3.- Que se configura la desviación de poder, por cuanto la declaración de insubsistencia obedeció a móviles eminentemente político-partidistas.

Con pruebas documentales y testimoniales se respaldaron los anteriores cargos, tendientes a demostrar la forma irregular como se espidió el acto cuya nulidad se pretende.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

2.1.- Se avocó inicialmente el conocimiento de las excepciones propuestas por la entidad demandada y consideró improcedente la relacionada con la indebida acumulación de pretensiones. En cuanto a la de "inconstitucionalidad" de los Artículos 1o. y 5o. de la resolución 007 de 20 de abril de 1989, de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, postergó su estudio al análisis de las cuestiones de fondo planteada en la demanda.

2.2.- Sostiene el *a-quo* que el asunto contenido en el acto demandado, hace relación a aspectos del funcionamiento interno de la Asamblea, para lo cual está autorizada de una manera general por la respectiva ordenanza departamental y es por ello que no se incurrió en violación legal alguna, cuando se dispuso a la remoción del empleado, durante el desarrollo de unas sesiones extraordinarias.

2.3.- Con relación a la estabilidad en el cargo, por haber sido nombrado el demandante para un período fijo, consideró que en el momento del nombramiento no existían períodos fijos para los empleados subalternos de la secretaría dela Asamblea, sin que tuviera competencia la Comisión de la Mesa Directiva, para por un medio de una resolución, modificar lo dispuesto en el reglamento interno de la corporación, originado en una ordenanza departamental. Negó así validez a la resolución 007 de 1989, que en sus artículos 1o. y 5o., estableció un período de dos años para cargos como el de secretario mecanógrafo y unas causales fijas para la remoción de dichos empleados. Al ser precisamente esta resolución 007 la base legal del planteamiento de la demanda, procedió a negar el cargo formulado con respecto al período fijo del cargo que desempeñaba el actor.

2.4.- El Tribunal de primera instancia, basado en la prueba testimonial arrimada al proceso, especialmente las declaraciones rendidas por algunos diputados a la Asamblea departamental, encontró probado el cargo formulado en la demanda sobre la desviación de poder, al considerar que el móvil que llevó a la expedición del acto, no fue la búsqueda del buen servicio, sino móviles eminentemente político-partidistas.

2.5.- Desvirtuada la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, ordenó el reintegro del actor al cargo de secretario mecanógrafo de la asamblea, y para tal fin declaró nulo el nombramiento hecho en la persona del señor Libardo León Echavarría, quien fuera nombrado en su reemplazo.

2.6.- Al condenar al Departamento de Quindío al reconocimeinto y pago de las sumas de dinero solicitadas en la demanda por concepto de sueldos y prestaciones, no accedió a declarar que a dichos valores se les aplicara el reajuste monetario, con base en el índice de precios al consumidor.

III.- DEL RECURSO DE APELACION

3.1.- La parte actora interpuesto recurso de apelación (folios 89 y 101 y s.s.) contra la anterior providencia "...en cuanto hace relación con el numeral 7o. de la parte resolutiva que se negó a reconocer el respectivo reajuste monetario de los sueldos dejados de percibir por mi, mandante." Este razonamiento es ampliado en el memorial de sustentación del recurso, reiterando el derecho que tiene el servidor público de que al ordenar el pago de los salarios dejados de percibir, sea reconocido el ajuste monetario sobre tales valores.

3.2.- El señor Libardo León Echavarría, quien es tercero interesado en las resultas del juicio, por intermedio de apoderado apela de la anterior decisión. El Tribunal del Quindío no tuvo en cuenta la plena facultad discrecional que tienen los diputados de la asamblea, para nombrar como sus colaboradores inmediatos a aquellas personas que consideren convenientes a la finalidad política de la Corporación. En la sentencia no se encontró probada la descripción de poder, sino que fue inferida de las declaraciones de diputados del grupo político opuesto al de la mesa directiva que declaró la insubsistencia, testimonios improcedentes conforme al artículo 214 del Código de Procedimiento Civil.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

4.1.- Para la ahora Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

4.2.- Afirma que el mecanismo que ha debido adoptar la asamblea para establecer el período de duración de los cargos de sus empleados, era por medio de una ordenanza y no de una resolución, como lo hizo, lo cual conlleva a que estos cargos fueran de libre nombramiento y remoción. Con respecto a los móviles políticos, que según el *a-quo* fueron la verdadera causa para declarar la insubsistencia, considera que dado el carácter del cargo desempeñado por el actor, tanto su nombramiento como su remoción tuvieron móviles políticos, lo cual hace carente de fundamento legal invocar estos como determinantes de una desviación de poder.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala habrá de referirse inicialmente, al estudio de los argumentos expuestos en su apelación por el tercero interesado en las resultas del proceso, señor Libardo León Echavarría, pues de la decisión que con respecto a ella se tome, dependerá la procedencia del análisis de la petición formulada por el actor para la segunda instancia.

Fundamentalmente el cargo de la apelación del tercero se refiere *a-quo,* dado el origen de los componentes de la Asamblea, organismo colegiado, su naturaleza es eminentemente política, y no debe restringírsele a sus componentes la facultad discrecional que deben tener para elegir como sus colaboradores inmediatos a personas de su mayor confianza. No puede ser móvil político, la causa de la anulación de un acto de esta naturaleza.

Para abordar el tema sometido a consideración, la Sala deberá establecer si el cargo desempeñado por el demandante, era de libre nombramiento y remoción, si estaba escalafonado en carrera administrativa o gozaba de período fijo, a efectos de observar hasta dónde podía extenderse la facultad discrecional de la Asamblea, para decidir su remoción. Posteriormente deberá definir, si el acto en sí se encontraba viciado de nulidad, conforme a los cargos que se le formularon en la demanda.

Sobre el primer punto el demandante afirmó que había sido nombrado por un período de dos años, porque así lo dispuso la resolución No. 007 de 20 de noviembre de 1989, de la comisión de la mesa de la Asamblea. Pero la legalidad de dicha resolución fue cuestionada por el Tribunal, con planteamientos que comparte la Sala, por cuanto el funcionamiento interno de la Asamblea, se encuentra condensado en la Ordenanza No. 020 de diciembre 20 de 1988, documento que obra a folios 72 y s.s. del cuaderno de antecedentes.

En los artículos 26 y s.s. de la ordenanza que contiene el reglamento interno de la Asamblea, se regula lo concerniente a la Secretaría General y sus funcionarios y de dichas disposiciones se desprende indudablemente que los únicos cargos de período

fijo, son los de Secretario General y Sub-Secretario (art. 27 Ordenanza No. 020 de 1988). Debe deducirse entonces, por exclusión, que los demás empleados de la secretaría son de libre nombramiento y remoción. Y ello por cuanto el período fijo que para los cargos subalternos se establecio en la resolución No.007 de 1989 emitida por la comisión de la mesa, no tiene el alcance jerárquico suficiente, dentro de la escala normativa, que le permita modificar lo determinado en la ordenanza departamental, que contiene el reglamento interno de la Corporación. Adicionalmente, para reforzar el anterior argumento, no es de la competencia de la comisión que expidio la resolución No. 007, señalar el período de los empleados de la Secretaría.

Establecido de esta suerte que el cargo para el cual fue nombrado el demandante, no era de período fijo y por lo tanto, no tenía ningún fuero de estabilidad, corresponde ahora establecer si cuando la Asamblea ejerció su facultad discrecional de removerlo de su cargo, lo hizo incurriendo en vicios como la **desviación de poder** y la **falsa motivación.**

El libelista intenta demostrar que su remoción no se ajustó a la ley, por cuanto ella fue motivada por razones de índole político-partidista, si se tiene en cuenta que debido al cambio que se presentó en la mesa directiva de la asamblea, el 30 de mayo de 1989, cuyos nuevos miembros pertenecían a un grupo político antagónico al que lo había nombrado, se produjo su declaración de insubsistencia. La desviación de poder que así se configuraría, pretende ser demostrada por medio de testimonios de políticos que manifiestan pertenecer al grupo contrario de los integrantes de la mesa que profirió el acto acusado.

Esta corporación, en reiteradas ocasiones, ha expresado que aquella manifestación unilateral de la voluntad de la administración, capaz de producir efectos de derecho, tiene la prerrogativa de encontrarse amparada por una presunción de legitimidad o legalidad, que para que llegue a ser desvirtuada por el tercero afectado, debe ser demostrado plenamente el vicio que lo afecta. Deberá consultarse en cada caso, las diferentes modalidades que inciden en su expedición.

La acusación que se hace al acto administrativo aquí estudiado, recae en que fue motivado por intereses de carácter político, afirmación que ateniéndose a la prueba testimonial rendida ante la Jurisdicción por Isabela Pava Rivera, Pubenza Montoya de Alzate, Fabio Olmedo Palacio Valencia, Carlos Eduardo Gómez Gómez, Alba Stella Buitrago Pérez y Orlando de Jesús Camacho, todos diputados a la Asamblea del Quindío, pertenecientes al grupo de convergencia, excepto el último, que el día de los hechos, se pasó al grupo del movimiento del senador Ancízar López, lleva al convencimiento que la remoción del señor Cárdenas Marín, indudablemente obedeció a móviles de carácter político.

Pero no debe pasarse por alto, igualmente, la forma como el demandante llegó al cargo y los diferentes elementos circunstanciales del mismo. Sabido es que algunos cargos (y ello lo reconoce la ley) son eminentemente **políticos** y las personas que

aceptan ser nombradas en ellos, deben saber que cualquier cambio en el grupo político que respaldó su nombramiento trae usualmente consigo la posibilidad de la pérdida del cargo. En los antecedentes administrativos obra suficiente evidencia que el actor fue nombrado como secretario-mecanógrafo de la Asamblea del Quindío, cuando llegó a su mesa directiva el grupo de convergencia. Aclarado que, por ser un cargo subalterno, era de libre nombramiento y remoción, era de esperarse que, al llegar el grupo político contrario a la mesa directiva, se produjera la remoción del empleado, que por ser de la corriente política contraria a la del nominador, ya no ofrecía la garantía de confianza, lo que autorizaba para hacer uso de su facultad discrecional, a fin de poder llevar a estos cargos, personas de su mismo movimiento político.

En numerosas oportunidades la Sala ha declarado configurado el vicio de la desviación de poder, al encontrar que empleados que desempeñan cargos que no tienen matiz político, son declarados insubsistentes, para llevar a ellos recomendados del político de turno. Pero el personal que trabaja en los cuerpos colegiados de elección popular en donde por excepción no exista carrera administrativa, está totalmente influenciado por los movimientos políticos y es nombrado por pertenecer a determinado grupo, por lo cual no puede alegar desviación de poder cuando es desvinculado del mismo, por las mismas circunstancias que lo llevaron a desempeñarlo.

Por las razones expuestas, la Sala concluye que la sentencia apelada debe ser revocada y negadas las súplicas de la demanda, lo cual la revela estudiar el punto en que se fundamentó la apelación del demandante.

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

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, al conocer de la acción propuesta por el señor OLDEN FERNANDO CARDENAS MARIN y en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN, CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE CARRERA/TRASLADO/ABANDONO DEL CARGO/ VACANCIA DEL CARGO/PROCESO DISCIPLINARIO-Improcedencia

El funcionario público en razón a su vinculación estatutaria a la Administración Pública adquiere una serie de derechos, pero igualmente unos deberes y obligaciones especiales, señalados en la ley o en el reglamento que le regulan su comportamiento frente a la Administración y respecto de los cuales está obligado a cumplir. En vía de ejemplo y para lograr el buen servicio público en materia del manejo del recurso humano, la Administración Pública está investida de la facultad para efectuar los llamados "movimientos de personal en servicio", entre los cuales se cuenta el traslado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973. Habiéndose efectuado el traslado por necesidades del servicio pues en el proceso no se demostró otra cosa, la orden de la Administración debía cumplirse inexorablemente, y como en el proceso no se probó que la actora hubiera estado excusada de cumplir tal mandato, ni se encontraba en una situación de fuerza mayor, no le asiste en sus pretensiones. Conviene igualmente señalar que el fuero de carrera administrativa no impide que la Administración, pueda ordenar un traslado. El traslado como un movimiento de personal y una forma de provisión de un empleo lo consagra la ley tanto para empleados de carrera como de libre nombramiento y remoción sin consideración especial alguna. La jerarquía jurídica de un cargo público no puede sopesarse con la importancia o consideración social que pueden los empleados atribuirle a un cargo, cuando éste se encuentra en una dependencia determinada, pues el nivel jerárquico lo señala la ley, y en

este caso ambos empleos comparten un mismo nivel jerárquico. Tampoco le asiste razón a la actora, cuando señala que la declaratoria de vacancia debía estar precedida del adelantamiento de un proceso administrativo o disciplinario, porque este requisito no lo exige la Ley, ni el reglamento. La Administración una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo, podía declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5975 Decretos del Gobierno. Actor: Fabiola Zuluaga de Zamudio.

FABIOLA ZULUAGA DE ZAMUDIO solicita **se declaren nulos los Decretos 1687, 2178 y 2585 de 1982,** mediante los cuales, por el primero fue trasladada del cargo de Jefe de División 2040-09 de la ciudad de Bogotá, a otro de Jefe de División 2040-09 en la ciudad de Bucaramanga, por el segundo se declaró vacante el cargo por abandono del cargo objeto del traslado, y por último el Presidente y el Ministro de Hacienda y Crédito Público resolvieron negativamente el recurso de reposición que declaró la vacancia del empleo (fl. 2 cdno.1).

Considera la actora que los actos se expidieron con abuso y desviación de poder, y en forma irregular porque no se orientaron a lograr el buen servicio público, pues tales actos fueron el resultado de la persecución de la Directora de Impuestos Nacionales al oponerse a tesis ruinosas para el Fisco Nacional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia denegó las súplicas de la demanda por estimar que no se desvirtuó en el curso del proceso la presunción de legalidad de los actos acusados.

Considera el Tribunal que la demanda planteo circunstancias especiales, tales como la de que el traslado le produjo situaciones menos favorables en su condición de empleada escalafonada, antes que la desfavorabilidad como funcionaria, y quedó probado que ella no estaba inscrita en la carrera administrativa en el empleo objeto del traslado.

En cuanto a la declaratoria de vacancia del empleo advierte el Tribunal que la demanda no se puntualizó sobre la infracción de los Artículos 126 y 127 del Decreto 1950 de 1973 sobre declaratoria de vacancia del cargo.

Dijo el Tribunal al respecto:

"La interesada no **logró** desvirtuar que el traslado **hubiese sido motivo por razones diferentes a las de necesidad del servicio,** que defiende la entonces Directora General de Impuestos Nacionales, Doctora ALBA LUCIA OROZCO DE TRIANA y que lleva insito el acto administrativo de traslado **y que corresponde al actor desvirtuar;** con evidencia se comprende que ante la creación de un cargo en el que se requería una persona de la experiencia de la actora, la Administración podía utilizar su postestad de privilegio decisoria y unilateral para operar dicho movimiento.

(...)

Aquí no se puede aceptar hablar de desmejoramiento en el escalafón, porque el escalafón que existe actualmente para la actora, es el que obtuvo **en un cargo inferior** y del cual fue ascendida ya hace largo tiempo y el cargo al que se le traslada guarda la misma categoría de aquel del cual se le traslada.

(...)

Sirvan las anteriores razones esgrimidas al analizar los Artículos citados por el libelista, de la Reforma Plebiscitaria, para prohijarlos en este momento, con las explicaciones que allí se dieron, **para concluir que no se infringieron** con el acto administrativo de vacancia, dichos cánones constitucionales".

EL RECURSO

La actora interpuso el recurso de apelación contra la anterior sentencia por estimar que no se analizaron en debida forma la totalidad de los hechos, las pruebas, las normas jurídicas y los argumentos expuestos en la demanda en el curso del proceso.

Señala que con los actos acusados, sin formula de juicio y sin el debido proceso fue removida del cargo hallándose investida del fuero de carrera, de una parte, y de la otra, se le declaró vacante del cargo sin haber tomado posesión de él.

En unos de sus apartes expresó la recurrente:

"No hubo de parte de la demandante cesación definitiva en el ejercicio de funciones ocasionada por: declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta o retiro forzoso, por edad, causales taxativamente consagradas en el artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 para que se pierda la condición de funcionaria de carrera".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado considera que no le asiste razón a la actora porque en el curso del proceso no logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados.

Dijo la Procuradora en algunos de sus apartes lo siguiente:

"Por todo lo hasta aquí analizado esta Delegada considera que **la parte demandante no logró demostrar el desmejoramiento que dice haber**

tenido con el acto de traslado. Las razones de tipo subjetivo y personal (familiar, vinculación a otras actividades de tipo laboral como la docencia, etc.), no alcanzan a ser determinantes frente a los postulados de mejor prestación del servicio que deben guiar a la administración en sus decisiones".

(...)

3.1. **No hubo quebrantamiento de los artículos 126 y 127** del Decreto 1950 de 1973, **porque la demandante no acató la decisión administrativa contenida en un acto ejecutorio.** Bastábale entonces a la administración comprobar la existencia de alguna de las causales del artículo 126 del citado Decreto, para declarar la vacancia del cargo por abandono".

CONSIDERACIONES

1) Los actos acusados contienen básicamente los siguientes aspectos: mediante el primero, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, traslada a la actora de la ciudad de Santafé de Bogotá a la ciudad de Bucaramanga en un empleo de igual nivel jerárquico y de remuneración salarial, y por los dos actos siguientes se la declara y confirma la declaratoria de vacancia del empleo objeto del traslado en virtud de que la actora no tomó posesión de su nuevo empleo.

2) La demandante atribuye la actitud de la Administración a la persecución de la Directora de Impuestos Nacionales por oponerse al desarrollo de actos contrarios al Fisco Nacional aunque no especifica de qué índole, y por consiguiente concluye la actora que le infringieron sus derechos como funcionaria inscrita en la carrera administrativa, y se expidieron dichos actos sin el procedimiento disciplinario previo.

3) Examinado el proceso se observa que ni de las declaraciones juramentadas, ni de los documentos allegados en la etapa probatoria o con el aporte de la demanda o la contestación de ella, quedó demostrado que el traslado hubiera tenido como fundamento la retaliación o el simple hecho de impedir que la actora continuara en Bogotá por impedir actos irregulares en la Dirección de Impuestos Nacionales.

Sobre el particular conviene señalar el examen pormenorizado que la Procuradora Novena en su vista de fondo hace respecto de las declaraciones juramentadas recibidas en el proceso.

Desde luego que de dichas pruebas sí surge su reconocida capacidad y probidad en el ejercicio de sus funciones, aspectos que cabe relievar pero que por sí solos no son demostrativos de los hechos que ella expresa en la demanda.

Sobre la ausencia del desmejoramiento con ocasión del traslado, el Tribunal dijo lo siguiente:

"La actora desempeñaba en la Capital de la República igual categoría de cargo para el que fue nombrada en Bucaramanga y su inconformidad radica, y en esto

Sostiene el demandante que la resolución 2021 de 1978, no se ajusta a la realidad cuando afirma que la solicitud de despido operó antes de que los trabajadores conocieran la declaratoria de ilegalidad del paro, puesto que ello se solicitó en el acta de la apertura de la empresa (3 de marzo), y los trabajadores fueron notificados de la ilegalidad desde el 2 de marzo de 1978.

Ni la entidad demandada, ni los terceros interesados contestaron la demanda.

CONCEPTO FISCAL

Corrido el traslado para alegar la Agencia Fiscal, conceptúa que las pretensiones de la demanda deben denegarse por cuanto no se desvirtuó la persunción de legalidad del acto.

Considera que la revocatoria del que autorizó el despido de los trabajadores, se debió a vicios legales de fondo y forma, y no existe prueba en el proceso que demuestre lo contrario.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer si se ajusta a derecho la Resolución 2021 de 23 de mayo de 1978, mediante la cual se revocó la resolución 020 de 6 de marzo del mismo año, por la cual se dejó en libertad a la empresa Singer Sewing Machine para despedir a 12 trabajadores que participaron en el cese de actividades declarado ilegal el 1o. de marzo de 1978, y persistieron en él después de conocida la declaratoria de ilegalidad.

El artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que declarada la ilegalidad de la suspensión o paro de trabajadores, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él.

La intervención del Ministerio del Trabajo está encaminada a proteger los derechos de los trabajadores y debe ajustarse al siguiente procedimiento.

Al tenor del Decreto 2164 de 1959, el Ministerio del Trabajo intervendrá para evitar que una vez declarada la ilegalidad de un paro, **sean despedidos los trabajadores que intervinieron en él, por circunstancias ajenas a su voluntad o determinadas por las condiciones del paro. Pero podrán despedirse aquellos que por cualquier causa persistieren en el paro.**

Según el artículo 1o. de la resolución 1064 de 1959, modificado por el artículo 5o. de la resolución 342 de 1977, el patrono presentará al Inspector de Trabajo y Seguridad Social de su domicilio o al Jefe de la División Departamental del Trabajo, el listado de los trabajadores que considere necesario despedir **por haber participado o intervenido en la suspensión de trabajo** y no estar comprendidos en las circunstancias señaladas por el Decreto 2164 de 1959.

El artículo 6o. de la resolución 342 de 1977, señala el procedimiento de la investigación que debe adelantar el Ministerio del Trabajo y en su parte final prevé que la misma providencia conminará al patrono **para que se abstenga de despedir a los trabajadores que hayan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creada por las condiciones mismas del caso.**

Observa la Sala que las normas antes indicadas, regulan los procedimientos para despedir a los trabajadores que hayan participado en el cese de actividades, ya sea en forma activa u obligados por las circunstancias, según el caso. Pero en cuanto a la situación de trabajadores que persisten en la inactividad laboral, el Decreto 2164 de 1959 dice que podrán ser despedidos.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos del 31 de agosto y 4 de diciembre de 1986, efectuó un análisis acerca de las situaciones que se generan en relación con los trabajadores, una vez se ha declarado ilegal un paro.

Dicen estas providencias en los apartes pertinentes, con respecto a la intervención del Ministerio del Trabajo y a la aplicación de los procedimientos previstos en las resoluciones citadas, lo siguiente:

> "...Por ello la intervención del Ministerio del Trabajo, **para calificar el grado de participación** y según el mismo determinar quienes pueden ser despedidos por estar incursos dentro de lo previsto en el numeral 2o. del artículo 450 del C.S.T., es de gran importancia, pues ello supone la autorización específica para cada despido sin riesgo de generación de situaciones injustas y sin necesidad de poner en marcha los mecanismos judiciales para resolver la controversia que de allí pueda surgir...
>
> ... 4. La persistencia representa una situación diferente en la cual se presenta una inasistencia injustificada y ella por sí misma, sin importar su origen o duración, se encuadra dentro de la autorización de despido. **Ello significa que no requiere de calificación previa por el Ministerio del Trabajo"** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de octubre 31 de 1986, Magistrado Ponente: Dr. Germán Valdés).
>
> "...c) El (caso) de los trabajadores que persistan en el cese de actividades que ha sido calificado de ilegal, aunque su participación en él haya sido pasiva. **Aquí, el despido deviene justo aun sin el trámite administrativo pervisto en las disposicionse citadas en el anterior literal** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de diciembre 4 de 1986).

Cree la Sala que, en efecto, la intervención del Ministerio se requiere sólo a fin de establecer en qué medida y de qué manera cada trabajador ha participado en el cese de actividades, pero tal investigación no es necesaria cuando se trata de trabajadores que persisten en el paro.

A esta conclusión llegó el Consejo de Estado en el fallo de 10 de junio de 1968, del cual fue ponente el Consejero Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez, y en él se afirmó:

> "...Desde luego que tal declaración es un acto que crea derechos al empresario, en relación con el despido de aquellos trabajadores que fueron culpables del paro y de **quienes persistieron en él. Pero, respecto de los primeros, con el objeto de proteger a quienes no sean responsables de haber suspendido la labor, continúa la intervención del Ministerio del Trabajo, por medio de sus funcionarios autorizados, para examinar la lista de los que el Empresario quiere despedir por haber participado o intervenido en la suspensión del trabajo no determinada por circunstancias ajenas a su voluntad o creadas por las condiciones mismas en que se desarrolle el paro...**" (Subrayas fuera de texto).

En el presente caso, los trabajadores retirados, lo fueron porque no se persentaron a laborar el día 3 de marzo de 1978, cuando se reabrió la Empresa, de donde se desprende que persistieron en el paro.

Según la resolución 020 de 6 de marzo de 1978, revocada por el acto acusado, la División Departamental del Trabajo comisionó a un Visitador Nacional del Trabajo para que constatara la participación de algunos trabajadores en el cese de actividades, funcionario que se desplazó el 3 de marzo de 1978 a las instalacionse de la empresa.

Como aparece en el Acta No. 058 levantada tal día, se constató que los doce trabajadores no entraron a laborar una vez declarada la ilegalidad de la huelga.

En el acta 058 (fls. 100 y 101), se lee en los apartes pertinentes lo siguiente:

> "Una vez el personal presente inició labores siendo las 8:30 a.m., el suscrito funcionario solicitó al señor Gerente de la empresa los roles, nóminas y listados de personal de la Empersa y constató que no se habían presentado ni se encontraban laborando los siguientes trabajadores:..."

Con base en lo anterior y en el artículo 2o. de la resolución 686 de 1978, mediante la cual se decretó la ilegalidad del paro, el asesor jurídico de la Empresa solicitó en la misma diligencia concepto favorable para despedir a quienes no se habían presentado, agregando que tales empleados habían participado activamente en la huelga.

Tratándose de empleados que no se incorporan al trabajo una vez declarada la ilegalidad del paro, no era necesario que previamente se adelantara investigación para establecer las razones por las cuales no regresaron a laborar; tales razones pueden ser demostradas posteriormente por cada trabajador ante su patrono o ante la Justicia Ordinaria, si fuere el caso.

El visitador del Ministerio, constató que los trabajadores no ingresaron a trabajar a las 8:30 a.m. del 3 de marzo de 1978 y no lo habían hecho a las 10:00 a.m. cuando

terminó su intervención. Parece ser que varios trabajadores se presentaron a laborar ese día en las horas de la tarde y ninguno de ellos alegó una causa que justificara su inasistencia a las labores en las horas de la mañana.

En consecuencia, considera la Sala que el acto acusado no se ajustó a derecho al revocar la resolución 020 de marzo de 1978, mediante la cual el Jefe de la División Departamental del Trabajo autorizó el despido de 12 trabajadores de la Empresa Singer Sewing Machine, ya que tal pronunciamiento no requería investigación previa, pues no se trataba de establecer si los trabajadores en mención habían participado en el paro de forma activa o pasiva, sino simplemente que no se presentaron a laborar una vez declarado ilegal el paro y reiniciada la actividad.

Vale la pena recordar que la providencia que declara la ilegalidad de una huelga al tenor del artículo 451 del C.S.T., debe cumplirse inmediatamente y contra ella sólo proceden las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado.

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

FALLA:

Declárase nula la resolución número 2021 de 23 de mayo de 1978 proferida por el Director General del Trabajo, mediante la cual revocó la Resolución 020 de 6 de marzo de 1978, proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO. UNA VEZ EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 10 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROYECTO DE ACUERDO-Requisitos/**INFORME DE LA COMISION PERMANENTE**

Ni en el artículo 109 ni en ninguna otra norma del Código de Régimen Municipal, se consagra un mecanismo supletorio de la exigencia de los informes de las Comisiones Permanentes en orden a la evacuación sin estos de los proyectos de acuerdo. Tampoco se prevé en ese estatuto que vencido el término otorgado a las comisiones para rendir esos informes, sin que lo hicieran, la Corporación edilicia pueda aprobar el proyecto de acuerdo, prescindiendo de ellos, de suerte que dicha omisión no se convierta en obstáculo para sacarlo avante. No cabe la menor duda que lo establecido inicialmente en el Acuerdo número 037 de 1986 a este respecto, desbordaba lo preceptuado en el artículo 109 del Decreto 1333 de 1986, puesto que en este no se consagran los mecanismos estipulados en sus artículos 23 y 67, los cuales a todas luces resultan ilegales, ya que es inaceptable que los concejos municipales basándose en la facultad que les otorga el artículo 72 del Código de Régimen Municipal, dicten reglamentos contrarios a las disposiciones legales que regulan el funcionamiento de esas corporaciones administrativas. La reforma del artículo 23 ibídem, guarda consonancia con los mandatos del código mencionado, puesto que para obviar la inactividad e ineficiencia de la comisión a la cual se le haya encomendado el estudio de un proyecto, se dispone la designación de otra comisión, mas no la evacuación sin este requisito de los proyectos de acuerdo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.–

Santafé de Bogotá D.C.,treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Ref.: Expediente No. 7823. Asuntos Municipales. Actor: Germán Barberi y otro.

Los ciudadanos Germán Barberi Perdomo y Alirio Orjuela, en su propio nombre, en demanda presentada el 25 de febrero de 1992, en ejercicio dela acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron la nulidad del Acuerdo número 082 de 20 de diciembre de 1991 expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, mediante el cual se estableció la escala salarial, la planta de personal y las asignaciones civiles de los empleados y obreros de esa municipalidad para la vigencia fiscal de 1992.

Al fundamentar esta petición expresan que el Alcalde de Ibagué el primer día delas sesiones ordinarias del mes de noviembre de 1991 del Concejo Municipal, presentó el proyecto del citado acuerdo, el cual pasó a la Comisión de Presupuesto de esa Corporación, que terminó su estudio el miércoles 18 de diciembre a las 12:00 m. habiéndose presentado el informe respectivo a la plenaria del Concejo ese mismo día a las 8:00 p.m.; que el Alcalde por medio del Decreto número 747 de 13 de diciembre de 1991 convocó al Concejo a sesiones extraordinarias por el término de cuatro días -del 16 al 19 de ese mes-, con el fin de estudiar, entre otros, el proyecto de acuerdo de escalas salariales, planta de personal y asignaciones civiles; que la mesa directiva de esa corporación en esa época la conformaban los señores Germán Barberi Perdomo como Presidente, Javier Humberto Arbeláez, Primer Vicepresidente y Alirio Orjuela Quijano, Segundo Vicepresidente y como Secretario se desempeñaba el señor Guillermo Carvajal Bocanegra; que para el 17 de diciembre fue convocado a sesión en legal forma el Concejo; que según consta en el acta número 045 de esa fecha a las 8.50 p.m. se llamó a lista, informándose por parte de la secretaría que había *quorum* deliberatorio pero no decisorio, el que no se logró completar, no obstante los varios recesos de la sesión decretados y que siendo las 9.40 p.m., el presidente del Concejo, quien había ingresado al recinto después del último receso decretado por el Vicepresidente y como quiera que no existía *quorum* decisorio y no había tema para deliberar, declaró legal y reglamentariamente levantada la sesión y convocó para el día siguiente miércolse 18 de diciembre de 1991 a la Comisión de Presupuesto para las 11.00 a.m. y a sesión plenaria del Concejo para las 8.00 p.m.

No obstante haberse levantado la sesión y no pudiendo continuarla o reiniciarla, según voces del artículo 40 del Reglamento Interno del Concejo de Ibagué, contenido en el Acuerdo número 037 de 10 de julio de 1986, informan los libelistas, un grupo de concejales, sin *quorum* para tomar decisiones lo que hacía inapelable la decisión de la presidencia de levantar la sesión, continuó en el recinto deliberando y al filo de las 11.00 p.m. del día 17, al parecer completaron el *quorum* con varios concejales suplentes, procediendo a tomar decisiones y a aprobar en forma irregular e irreglamentaria varios

proyectos de acuerdos, entre ellos el demandado, al que se le dio el segundo debate sin informe de la Comisión de Presupuesto, informe con el que era menester contar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Régimen Municipal y en el artículo 1-b del Acuerdo número 078 de 1989, pues dicha comisión sólo había estudiado una parte del proyecto relativo a la administración central, pero no había tomado ninguna definición en lo relacionado con los institutos descentralizados y la Contraloría Municipal. No contentos con lo anterior, los concejales asistentes convocaron para segundo debate de ese proyecto para los primeros minutos del día 18 de diciembre, a pesar de que la Presidencia lo había hecho para ese mismo día a las 8.00 p.m.; dicha reunión se efectuó en las primeras horas de ese día y se procedió a darle tercer debate, al aludido proyecto.

Tanto la Comisión de Presupuesto como el cabildo atendiendo la convocatoria que les hizo la presidencia de la Corporación, sesionaron el miércoles a las 12.00 p.m. y a las 8.00 p.m. respectivamente, reunión esta última en que contó con la asistencia del Secretario de Hacienda en representación del Alcalde de Ibagué y en la que se aprobó el proyecto de acuerdo sobre escalas salariales, planta de personal y asignaciones civiles, el que fue enviado para aprobación del burgomaestre quien lo objetó, hallándose dichas objeciones para estudio de la plenaria del Concejo en las sesionse del mes de febrero de 1992.

Sin embargo, advierten los demandantes, que el proyecto de acuerdo aprobado en forma ilegal e irreglamentaria, sí contó con la sanción del alcalde, por lo que a pesar de las graves anomalías en su tramitación, goza de la presunción de legalidad mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción contencioso administrativa.

Igualmente acotan que el acuerdo enjuiciado no está firmado por el Presidente ni por el Secretario del Concejo, como lo dispone el literal d) del artículo 10 del Acuerdo número 037 de 1986, sino por el presidente de la sesión, figura inexistente en la legislación municipal y por un secretario *ad-hoc;* carece de los sellos de esos despachos; está fechado en 1992 cuando se dice fue aprobado el 18 de diciembre y sancionado dos días después, señalando que si bien su vigencia se iniciaba el 1o. de enero de 1992, lo cierto es que la fecha del acto administrativo es requisito sustancial para su validez. En dicho acto señalan, no aparece la fecha de aprobación del acuerdo en el tercer y último debates.

Los accionantes censuran también el acuerdo enjuiciado porque suprime una serie de cargos de la administración central del municipio, sustituye y crea otros sin que se le fijen funciones, atribución que compete al Concejo según voces del artículo 313 de la Carta Política, por lo que se transgrede también el artículo 122 de la misma; porque cambia la denominación o nomenclatura de otros empleos agregándoles simplemente el título de determinada profesión, como abogado, contador, economista, etc., sin consagrar esta exigencia en una disposición normativa; porque incurre en una incongruencia al cambiarle la denominación al cargo de auditor interno del Concejo ante

la Contraloría, por la de Auditor Interno Contador, sin tener en cuenta que el Contador es fiscalizado y el Auditor es fiscalizador, no pudiéndose reunir en una sola persona las dos funciones.

Por proveído fechado el 9 de marzo de 1992, fue admitida la demanda y decretada la suspensión provisional del Acuerdo número 082 de 1991, por cuanto se estimó que levantada legalmente la sesión del Concejo Municipal de Ibagué, celebrada el 17 de diciembre de dicho año porque no había *quorum* decisorio y si dicha sesión no podía reanudarse por expresa prohibición del artículo 40 del Reglamento de Régimen Interno -Acuerdo 037 de 1986-, no pudo dársele al proyecto de acuerdo un segundo debate ese día, y como en los términos del artículo 108 del Decreto 1333 de 1986, reproducido en el artículo 56 del Acuerdo 037, para que un proyecto sea acuerdo debe aprobarse en tres debates celebrados en tres días distintos, para el 18 de diciembre, fecha en que el Acuerdo número 082 fue discutido, no pudo haberse dado el tercer debate, por la elemental razón de que no se había evacuado el segundo. Analiza el Tribunal las distintas pruebas que sirven de fundamento a sus conclusiones y finaliza acotando que la sola confrontación del acto acusado y el artículo 108 del Decreto Ley 1333 de 1986 y los documentos públicos allegados al proceso, evidencia el desacato de lo dispuesto en esa norma.

Esta Corporación en auto calendado el 6 de octubre de 1992, confirmó la suspensión provisional del Acuerdo número 082 de 1991, ya que según los documentos públicos anexados con la demanda, en su dictación existió una manifiesta infracción de las normas superiores reseñadas en el libelo, como son el artículo 40 del acuerdo número 037 de 1986 o Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal de Ibagué y el artículo 108 del Código de Régimen Municipal (folios 251 a 260 cdno. No. 2).

LA SENTENCIA

En esta se declaró la nulidad del acto acusado, para lo cual, luego de relatar que el proyecto que le dio origen, fue presentado a consideración del Concejo Municipal de Ibagué en la sesión celebrada el 1o. de noviembre de 1991, en la que se dispuso pasarlo a la Comisión de Presupuesto para estudio e informe en segundo debate y lo que aconteció en la sesión de esa Corporación celebrada el 17 de diciembre de 1991 en lo que respecta al levantamiento de la sesión por falta de *quorum* decisorio, dispuesto por el presidente del Concejo; que el proyecto fue aprobado tanto en segundo debate esa misma noche por parte de un grupo de ediles que irregularmente reanudó la sesión y en tercer debate, sin informe de la Comisión de Presupuesto, en la sesión del Concejo celebrada en las primeras horas del día 18 de diciembre de 1991, para la cual los mismos participantes habían convocado momentos antes, en la reunión del día 17, y que el proyecto fue sancionado por el Alcalde de Ibagué, el Tribunal de conocimiento percisó que con esta actitud se transgredió lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento Interno del Concejo, dictado con base en el artículo 72 del decreto 1333 de 1986 que dispone que no puede reanudarse una sesión que hubiere sido legal y reglamentariamente

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

levantada, como lo fue la celebrada en la noche del 17 de diciembre de 1991, y que por tanto las decisiones adoptadas con posterioridad a ese levantamiento son nulas y que también se infringió lo preceptuado en los artículos 108 y 109 *ejusdem* porque el proyecto, en virtud de las condiciones relatadas, no sufrió los tres debates y porque no se contó con los informes de la Comisión de Presupuesto para el segundo y tercero, como lo estatuyen dichas disposiciones.

EL RECURSO

Como en el fallo se alude a que no es atendible la censura del municipio de Ibagué, formulada al contestar la demanda, puesto que el Concejal Barberi Perdomo fue elegido como Presidente del Concejo de esa municipalidad en la sesión del 29 de noviembre de 1991 y esa decisión no puede ser materia de discusión porque no está sometida a debate procesal alguno, el apoderado de la parte demandada insiste en sostener que como el señor Barberi Perdomo en tal calidad intervino en la elaboración de la prueba documental allegada al proceso y a la vez constituye la parte impugnadora del acuerdo, dichas pruebas adolecerán de la tacha de ser sospechosas.

Resalta igualmente el recurrente que los demandantes guardaron silencio sobre lo que realmente aconteció en el recinto de las sesiones del Concejo, y que el hecho de que en ambas actas se dejó constancia del levantamiento de la sesión por el Concejal Barberi, "no invalida lo aprobado en la sesión presidida por el primer Vicepresidente y no es violatoria del artículo 40 del Acuerdo 37 de 1986 porque la sesión que aparentemente levantó el concejal Barberi, no fue la que continuaron los otros concejales ya que este se inició sin la presencia del concejal Barberi Perdomo, además debe tenerse en cuenta que en la sesión presidida por el primer Vicepresidente estaba la mayoría de los concejales y formaron *quorum* decisorio y por lo tanto no se presenta la violación del artículo 41 del Acuerdo 37 de 1986" (folio 276).

Agrega que el Vicepresidente del Concejo presidió la sesión del 17 de diciembre de 1991, por falta del titular que no compareció en la hora citada, puesto que en tales circunstancias en términos del artículo 32 del Reglamento de Concejo, le correspondía hacerlo y que el proyecto de acuerdo recibió los tres debates, según lo hizo constar el Secretario *Ad-hoc,* afirmación que debe ser tenida en cuenta porque está contenida en un documento público amparado por la presunción de legalidad.

Por todo ello, pide que se revoque la sentencia y se mantenga el acto enjuiciado.

Por su parte el ciudadano José Darío Ramírez, que como coadyuvante también apeló la sentencia, manifiesta que el Tribunal no examinó las condiciones de validez de las Actas números 045 y 046 (sic) y concedió eficacia a las firmadas por el doctor Germán Barberi Perdomo, sobre la base de que el Presidente del Concejo en cualquier momento puede asumir sus funciones, según el reglamento interno del Concejo, pero no tuvo en cuenta los presupuestos fácticos de los que deriva la validez o invalidez de las determinaciones adoptadas en el momento de la asunción de la presidencia por el

titular del cargo, pues no percibió que según el reglamento, en ausencia del presidente, el vicepresidente preside las reuniones del concejo y que cuando el doctor Barberi Perdomo a las 9.25 irrumpió al recinto, según se aprecia en el Acta 046 (sic) transcurría un receso de la sesión de 30 minutos que terminaba a las 9.48 p.m. y si el doctor Barberi ingresó al salón a las 9.30 p.m., ello quiere decir que faltaban 10 minutos para terminar el receso y no obstante dispuso reanudar la sesión, desconociendo la orden de receso tomada por el Concejo en pleno, con violación del artículo 42 de dicho reglamento, de ahí que al llamar a lista algunos ediles se hallaban fuera del recinto esperando que culminara el receso; por lo tanto, la clausura de la sesión en el momento en que lo hizo el doctor Barberi Perdomo es ilegal, porque no puede decirse que hay reunión cuando se está en receso. De ahí que la reanudación de la reunión efectuada por el vicepresidente se ajusta a derecho.

En estas condiciones, dice el coadyuvante, la clausura de la reunión contenida en el Acta número 045 no tiene validez, en tanto que la reanudación efectuada por el vicepresidente sí la tiene.

De otra parte agrega, que conforme a lo estatuido en el artículo 67 del reglamento del Concejo, la presentación del informe de la respectiva comisión del Concejo no es necesaria, ya que cuando esto no ocurre, basta que se haya vencido el término de presentación, para que con base en la copia del proyecto de acuerdo que reposa en la secretaría, se dé el segundo debate, tal como ocurrió en el *sub-lite.*

Los ciudadanos Wilson Leal Echeverry y Julio César Montañez Roa, que también coadyuvan el recurso de apelación, en su alegato, además de referirse a la ineficacia como prueba, del Acta número 045 por estar suscrita por el señor Barberi Perdomo, quien a través de ella pretende probar los hechos en que fundamenta la demanda y porque en ella se hacen constar hechos que no ocurrieron en su presencia y en los cuales no participó y de recalcar, en cambio la validez del acta número 046 (sic) suscrita por el vicepresidente quien por ausencia del titular actuó como presidente de la sesión celebrada el 17 de diciembre de 1991 y por un secretario *ad-hoc,* señalan que la clausura de la sesión efectuada por el señor Barberi Perdomo fue ilegal ya que se cumplió durante un receso de 40 minutos, cuando aún faltaban 23 minutos para reanudarla; por tanto, señalan, tal clausura carece de validez jurídica y no puede admitirse que se hizo en forma legal y reglamentaria y que por eso dicha decisión no era susceptible del recurso de apelación; no debe atribuirsele mérito probatorio al documento en que dos ausentes relatan hechos que no les constan, concluyen los coadyuvantes.

Por último recalcan, que no se quebrantó el artículo 108 del Decreto 1333 de 1986, porque el argumento acerca de la no ocurrencia de los debates segundo y tercero del proyecto, está condicionado a la prosperidad del relacionado con el levantamiento de la sesión del 17 de diciembre por falta de *quorum* reglamentario y si tal levantamiento es ajeno a la legalidad y a la cabal aplicación del reglamento, queda sin piso la censura por falta de algún debate y que no se puede hablar de que no se contó con el informe

de las comisiones, porque el artículo 23 del reglamento interno del Concejo, permite realizar dichos debates si las comisiones no los rinden dentro del término previsto en la ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Quinta conceptúa en forma favorable a la confirmación del fallo, toda vez que estima que el acuerdo impugnado no se ajustó en su expedición a la preceptiva jurídica que gobierna la materia, por estas razones:

> "1o.- No fue objeto de los tres debates que conforme a las voces del artículo 108 del Decreto Ley 1333 de 1986, en concordancia con el artículo 56 del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Ibagué, debe cumplir todo proyecto para que sea acuerdo.
>
> 2o.- Las comisiones permanentes no rindieron informes para segundo y tercer debate del proyecto de acuerdo demandado, a tono con lo ordenado en el artículo 109 del citado Código de Régimen Municipal.
>
> 3o. La sesión del día 17 de diciembre de 1991 (fecha en que fue discutido supuestamente y aprobado el proyecto del acuerdo en segundo y tercer debate), según Acta 045 de tal fecha (folios 69 y 177 del cuaderno principal), fue levantada por el Presidente del Concejo, y, por tanto, mal pudo habérsele dado debate ese día, en razón de que "No podrá reanudarse una sesión que hubiere sido levantada legal y reglamentariamente", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Acuerdo número 37 de 1986" (folio 306).

Rituada la instancia, se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES

El acto acusado es el Acuerdo número 082 de 1991 del Concejo Municipal de Ibagué, por el cual se establecieron la escala salarial, la planta de personal y las asignaciones civiles de los empleados y obreros de ese municipio para la vigencia de 1992, cuya nulidad se decretó en virtud de que la sesión del 17 de diciembre de 1991 del Concejo en que se daría el segundo debate del proyecto que se convirtió en el acuerdo impugnado, fue levantada por el Presidente de esa Corporación; de suerte que la reanudación de la misma por el vicepresidente quien inicialmente por ausencia del titular la había presidido fue ilegal, como injurídico es lo decidido en ella. Igualmente el Tribunal expuso como apoyo de su determinación la no ocurrencia de los tres debates del proyecto requerido por el artículo 108 del Decreto 1333 de 1986 para que un proyecto sea acuerdo, añadiendo que si aún se considerasen válidas las sesiones del Concejo realizadas el 17 y 18 de diciembre de 1991, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 109 ibídem, porque no se contó con los informes de las comisiones para segundo y tercer debates.

Como quiera que al exponer los fundamentos fácticos y jurídicos en que apoya la determinación de anular el acuerdo demandado, el Tribunal hace la salvedad a que se hizo referencia, es decir advirtió que a pesar de que se aceptara que la reanudación de la sesión del Concejo celebrada el 17 de diciembre de 1991, es válida y que también lo es la citación del Concejo para sesionar el día siguiente, 18 de diciembre, así como lo que en esta reunión se decidió, se tendría que la aprobación del acuerdo número 082 es contraria a lo dispuesto en el artículo 109 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto no se contó con el informe de la Comisión de Presupuesto para el segundo y tercer debates, la Sala analizará en primer término si esta aseveración se ajusta o no a derecho.

Sobre el particular, cabe anotar que la norma señalada como infringida, es del siguiente tenor:

> "Artículo 109.- **Los concejos integrarán comisiones permanentes encargadas de rendir informe para segundo y tercer debates a los proyectos de acuerdo,** según los asuntos o negocios de que estas conozcan y el contenido del proyecto. Si dichas comisiones no se hubieren creado o integrado, los informes se rendirán por las comisiones *ad-hoc* que la presidencia nombre para el efecto.
>
> Todo concejal deberá hacer parte de una comisión y en ningún caso podrá pertenecer a más de dos comisiones permanentes."

En ella ni en el art. 109, ni en ninguna otra norma del Código de Régimen Municipal, se consagra un mecanismo supletorio de la exigencia de los informes de las Comisiones Permanentes en orden a la evacuación sin estos de los proyectos de acuerdo. Tampoco se prevé en ese estatuto que vencido el término otorgado a las comisiones para rendir esos informes, sin que lo hicieran, la Corporación edilicia pueda aprobar el proyecto de acuerdo prescindiendo de ellos, de suerte que dicha omisión no se convierta en obstáculo para sacarlo avante.

Son los coadyuvantes quienes aducen que de conformidad con lo previsto en el artículo 67 del Reglamento Interno del Concejo de Ibagué, como en el *sub-lite* se dieron las circunstancias allí previstas, no se requerían los informes de la comisión de presupuesto para someter a segundo y tercer debates el proyecto del acuerdo número 082.

Lo primero que observa la Sala es que la entidad demandada en el memorial mediante el cual contestó la demanda, no adujo en su defensa este argumento. Al refutar la impugnación del acto acusado por no contar con los aludidos informes, hace referencia exclusivamente al artículo 23 del mencionado reglamento.

De las pruebas aportadas a los autos se desprende que en el Acuerdo número 037 de 1986, sobre Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal de Ibagué se incluyeron dos disposiciones armónicas en su contenido, el artículo 23 y el 67, con el siguiente tenor literal:

"Artículo 23.- Si vencido el plazo o la prórroga para rendir informe de segundo debate a un Proyecto de Acuerdo, la Comisión no lo hubiere rendido o no existiere informe de minoría, la Presidencia incluirá en el Orden del Día el Proyecto para segundo debate, el cual se fundamentará en la copia que debe reposar en la Secretaría..

Artículo 67.- Leído el Informe o los Informes, si los hubiere, el Presidente los someterá a la consideración del Concejo. Pero si no hubiere informes, vencido el plazo o la prórroga para rendirlos, el Presidente ordenará simplemente que se dé segundo debate al Proyecto, con fundamento en la copia que debe reposar en la Secretaría".

Estas normas, en las circunstancias allí previstas, permitían prescindir de los informes de las comisiones pertinentes para dar a los proyectos de acuerdo el segundo y tercer debates.

No obstante, tales disposiciones fueron modificadas mediante el Acuerdo número 078 de 22 de septiembre de 1989, que en su artículo 7o. estatuyó:

"Artículo 7o. El artículo 23 del Acuerdo 037 de 1986, queda así:

"Todo proyecto de Acuerdo que se encuentre para estudio en alguna de las Comisiones, deberá enviarse a la consideración del Cabildo en pleno, con su respectivo informe, para que le sea dado segundo debate, y si es necesario hacer alguna reforma al Informe para presentarlo tanto a segundo como a tercer debate, este tendrá prioridad de estudio en la Comisión.

Parágrafo 1o.- Los informes de las Comisiones se rendirán por escrito y serán firmados por quienes participen en su discusión, siempre y cuando se constituya el *quorum* reglamentario.

Cuando alguno fuere de opinión diferente, podrá presentar Informe separado y firmado que deberá ser sometido a la plenaria del Concejo. Todo Informe terminará con una Proposición.

El Presidente devolverá para que sea repuesto, todo Informe que no llenare estas condiciones.

Parágrafo 2o.- Las Comisiones a las que pasen los Proyectos de Acuerdo, no podrán hacer borraduras ni enmendaturas con las modificaciones o adiciones que se propusieren; estas serán presentadas en pliego separado con referencia, por artículos, al Proyecto original.

Parágrafo 3o.- Vencido el término que se haya señalado a una Comisión para que rinda Informe y no lo hubiere rendido, sin que haya habido prórroga, el Presidente por sí o a petición de cualquiera de los Concejales, podrá requerir a la Comisión para que lo rinda en la siguiente sesión, y si a pesar del requerimiento no lo hiciere, el Presidente procederá a nombrar otra Comisión" (folio 75 cdno. 2).

Aunque en el Acuerdo número 078 no se dispuso la modificación del artículo 67 del Acuerdo número 037 de 1986, es incuestionable que la modificación del artículo 23 implicó la de aquel, por ser armónicas sus disposiciones en lo atinente a los mecanismos a aplicar cuando las comisiones de los concejos no rindan los informes para segundo y tercer debates de los proyectos de acuerdo y si el concejo mismo dictó nuevas reglas sobre el particular, necesariamente ha de entenderse que las anteriormente existentes perdieron su vigencia.

De otra parte, no cabe la menor duda que lo establecido inicialmente en el Acuerdo número 037 de 1986 a este respecto, desbordaba lo preceptuado en el artículo 109 del Decreto 1333 de 1986, puesto que en este no se consagran los mecanismos estipulados en sus artículos 23 y 67, los cuales a todas luces resultan ilegales, ya que es inaceptable que los concejos municipales basándose en la facultad que les otorga el artículo 72 del Código de Régimen Municipal, dicten reglamentos contrarios a las disposiciones legales que regulan el funcionamiento de esas corporaciones administrativas.

Para la Sala la reforma del artículo 23 *ibídem,* guarda consonancia con los mandatos del código mencionado, puesto que para obviar la inactividad e ineficiencia de la comisión a la cual se le haya encomendado el estudio de un proyecto, se dispone la designación de otra comisión, mas no la evacuación sin este requisito de los proyectos de acuerdo.

Así las cosas y dejando de lado la legitimidad de las sesiones del concejo celebradas el 17 y el 18 de diciembre de 1991, esto es, admitiendo en gracia de la contención, que la reanudación de la efectuada el 17, la convocación de la del 18 y su celebración sean válidas, se tiene que el Acuerdo número 082 de 1991 es anulable en virtud de que en su formación no se cumplieron los requisitos legales establecidos en el artículo 109 del Código de Régimen Municipal. Consiguientemente, la sentencia que dispuso su infirmación, amerita ser confirmada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 28 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso promovido por Germán Barberi Perdomo y otro, a fin de obtener la nulidad del Acuerdo número 082 de 1991 del Concejo Municipal de Ibagué.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de octubre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

La potestad que tiene el Presidente de la República para desarrollar esta temática, se caracteriza porque no se agota con su ejercicio inicial y porque, en términos generales, es potestativo de su titular definir cuáles son y con qué detalles, las normas de la ley se requieren reglamentación o desarrollo. Los límites de esta facultad o potestad los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado, porque si los ordenamientos expedidos por el congreso, suministran todas las nociones indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar, y por lo tanto no habría oportunidad de ejercitarla.

EMPLEADO DEL CONGRESO-Régimen Prestacional/**PLAN DE RETIRO COMPENSADO/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Facultades/**POTESTAD REGLAMENTARIA**

Lo que el Presidente hizo al expedir los Decretos 1076 y 1330 de 1992, fue desarrollar la Ley Marco, que señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar aquél para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, como también para dictar otras disposiciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Nacional. Conforme a la facultad otorgada por el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional debía establecer por una sola vez el plan de retiro compensado

de los empleados del Congreso Nacional, queriendo significar lo anterior que lo que debía establecerse por una sola vez era el "plan de retiro compensado", pero quedando facultado el Ejecutivo para definir cuáles aspectos requerían desarrollo o reglamentación, sin que fuera menester realizarlo con la expedición de un solo decreto, como para que se pueda aducir que en esa forma se agotó la facultad respectiva. Tampoco se avizora en los decretos mencionados, el manejo de una temática diferente al plan de retiro compensado de los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, puesto que lo único que hizo el Ejecutivo al expedir el Decreto 1330 de 1992 fue llenar los vacíos o inconsistencias existentes en el Decreto 1076 del mismo año, y señalar algunas excepciones para la aplicación del plan de retiro compensado, advirtiendo a qué empleados no se aplicaría; empero, con tales excepciones no se creó un plan de retiro compensado diferente porque lo único que se hizo fue restringir su campo de aplicación. En lo que tiene que ver con los artículos 3o. y 5o. impugnados, dirá la Sala que se limitaron, el primero de ellos a señalar las bases para la liquidación de las indemnizaciones a que hubiere lugar, y el segundo a establecer el término dentro del cual se pagarían por parte del Congreso Nacional esos rubros. Fluye de lo anterior que con la expedición del Decreto 1330 de 1992 no se vulneró el ordenamiento jurídico, y mucho menos se creó un nuevo plan de retiro compensado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.– Santafé de Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Exp. No. 7392.- Decretos del Gobierno. Actor: Raúl de J. Villegas Gutiérrez.-

Procede la Sala a decidir la demanda que en acción de nulidad interpuso el ciudadano Raúl de J. Villegas Gutiérrez, contra los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto 1330 de 11 de agosto de 1992, expedido por el Presidente de la República con las firmas del Ministro de hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

LA DEMANDA

En el escrito correspondiente al libelo demandatorio que corre a folios 2 a 6, se pidió la nulidad de los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto No. 1330 de 11 de agosto de 1992, expedido por el Presidente de la República con las firmas del Ministro de Hacienda y del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Como hechos que fundamentan la anterior pretensión se dice que el Gobierno Nacional, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189 numeral 11 de la actual Constitución Política, expidió el Decreto No. 1076 de junio 26 de 1992, reglamentando de esta manera el artículo 18 de la Ley 4a. de mayo 18 de 1992.

Que en el citado decreto el Gobierno Nacional propuso dos formas de retiro compensado al personal del Congreso Nacional que se acogiera al mismo en forma voluntaria y espontánea. Este plan de retiro compensado estableció, en primer lugar, un trato preferencial para los efectos de jubilación, y en tratándose de la indemnización se tendría en cuenta lo devengado por el empleado por concepto de salarios, primas y bonificaciones hasta el 19 de julio de 1994, sin tener en cuenta el tiempo que dicho empleado llevara al servicio del Congreso. Por esta razón, los dignatarios de las mesas directivas anteriores, en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto 1076, procedieron a expedir los correspondientes actos administrativos a través de resoluciones, por medio de las cuales se reconocieron y ordenaron pagar las indemnizaciones.

Con el cambio de mesas directivas en el Congreso de la República se expidió la Resolución No. 588, y por medio de ella se suspendió *"per se"* el pago de algunas indemnizaciones; esta situación creó un ambiente adverso al Decreto 1076 y el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1330 pretextando precisar algunos aspectos del Decreto 1076, sin tener ya facultades para ello, pues con la expedición del primero de los decretos mencionados agotó las facultades que le otorgaba el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público -por intermedio de apoderado-, dio contestación a la demanda incoada (fls. 20-26), solicitando no se acceda a la nulidad planteada porque los artículos 1o., 3o. y 5o. del Decreto 1330 de 1992 se ajustan a la ley. Fundamentó esta solicitud en que la facultad reglamentaria del Presidente de la República para los efectos del artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, no se encuentra limitada a un número de actos sino al cumplimiento de un objetivo.

Además, porque las resoluciones contrarias a la reglamentación y al espíritu de la ley no pueden causar derechos en cabeza de quienes se encuentren beneficiados por ellas. Tampoco considera que se dé la violación de la Constitución Política, porque el Congreso de la República ejerció la competencia a él atribuida al expedir la Ley 4a. de 1992 correspondiéndole al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos conforme a las normas generales allí establecidas.

NORMAS VIOLADAS

Se afirma que el acto acusado violó la siguiente normatividad:

Artículo 150, numeral 19, literal e), de la actual Constitución Nacional. Los artículos 2o., literales a) y d), 10 y 18 de la Ley 4a. de 1992.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, en la vista reglamentaria que corre de folios 56 a 67, precisa en primer término el alcance y sentido de la expresión contenida en el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, expedida con fundamento en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, en el sentido de que lo que debe establecerse por "una sola vez" es el plan de retiro compensado, sin perjuicio de que para cumplir tal finalidad el Gobierno Nacional tenga que regular a través de más de un decreto reglamentario de la correspondiente Ley Cuadro la materia, pero siempre entendiendo que tales ordenamientos expedidos por el Gobierno deben hacer alusión a un único proyecto. A su entender, por el hecho de haber proferido el Decreto 1076 no se agotó la facultad "reglamentaria", en razón de que la autorización recibida es de aquellas que permite al Ejecutivo, en orden a lograr un mejor cumplimiento de la ley, subsanar las deficiencias que advierta en el ejercicio de la potestad mentada. Por las razones en comento, la Delegada considera que no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala pasa a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En el libelo demandatorio sostiene la parte actora que al disponer el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, que el Gobierno establecería por una sola vez el plan de retiro compensado de los empleados del Congreso de la República, se agotó la facultad reglamentaria con la expedición del Decreto No. 1076 de 1992, porque no le es dable al Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, hacerlo una y otra vez sobre un mismo asunto de la ley que reglamenta.

Con el fin de resolver el problema planteado considera conveniente la Sala establecer cuáles fueron las pautas que tuvo el Legislador para la expedición de la Ley 4a. de 1992, y así se encuentra que en la ponencia para primer debate al proyecto de Ley No. 32 de 1991 (Anales del Congreso, No. 28) de fecha 25 de febrero de 1992, se dijo que el personal al servicio de los organismos del Estado de nivel nacional, teóricamente estaban sujetos a un solo régimen, pero a través de los años se establecieron numerosos estatutos especiales, lo cual se suponía que sería la excepción; sin embargo, hoy existen tantas excepciones que terminaron cobijando a la mayor parte del personal; por esta razón el Gobierno consideró que esa gran cantidad de casos diferentes afectaban el control que debe tenerse sobre los gastos por servicios personales en el Presupuesto Nacional, porque le impiden determinar los costos y tamaños de las nóminas, los niveles salariales y las prestaciones sociales. Esta es la explicación para las disposiciones incluidas en el proyecto, que le permitirían en el futuro obtener la uniformidad en el régimen salarial y prestacional del sector público.

Con esa filosofía se expidió entonces la Ley 4a. de 1992 mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficialse y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

El artículo 18 de la ley en comento determina que el Gobierno Nacional establecerá por una sola vez el plan de retiro compensado de los empleados del Congreso Nacional.

El artículo 150 de la Carta Fundamental, numeral 19, literal e) dispone:

> "Art. 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...
>
> 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:...
>
> e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.
>
> f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales."

En uso de dicha facultad se expidió el Decreto No. 1076 de junio 26 de 1992, por el cual se dictan normas sobre el retiro compensado de los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.

De conformidad con el artículo 1o., *ibídem,* el plan de retiro compensado se aplicaría al personal administrativo nombrado por las mesas directivas, el personal elegido por los miembros del Congreso cuyos cargos figuraban en las plantas de personal establecidas en las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983, a los exempleados desvinculados en el período del Congreso en curso que debieran ser reintegrados por mandato judicial o conciliación administrativa.

> En el Parágrafo se dijo que "El presente decreto no se aplica a los asistentes de los Congresistas."

A su vez, los artículos 7o. y 8o. determinaron los conceptos que se debían cancelar a quienes fueran retirados del cargo así:

> "Artículo 7o.- Los empleados públicos quienes en desarrollo del presente Decreto sean retirados del cargo, tendrán derecho a la asignación básica, primas de navidad, antigüedad, técnica, servicios, bonificación por servicios y a las bonificaciones de quinquenio y vacacionales que venían devengando, lo cual será liquidado de conformidad con los artículos 6o., 7o., 8o., y 9o. de la Ley 52 de 1978.

Leyes 55 de 1987 y 77 de 1988 hasta el 19 de julio de 1994, tales factores determinarán la indemnización, en ningún caso se computarán los viáticos y las horas extras.

Artículo 8o.- Esta indemnización es incompatible con las pensiones. Bajo ninguna circunstancia un empleado público al servicio del Congreso podrá disfrutar de pensión de jubilación y al mismo tiempo recibir indemnización.

Si se paga una indemnización y posteriormente se reclama y obtiene una pensión, el monto cubierto por la indemnización más intereses liquidados a la tasa de interés corriente bancario, se descontará periódicamente de la pensión en el menor número de mesadas legalmente posible."

Con fecha 11 de agosto de 1992 el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, expidió el Decreto No. 1330 de 1992, por el cual se dictaron algunas disposiciones relacionadas con el plan de retiro compensado, adoptado mediante Decreto 1076 de 1992.

Los artículos 1o., 3o., y 5o., acusados en este proceso, preceptúan:

"Artículo 1o.- El Decreto 1076 de 1992 no se aplica a los empleados del Congreso de la República vinculados a esa Corporación después del 1o. de diciembre de 1991, a los empleados de libre nombramiento y remoción, cualquiera que sea la fecha de su vinculación, ni a los empleados cuyo período venció el 19 de julio de 1992.

"Artículo 3o.- Las indemnizaciones de que trata el Título III del Decreto 1076 de 1992, se liquidarán con base en el promedio de la remuneración mensual a que tenía derecho el empleado público al servicio del Congreso el 1o. de diciembre de 1991 y el 26 de junio de 1992.

Para los efectos del presente artículo, se tendrá en cuenta únicamente la remuneración recibida por nombramiento en propiedad y no se considerarán las remuneraciones recibidas por ascensos realizados después del 26 de junio de 1992.

No se incluirán en la remuneración básica mensual, para los efectos de que trata este artículo, los viáticos, primas u otros emolumentos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7o. del Decreto 1076 de 1992.

Artículo 5o.- El pago de la indemnización la podrá efectuar el Congreso Nacional dentro de los dos meses siguientes a la fecha de finalización de cada una de las etapas indicadas en el artículo 12 del Decreto 1076 de 1992, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestales existentes, mediante cheque a favor del beneficiario."

Debe recalcarse que el Decreto No. 1330 de 1992 fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992.

La potestad que tiene el Presidente de la República, en consecuencia, para desarrollar esa temática, se caracteriza porque no se agota con su ejercicio inicial y porque, en términos generales, es potestativo de su titular definir cuáles son y con qué detalles, las normas de la ley que requieren reglamentación o desarrollo.

Los límites de esta facultad o potestad los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado, porque si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todas las nociones indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar, y por lo tanto no habría oportunidad de ejercitarla.

En ese orden de ideas, se tiene que lo que el Presidente hizo al expedir los Decretos 1076 y 1330 de 1992, fue desarrollar la Ley Marco, que señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar aquél para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, como también para dictar otras disposiciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Nacional.

Conforme a la facultad otorgada por el artículo 18 de la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional debía establecer por una sola vez el plan de retiro compensado de los empleados del Congreso Nacional, queriendo significar lo anterior que lo que debía establecerse por una sola vez era el "plan de retiro compensado", pero quedando facultado el Ejecutivo para definir cuáles aspectos requerían desarrollo o reglamentación, sin que fuera menester realizarlo con la expedición de un solo decreto, como para que se pueda aducir que en esa forma se agotó la facultad respectiva.

Tampoco se avizora en los Decretos mencionados el manejo de una temática diferente al plan de retiro compensado de los empleados públicos al servicio del Congreso Nacional, puesto que lo único que hizo el Ejecutivo al expedir el Decreto 1330 de 1992 fue llenar los vacíos o inconsistencias existentes en el Decreto 1076 del mismo año, y señalar algunas excepciones para la aplicación del plan de retiro compensado, advirtiendo a qué empleados no se aplicaría; empero, con tales excepciones no se creó un plan de retiro compensado diferente porque lo único que se hizo fue restringir su campo de aplicación.

En lo que tiene que ver con los artículos 3o. y 5o. impugnados, dirá la Sala que se limitaron, el primero de ellos a señalar las bases para la liquidación de las indemnizaciones a que hubiere lugar, y el segundo a establecer el término dentro del cual se pagarían por parte del Congreso Nacional esos rubros. Fluye de lo anterior que con la expedición del Decreto 1330 de 1992 no se vulneró el ordenamiento jurídico, y mucho menos se creó un nuevo plan de retiro compensado, razón por la cual no tienen prosperidad las pretensiones del libelo de demanda.

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

FALLA:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 4 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades/**INSPECCION Y VIGILANCIA**-Modalidades/**TOMA DE POSESION DE EMPRESA/SOCIEDAD EN LIQUIDACION/SUPERINTENDENTE BANCARIO**-Nominador/**AGENTE ESPECIAL/AUDITOR EXTERNO/AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION/ EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/HONORARIOS**

El Superintendente puede, por medio de un acta, extendida bajo su firma y con sello oficial, nombrar uno o más superintendentes delegados como agentes para asistir en la liquidación de los negocios de cualquier establecimiento bancario de que haya tomado posesión. También podrá el superintendente emplear los expertos, auxiliares y consejeros que considere necesarios para la liquidación del establecimiento intervenido. El superintendente pagará de los fondos que tenga en mano pertenecientes a tales establecimientos todos los gastos de liquidación. Podrá de la misma manera, fijar y pagar los honorarios de los delegados especiales, auxiliares, abogados, y otros empleados nombrados para ayudar en tal liquidación (art. 52, ley 45 de 1923). El auditor externo, estaba vinculado no en un empleo de planta de la Superintendencia Bancaria, sino para cumplir las funciones que en forma específica le fueron encomendadas por el superintendente, siendo la principal vigilar las actividades propias de la liquidación adelantada por la demanda a través de sus agentes especiales. Con esta perspectiva cabe anotar que el cargo agente especial lo tuvo el señor Felipe Rueda Mujica (fl. 8) y que el actor se desempeñó como auditor externo. En este orden de ideas tanto el cargo desempeñado por el actor, como el de los agentes es-

peciales corresponden a la modalidad de auxiliares de la administración, que en estos casos bien pueden ser supernumerarios o contratistas independientes. El demandante no fue empleado de la administración pública, sino que estuvo vinculado por el contrato innominado de prestación de servicios profesionales, y la consecuencia legal de esa relación jurídica es la señalada por el art. 164 del Decreto 222 de 1983, esto es, que el demandante no tenía derecho sino a los honorarios pactados.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Características

De conformidad con el Decreto 222 de 1983, las características que se tipifique el contrato de prestación de servicios profesionales son: Presencia de un alto margen de autonomía, Ausencia de subordinación, Previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación, Prohibición de pactar prestaciones sociales.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.– Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Ref.: Expediente No. 7806.- Autoridades Nacionales. Actor: Héctor Arias Bretón.

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de septiembre de 1992, mediante la cual accedió a las súplicas incoadas en el libelo demandatorio, por el señor HECTOR ARIAS BRETON, contra el Oficio No. 1332 de enero 15 de 1988, suscrito por el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización de la Superbancaria.

LA DEMANDA

El actor mediante Procurador Judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del C.C.A., demandó a la Nación (Superintendencia Bancaria), la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1332 de enero 15 de 1988, suscrito por el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, mediante el cual se le niega el pago de prestaciones sociales por el tiempo en que prestó servicios como Auditor Externo en la liquidación de las Sociedades Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A.

Consecuente con lo anterior solicita se ordene el restablecimiento del derecho, ordenando a la Nación (Superintendencia Bancaria) el pago de las prestaciones sociales discriminadas en la demanda (fl. 39-50) aplicando a la sentencia lo preceptuado en el artículo 176 del C.C.A.; haciéndose el pago de las prestaciones con su valor actualizado a la fecha de cumplimiento de la sentencia.

Como hechos de la demanda narra los que sintetizan así por la Sala:

Con fecha 30 de agosto de 1980, la demandada tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de las Compañías; Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A., mediante resoluciones Nos. 4695, 4696, y 4697 del señor Superintendente Bancario.

Esta toma de posesión de las Compañías antes descritas, se hizo con la finalidad de cumplir el servicio público de garantizar una especial protección a los fondos provenientes del Fondo Privado.

El servicio público de vigilancia que ejerce la Superbancaria sobre las entidades sometidas a su control, se cumplen en forma directa y a través de sus funcionarios, que son funcionarios y de su propia organización administrativa.

El Superintendente Bancario, con el fin de vigilar las actividades propias a la liquidación, mediante acto administrativo -resolución 2063 del 6 de mayo de 1985-, nombró al actor Auditor Externo con una remuneración modificada en los años 1986 y 1987 conforme a la escala salarial que periódicamente se revisa a iniciativa del gobierno nacional, para los Empleados Públicos.

Durante la vinculación del señor Arias Bretón desempeñó funciones administrativas similares a las que están asignadas en todo o en parte a los empleados de planta de la Superbancaria, esto es a la de los Inspectores Bancarios o Jefes de Visita conforme al manual de funciones de la Superintendencia.

Al momento de la desvinculación del actor que se produjo el 1o. de octubre de 1987, tampoco se ordenó el pago de sus prestaciones.

Con fecha 28 de diciembre de 1987, el demandante presentó escrito reclamando el pago de sus prestaciones, el cual fue negado mediante oficio 15 de enero de 1988.

NORMAS VIOLADAS;

Se citan como normas violadas con el acto acusado las siguientes: artículos 2, 17 y 120, numeral 15 de la Constitución Nacional, Ley 45 de 1923, artículo 51; artículos 1 y 4 del Decreto Extraordinario 1050 de 1968; artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968; artículo 2 y 43 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; artículos 1y 4 del Decreto 1950 de 1973; artículos 24, 25, 30, 58, 61 y 83 del Decreto 1042 de 1978; artículos 1, 2, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 163 del Decreto 222 de 1983; Decreto 1792 de 1983; artículo 130 del C.S. del T.; artículo 9o. del Decreto Extraordinario 109 de 1985.

LA SENTENCIA

El *a-quo* resolvió en forma favorable las pretensiones de la demanda, por considerar que estaba demostrado en el proceso que el actor como Auxiliar de la Administración Pública y vinculado en forma legal y reglamentaria a la Superintendencia Bancaria, fue empleado público, y que por tal razón aplicando las normas que rigen las materias relacionadas con las prestaciones sociales de los empleados públicos, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague a cargo de las sociedades intervenidas; Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A., las prestaciones sociales.

EL RECURSO

La parte demandada en escrito visible a folios 101-206, sustenta el recurso de apelación interpuesto en tiempo haciendo un análisis pormenorizado de las razones de su inconformidad para concluir que es procedente la revocatoria del fallo impugnado.

EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado (fls. 229-237), considera que al actor le asiste el derecho reclamado y que se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto enjuiciado, motivo por el cual era viable declarar la nulidad tal como lo hizo el Tribunal. El actor se vinculó como Auditor Externo para cumplir funciones de vigilancia específicas de intervención que no deben ser desempeñadas por funcionarios de planta, pero se les asigna la misma naturaleza jurídica de los Auxiliares de la Administración Pública.

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Con la presente *litis* se pretende la nulidad del Oficio No. 01332 de 15 de enero de 1988 (fl. 2), proveniente del Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización, por medio del cual se denegó la reclamación de prestaciones sociales elevada por el actor, por haber sido designado para desempeñar el cargo de Auditor Externo de las sociedades en liquidación; Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A., durante el período comprendido entre el 1o. de marzo de 1985 y el 1o. de octubre de 1987.

La entidad demandada para la negación de pago de las prestaciones sociales reclamadas, aduce que la naturaleza de los funcionarios de las auditorías externas de las entidades intervenidas, es la que corresponde a los auxiliares de la administración pública, entendiendo como tal a los particulares que prestan al Estado una actividad personal en forma temporal, ocasional y excepcional, para asegurar el desarrollo de una

función pública, pero su forma de vinculación no puede ser diferente de la de un contrato de prestación de servicios y como tal no tienen la calidad de empleado público ni la de trabajador oficial, y sólo tienen derecho a recibir como remuneración lo acordado por concepto de honorarios, según las voces del artículo 168 del Decreto 222 de 1983.

Efectivamente se encuentra demostrado en autos que con fecha 30 de agosto de 1982 (fl. 8), el Superintendente Bancario, en uso de sus atribuciones legales en especial las otorgadas por la Ley 45 de 1923 en concordancia con la Ley 105 de 1927, toma posesión de los negocios, bienes y haberes de SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

El artículo 48 de la Ley 45 de 1923 es el que autoriza al Superintendente Bancario, con la aprobación del Ministro de Hacienda, para tomar posesión inmediata de los negocios y haberes de un establecimiento bancario a que es aplicable esta ley, en cualquiera de los casos allí determinados.

El Superintendente puede, por intermedio de un acta, extendida bajo su firma y con sello oficial, nombrar uno o más Superintendentes Delegados como Agentes para asistir en la liquidación de los negocios de cualqueir establecimiento bancario del que haya tomado posesión. También podrá el Superintendente emplear los expertos auxiliares y Consejeros que considere necesarios para la liquidación del establecimiento intervenido. El Superintendente pagará de los fondos que tenga en mano pertenecientes a tales establecimientos todos los gastos de liquidación. Podrá de la misma manera, fijar y pagar los honorarios de los Delegados Especiales, Auxiliares, Abogados, y otros empleados nombrados para ayudar en tal liquidación (artículo 52, Ley 45 de 1923).

Obsérvese entonces que el Superintendente Bancario, en uso de las atribuciones legales conferidas por la citada ley, mediante resolución No. 4700 de 30 de agosto de 1982, nombró como Agente especial para la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las compañías citadas al doctor Felipe Rueda Mujica (fl. 8). Este nombramiento fue protocolizado en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá (fl. 4). Mediante resolución No. 2063 de mayo 6 de 1985 (fl. 24), el Superintendente Bancario nombra un Auditor Externo, siendo elegido el actor en las compañías en liquidación.

Las funciones del Auditor Externo fueron las siguientes:

a) Velar porque las actuaciones del Agente Especial se adecuen a la Ley 45 de 1923, los Decretos 2216, 2217 de 1982, 1215 de 1984 y demás normas concordantes y complementarias.

b) Presentar trimestralmente un informe por escrito al Superintendente Bancario sobre el funcionamiento de la sociedad y el desarrollo de la liquidación. Dar inmediato aviso al señor Superintendente Bancario de cualquier irregularidad que se presente en dicho proceso.

c) Velar porque la Contabilidad de la Compañía intervenida se mantuviera al día y se llevara de conformidad con las normas establecidas para estas entidades por la Superintendencia Bancaria.

d) Inspeccionar permanentemente los bienes de la Sociedad, procurando se tomaran oportunamente las medidas de conservación o seguridad de las mismas y de las que ella tenga en custodia o a cualquier otro título, ejercer un control estricto sobre los ingresos de las asociaciones procurando sean invertidos en documentos de la mayor solidez y rentabilidad.

e) Autorizar con su firma los balances de la intervenida, con su dictamen o informe correspondiente.

f) Autorizar con un visto bueno todo egreso y la relación mensual de los gastos de la entidad intervenida, revisando la conveniencia o necesidad de los gastos, así como la austeridad que se debe mantener en los mismos.

g) Impartir las instrucciones, practicar las revisiones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer su control estricto y asiduo sobre los bienes y valores sociales.

h) Cumplir las demás funciones que le señale el manual correspondiente y las instrucciones que imparta el Superintendente Bancario.

Los honorarios del Auditor Externo se fijaron en la suma de $100.000 los cuales serían pagados mensualmente con cargo a las citadas compañías, según los porcentajes y sumas fijas que se establecen en la misma resolución.

Con la certificación de folio 69, quedó establecido que el actor se desempeñó como auditor externo del 6 de mayo de 1985 hasta el 30 de septiembre de 1987, en las compañías Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A., todas en liquidación, recibiendo como últimos honorarios mensuales a la suma de $120.000 asumidas por las Compañías citadas.

El Decreto No. 1215 de 1984 por el cual se modifica el Decreto No. 2217 de 1982, relacionado con los procedimientos en caso de intervención sobre ciertas entidades, preceptúa en su artículo 2o.:

"Artículo 2o.- El artículo 4o. del Decreto 2217 de 1982, quedará así:

"Artículo 4o.- El Superintendente puede nombrar Agentes Especiales con cargo a la entidad intervenida para asistirlo en la tarea de posesión de los negocios y haberes del Establecimiento intervenido..."

En otro aparte de la misma norma se lee:

"La naturaleza jurídica del cargo de Agente Especial del Superintendente Bancario, es la que corresponde a los Auxiliares de la Justicia..."

"La Superintendencia Bancaria, podrá, además emplear los expertos, auxiliares y consejeros que considere necesarios para la intervención de la entidad. Los gastos ocasionados por este concepto se cancelarán conforme se causen con cargo a la entidad intervenida."

De lo anterior se infiere que el Auditor Externo, estaba vinculado no en un empleo de planta de la Superintendencia Bancaria, sino para cumplir las funciones que en forma específica le fueron encomendadas por el Superintendente, siendo la principal vigilar las actividades propias de la liquidación adelantada por la demandada a través de sus Agentes Especiales.

Con esta perspectiva cabe anotar que el cargo de Agente Especial lo tuvo el señor Felipe Rueda Mujica (fl. 8) y que el actor se desempeñó como Auditor Externo.

En este orden de ideas, tanto el cargo desempeñado por el actor, como el de los Agentes Especiales corresponden a la modalidad de Auxiliares de la Administración, que en estos casos bien pueden ser supernumerarios o contratistas independientes.

Ahora bien, de conformidad con el Decreto 222 de 1983, las características para que se tipifique el contrato de prestación de servicios profesionales son:

- Presencia de un alto margen de autonomía.

- Ausencia de subordinación.

- Previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación.

- Prohibición de pactar prestaciones sociales.

A más de lo anterior, existió un régimen jurídico de derecho administrativo aplicable en forma preferencial.

Teniendo en cuenta las características antes descritas, la Sala concluye que el cargo ocupado por el actor corresponde al de un Auxiliar de la Administración, como contratista independiente, y por ende, la naturaleza de su vinculación fue en la modalidad de prestación de servicios profesionales, que por lo demás se encuentra plenamente autorizada por la ley.

Ahora bien, esta conclusión no riñe con la realidad procesal que emana de las pruebas recaudadas, pues se demostró la actividad personal del actor, su horario de trabajo y el cumplimiento de labores específicas, lo cual se puede materializar a través del contrato de prestación de servicios.

Como en criterio de la Sala se encuentra probado que el demandante no fue empleado de la Administración Pública, sino que estuvo vinculado por un contrato innominado de prestación de servicios profesionales, y la consecuencia legal de esa relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1983, esto es, que el demandante no tenía derecho sino a los honorarios pactados.

Por las razones anteriormente enunciadas, la sentencia objeto de la alzada se revocará y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio promovido por el señor HECTOR ARIAS BRETON, y en su lugar **niéganse** las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 17 de noviembre de 1994.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/JUNTA DIRECTIVA-Facultades/**BENEFICENCIA/REGIMEN PRESTACIONAL**-Modificaciones/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

La función de señalar prestaciones sociales de los empleados públicos, como por regla general, lo son quienes los prestan a los establecimientos públicos, era exclusiva del legislador y extraordinariamente la ejercía el Presidente de la República. En el nivel local, según el artículo 306 del Decreto 1222 de 1986, citado en la demanda, tratándose de entidades descentralizadas del orden departamental, esta era tarea del legislador. Desde esta perspectiva, en principio podría afirmarse que la junta directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca no tiene competencia para modificar el régimen prestacional de los empleados de dicha entidad. Sin embargo, advierte la Sala que aún cuando el acto acusado en su encabezamiento dice: "...por el cual se modifica el régimen prestacional...", el mismo contiene otros aspectos tales como becas, jornada de trabajo, viáticos y uniformes.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Segunda.– Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Ref.: Expediente No. 9446. Actor: Gina Julieta Sánchez Rozo. Apelación Interlocutorios.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora, contra el auto de octubre 8 de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

1) En ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., Gina Julieta Sánchez Rozo, acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para instaurar demanda contra el Acuerdo No. 046 de diciembre 28 de 1984, expedido por la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, por medio del cual "... se modificó el régimen de los empleados de la Beneficencia del Valle del Cauca".

2) En capítulo separado de la demanda solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

3) El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió la demanda y denegó la suspensión provisional, en consideración a que, no obstante que en la petición citaba detalladamente jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la sola referencia no suplía el requisito señalado en el ordinal 1o. del artículo 152 del C.C.A., en cuanto hacía relación a la sustentación expresa, es decir, por carecer de la exposición del concepto de violación.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

La demandante afirma que en el libelo sí sustento la solicitud, cuando dijo:

> ... hay manifiesta infracción del art. 150, literales e) y f) de la Constitución y artículo 306 del Decreto 1222 de 1986. ...
>
> Es entonces obvio suponer que una mandato constitucional tan claro no necesita extensas explicaciones para reconocer que el Acuerdo 046 de diciembre 28 de 1984, viola el nuevo orden institucional y, por tanto, el Acuerdo debe ser anulado para que el régimen de prestaciones sociales de los empleados de la Beneficencia, se determine exclusivamente por los mandatos de la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) Como inicialmente se dijo, se pretende la suspensión provisional del Acuerdo No. 046 de 28 de diciembre de 1984, expedido por la JUNTA DIRECTIVA DE LA BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA, "Por medio del cual se modifica el régimen prestacional de los empleados de la Beneficencia del Valle del Cauca".

2) La actora citó como transgredidos el art. 150, numeral 19, literales e) y f) y art. 306 del Decreto 1222 de 1986.

Hace consistir la violacion en que, con la expedición del acto acusado, la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, transgredió las disposiciones

invocadas, pues los establecimientos públicos "...nunca han tenido facultad para establecer prestaciones por fuera de la ley y al hacerlo la violan, porque se están atribuyendo competencias que exceden el giro ordinario de sus funciones...".

- Las disposiciones constitucionales que la actora cita como transgredidas, disponen:

a) Numeral 14, literales e) y f) del artículo 150 de la C.N.:

> Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
>
> ...

b) El artículo 306 del Decreto 1222 de 1986, dice:

> Art. 306.- En las entidades descentralizadas, el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, será el ordenado por la ley.

- Según los lineamientos que trazaba la Carta Política de 1886, vigente para la fecha de expedición del Acuerdo acusado, la función de señalar prestaciones sociales de los empleados públicos, como por regla general lo son quienes los prestan a los establecimientos públicos, era exclusiva del legislador y extraordinariamente la ejercía el Presidente de la República. En el nivel local, según el artículo 306 del Decreto 1222 de 1986, citado en la demanda, tratándose de entidades descentralizadas del orden departamental, esta era tarea del legislador.

Desde esta perspectiva, en principio podría afirmarse que la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca no tiene competencia para modificar el régimen prestacional de los empleados de dicha entidad. Sin embargo, advierte la Sala que aun cuando el acto acusado en su encabezamiento dice: "... por el cual se modifica el régimen prestacional ...", el mismo contiene otros aspectos tales como becas, jornada de trabajo, viáticos y uniformes.

Por esta razón no es posible atender la solicitud de suspensión provisional, en consideración a que la demandante ha debido identificar con precisión, cuáles de los factores a que se refiere el acto acusado son los que constituyen prestaciones sociales, que excedan la ley ya que en la demanda y en la solicitud de suspensión provisional, únicamente hace un ataque global al acto enjuiciado, dejando de lado la circunstancia de que varios de los factores a que él se refiere, no son prestaciones sociales sino factores salariales y aun aspectos que tienen que ver con bienestar social.

Finalmente no sobra anotar que la competencia sobre régimen salarial y prestacional en el sector público, sufrió importantes variaciones en la carta de 1991.

Por las razones que anteceden se confirmará la providencia mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó la solicitud de suspensión provisional.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de octubre 8 de 1993, mediante el cual denegó la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo No. 046 de 28 de diciembre de 1984, expedido por la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca.

COPIESE Y NOTIFIQUESE y una vez ejecutoriado, DEVUELVASE al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SECCION TERCERA

CONCILIACION-Efectos/**COSA JUZGADA/LLAMAMIENTO EN GARANTIA/ECONOMIA PROCESAL/ACCION DE REPETICION**

En los casos de terminación anormal, con la conciliación total el acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales, tiene el alcance de cosa juzgada, pero sólo frente a la primera relación (demandante-demanda), ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolor o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración. Se dice por regla general, porque la entidad pública en su audiencia en su conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición, y el llamado como parte demandada. Juega en la definición a que aquí se hace el principio de la economía procesal; el que se vería afectado si se le exigiera a la administración, luego, de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiéndose así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá D.C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref.: Expediente No. 9803. Actor: Luis Eduardo Henao Campiño. Demandada: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador 38 para asuntos administrativos contra el auto de 29 de abril de 1994, dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se dispuso:

> "1o. Aprobar en todas sus partes la conciliación a que llegaron las partes de este litigio en audiencia que se celebró el veinticuatro (24) de marzo del presente año, la cual fue suscrita por sus respectivos apoderados, acogiendo lo así acordado en dicha diligencia.
>
> "2o. Como consecuencia de lo anterior, ordenar la terminación y el archivo del presente proceso, indicándose que tanto la conciliación como el presente auto tienen los efectos de cosa juzgada en relación con las partes en litigio.
>
> "3o. Al acuerdo conciliatorio que se aprueba mediante esta providencia, se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la conciliación que aquí se aprueba, del oficio No. 178 suscrito por el Subgerente del Banco de la República el 19 de abril de 1994 y este auto, con destino a las partes, indicándose por la Secretaría cuál de ellas prestará mérito ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 115 del C. de P.C., modificado por el numeral 63 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989.
>
> "4o. No se accede al pronunciamiento solicitado por el señor Procurador Judicial ante esta Corporación por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia"

Pretende el recurrente no la revocatoria de la decisión aprobatoria de la conciliación, sino la continuación del proceso hasta su culminación normal (ord. 4a. de la resolutiva) para que se califique en el fallo la conducta de los funcionarios involucrados mediante el llamamiento en garantía que se les formuló a los agentes de policía Celso Antonio Aya y José Fernando Fontalvo como también al CP.. Fernando Castaño Estrada (ver auto de julio 12 de 1993, a fls 59, ss).

Para tomar la decisión recurrida sostuvo en lo pertinente el *a-quo:*

> "1o. Dentro de la audiencia de conciliación realizada el 24 de marzo del presente año, las partes llegaron a un acuerdo total sobre las pretensiones económicas en el proceso de la referencia, el Procurador Judicial ante este Tribunal solicitó "pronunciamiento frente al llamamiento en garantía formulado y aceptado por la misma Corporación". Sustenta su solicitud en estos términos:

""Tiene por objeto esta petición, en consideración a que como lo manda la ley, una vez aprobada la conciliación por este mismo hecho se produce la terminación del proceso; no quede sin definir la calificación del proceder de los funcionarios que con su cuestionado actuar, originaron este litigio"

"2o. A través de disposiciones como la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991 y el Decreto 171 de 1993, se ha buscado descongestionar los despachos judiciales, tratando de terminar anticipadamente los procesos a través de herramientas como la conciliación. Esta tiene por objeto hacer que las partes involucradas en un litigio contencioso administrativo solucionen sus diferencias llegando a un acuerdo sobre lo pretendido por la parte actora, que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, versa única y exclusivamente sobre intereses económicos o patrimoniales.

"3o. Se tiene entonces que en esta jurisdicción, la conciliación gira al rededor de los perjuicios causados por la administración a un particular, en virtud de una falla o falta del servicio, no pudiendo abarcar aspectos diferentes a la tasación del daño sufrido por la parte demandante, perjuicio que está íntimamente relacionado con la condena solicitada en la demanda. Es decir, en la conciliación sólo se puede buscar que las partes lleguen un (sic) arreglo económico, pero nunca se podrán tratar aspectos como declaraciones de responsabilidad de terceros intervinientes, porque ello no es objeto ni materia de pronunciamiento en la conciliación.

"Ahora bien, el acuerdo conciliatorio, donde se halla plasmado el arreglo económico a que llegaron las partes en conflicto, debe ser aprobado mediante auto que será dictado por el juez si encuentra que se halla ajustado a la ley. En el caso particular que aquí se debate, de estar la conciliación conforme a la normatividad vigente, debe ser aprobada mediante auto dictado por la Sala Plena de esta Corporación. Si la conciliación es sobre el litigio en su totalidad como en el presente caso, se da por finalizado el proceso.

"En consecuencia, el auto sólo puede tratar lo relacionado con la aprobación del acuerdo conciliatorio, la terminación del proceso y lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. Cualquier otro aspecto diferente a los anotados y no contemplado en la ley, está por fuera de la competencia del Tribunal para pronunciarse al respecto. Por lo tanto, no se accederá a la petición del Procurador Judicial ante esta Corporación.

"La conciliación se refiere a la totalidad de las pretensiones de la demanda contra la Nación, por ello el proceso ha de terminar como lo señalan los artículos 6o. del Decreto 2651 de 1991 y 3o. del Decreto 171 de 1993. No es óbice para decretar la terminación del proceso la existencia del llamamiento en garantía, ya que sobre la relación jurídica entre la Nación y los agentes de policía llamados en garantía no puede proferirse decisión en este proceso, ya que tal decisión exigiría como supuesto esencial que hubiese sentencia condenatoria contra la Nación, sentencia que no llegaría a darse por los efectos de la conciliación realizada".

Para resolver, SE CONSIDERA:

La decisión impugnada (ord. 4a. del auto del 29 de abril del presente año) deberá revocarse porque la Sala no hace suya la perspectiva manejada por el *a-quo.*

Desde antes de la nueva Carta Constitucional el legislador había previsto la posibilidad de que la entidad pública condenada en una acción de responsabilidad (contractual o extracontractual) pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera hecho posible esa condena. Así pueden verse los arts. 76 y 77 del C.C.A. y el 290 y ss. del dec. 222 de 1983.

En estas normas, la acción de repetición aparece como consecuencial y sucesiva; es decir, con posibilidad para ser instaurada luego de la sentencia que imponga la condena contra la persona pública.

Luego la jurisprudencia, apoyada en el art. 217 del C.C.A., aceptó que la administración podía, dentro del proceso en el que figurara como parte demandada y concretamente dentro del término de fijación en lista, pedir la vinculación, por la vía del llamamiento en garantía o de la denuncia del pleito, del funcionario (tercero en sentido procesal), que con su conducta dolosa o gravemente culposa pudiera ser causa de su futura condena. Igualmente se aceptó que ese llamamiento pudiera hacerlo el ministerio público con el apoyo en el art. 277, nl 7 de la Carta. Asimismo se definió que por esa vía se lograba no sólo la finalidad pretendida por la norma constitucional (art. 90) sino que se satisfacía la regla de la economía procesal.

Pero sea que se instaure la acción autónoma de repetición luego del proceso de responsabilidad o que se acumulen en un mismo proceso a través del llamamiento, se observarán en todo caso dos relaciones jurídicas diferentes en cuanto a su alcance y contenido.

De un lado, la relación demandante-demandado, en la cual se discute la responsabilidad de la persona pública por los perjuicios causados con sus actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas o contratos. Es esta la relación principal y propia del litigio de responsabilidad.

De otro lado, la relación parte demandada-tercero, cuando aquella considera que este último, o sea el funcionario o exfuncionario, pudo comprometerla con su conducta dolosa o gravemente culposa, deberá pagarle lo que tenga que reconocerle al demandante triunfador de la *litis,* total o parcialmente.

En este planteamiento se observa claramente un doble enjuiciamiento: el primero que busca definir la responsabilidad de la entidad demandada frente al demandante e imponer una condena consecuencial; y el segundo, que está orientado a establecer que la entidad demandada resultó comprometida por la conducta dolosa o gravemente culposa de su funcionario, y que por esta razón debe resarcirla, en todo o en parte, de lo que tenga que pagar por la condena impuesta.

Puede afirmarse así que, en principio, entre el actor y ese tercero no existe conflicto alguno. En otras palabras, si la actora no lo cita como codemandado con la administra-

ción, el llamamiento no puede darle ese carácter frente a aquella, ni convertirlo en obligado suyo.

En el evento del llamamiento la relación principal sigue siendo la del demandante-demandado, ya que la del demandado-tercero es, si se quiere, de simple garantía y de interés primordial para la parte que hace la denuncia.

Se hace la afirmación precedente porque el actor debe acreditar los supuestos de la responsabilidad del Estado y nada más, y para el efecto le basta demandar sólo a la entidad que estime fue la responsable. Si la administración demandada llama o hace la denuncia a un tercero (el funcionario lo es para estos efectos, por ficción legal) no se está oponiendo a la demanda, sino que sólo está cubriendo su espalda para que en el evento de que resulte condenada pueda repetir contra ese funcionario. Está, en otras palabras, como se dijo, ejerciendo un derecho de garantía.

Lo precedente permite afirmar que la suerte de la relación parte demandada-tercero está condicionada, en principio, al éxito de la relación principal. Es en este sentido que puede hablarse de que es accesoria. Así, si no prospera la principal no podrá existir pronunciamiento alguno en la resolutiva sobre la segunda relación; se aclara, sí, que aún en el evento de la prosperidad de la primera relación no será forzosa la prosperidad de la segunda, porque esta tiene unos alcances y efectos diferentes. Así podrá resultar condenada la entidad y absuelto el llamado cuando no se demuestre el dolo o la culpa grave cometida por este en el ejercicio de sus funciones.

Lo expuesto permite inferir que el llamado no es una parte accesoria o un simple coadyuvante sino una parte principal, con los efectos que esta calificación procesal implica.

Se aclara, finalmente, para evitar equívocos, que en los casos de terminación anormal, concretamente como sucedió aquí con la conciliación total, el acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales tiene el alcance de cosa juzgada, pero sólo frente a la primera relación (demandante-demandada), ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración.

Se dice por regla general, porque la entidad pública en la audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición, y el llamado como parte demandada.

Juega en la definición que aquí se hace el principio de la economía procesal; el que se vería afectado si se le exigiera a la administración, luego de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiéndose así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial.

En la motivación que se deja expuesta se acogen, en lo fundamental, los argumentos presentados en las instancias por los procuradores 38 ante el tribunal de Risaralda y primero delegado ante esta corporación, Dr. Juan Carlos Henao P.

A título de pedagogía judicial se señala que una vez se logre el acuerdo conciliatorio entre las partes, el juzgador deberá indagar a la entidad demandada o al ministerio público, en su caso, si desea o no continuar el proceso con las personas llamadas.

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

RESUELVE:

Revócase el auto de 29 de abril de 1994 dictado por el tribunal administrativo de Risaralda, en su ordinal cuarto. En consecuencia, continúese el proceso entre la entidad demandada y las personas llamadas en garantía.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. Publíquese en los Anales.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión de fecha 6 de octubre de 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 POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD/FALLA EN EL SERVICIO DEL EJERCITO/DETENCION ILEGAL

Si corresponde al Estado por intermedio de sus autoridades la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, según expreso mandato constitucional, tal protección debe cumplirse con apego a las normas legales, dentro de las limitaciones que tal facultad les otorga, pero sobre todo con un indeclinable respeto hacia los derechos humanos de los administrados. En tales condiciones, si para investigar actividades supuestamente terroristas, someten a algún ciudadano a tratos inhumanos y violatorios de sus derechos fundamentales, le corresponde al Estado responder por las actuaciones de sus agentes, cumplidas de tan censurable y reprochable manera. Aceptar tan ilegítimos procedimientos sólo llevaría a un agotamiento del mínimo de las garantías que tiene el ciudadano frente a la administración y conduciría a que nuestro Estado de derecho quedara convertido en una simple ficción, cuyas normas y principios estructurales no superarían la condición de ser apenas teóricos enunciados o solo intrascendentes declaraciones.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá D.C., octubre trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 9214. Actor: Henry A. Hurtado Guerrero. Demandado: Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 11 de octubre de 1993, mediante la cual se dispuso:

"1.- Declarar a la NACION - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Administrativamente responsable de los daños y perjuicios morales, sufridos por el señor HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO a raíz de la retención arbitraria a que fuera sometido por parte de los efectivos de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali, a partir del día cinco (05) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

2.- Como consecuencia, CONDENASE a la Nación - **Ministerio de Defensa - Ejército Nacional** - a pagar al señor HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO o a quienes sus derechos represente, el equivalente a UN MIL (1.000) GRAMOS ORO por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Estos valores se tasarán al precio del oro que indique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3.- Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

5.- DENIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

6.- CONSULTESE CON EL SUPERIOR."

(No se incluyó numeral 4o.)

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Lo que se demanda

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 05 de marzo de 1992, el señor HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda en contra de la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, para que fuera declarada administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales que sufrió con la retención arbitraria, torturas físicas y sicológicas, falsas imputaciones, calumnias e injurias de que fue objeto por parte de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali, en hechos ocurridos a partir del 05 de marzo de 1990.

Como consecuencia de esa declaración, pretende que se le indemnicen los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, y los morales, con el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino.

Así mismo pretende que las sumas cuyo pago se ordene en la sentencia, sean debidamente actualizadas.

2.- Los Hechos

Para fundamentar las pretensiones se expusieron los hechos que permiten ser resumidos, así:

El señor HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO trabajaba en la empresa SIDELPA y era miembro del Sindicato.

El 01 de marzo de 1990, efectivos de la III Brigada del Ejército con sede en Cali, penetraron violentamente en la residencia del demandante y después de requisarla en busca de propaganda o elementos subversivos y a pesar de no haber encontrado nada, detuvieron al señor Hurtado Guerrero y lo trasladaron a las instalaciones del B 2 de la tercera brigada. Allí fue sometido a interrogatorios hasta el medio día del sábado 03 de marzo y durante este tiempo se le mantuvo sin ningún alimento. Luego se le llevó a un sitio similar a una cancha de fútbol y se le mantuvo de pie presenciando las torturas a las cuales se sometía a otras personas, ante lo cual el retenido perdió el sentido. A altas horas de la noche de ese mismo sábado continuó el interrogatorio hasta la madrugada del domingo, cuando fue trasladado a un cuarto en construcción donde se le obligó a permanecer de pie hasta las tres de la tarde, y sin poder mirar hacia los lados. A las seis y treinta de la tarde lo vendaron y esposaron y lo hicieron subir a un vehículo en el cual lo trasladaron a otro lugar, allí se le hizo caminar un largo rato y se le amenazó en varias oportunidades con darle muerte si no denunciaba a otros compañeros de grupos subversivos.

El 06 de marzo el mayor ORLANDO ALVARADO ACERO ordenó al actor y a otros retenidos que se bañaran y luego acomodó una mesa con armas y carteles del E.L.N. al pie de los detenidos para que fueran filmados y fotografiados por la prensa. En las publicaciones de prensa y radio del 07 de marzo de 1990, apareció el demandante como sindicado de pertenecer al E.L.N.

Luego de la rueda de prensa, la tercera brigada puso al actor a disposición del D.A.S. y esa Institución lo dejó a disposición de la jurisdicción de orden público, con la constancia de que no registraba antecedentes, pero que lo dejaba a disposición de la jurisdicción de orden público conforme a la orden dada por la tercera brigada.

El Tribunal Superior de Orden Público absolvió totalmente al actor, en sentencia del 09 de septiembre de 1990.

3. La actuación procesal

La demanda fue admitida en auto del 20 de marzo de 1992, decisión que se notificó a la parte demandada el 28 de abril del mismo año. Oportunamente y por medio de apoderado judicial se dio respuesta a través del escrito que obra a folios 32 y s.s. del cuaderno principal. Allí se argumentó como razón en defensa de la demandada que la serie de operaciones realizadas por la Tercera Brigada en la denominada operación relámpago, estaban fundamentadas en serios informes y seguimientos de inteligencia y que con ella se pretendía la captura de elementos subversivos y terroristas y justificó la vulneración de los intereses particulares en defensa del interés colectivo.

El 28 de mayo de 1992 las partes intentaron conciliar ante el señor agente del Ministerio Público, sin resultado positivo.

En el término que el *a-quo* concedió para alegar, el procurador delegado ante el Tribunal pidió que se accediera a las súplicas de la demanda, en cuanto a la indemnización de perjuicios morales, puesto que en el proceso se había demostrado la detención arbitraria que el demandante sufrió por más de cinco (05) días, a manos de efectivos de la Tercera Brigada del Ejército Nacional.

Estimó además, que no se podía acceder al reconocimiento de perjuicios materiales por cuanto no se habían demostrado dentro del proceso.

La demandada por su parte, insistió en la legitimidad de las actuaciones llevadas a cabo por la Tercera Brigada del Ejército, dado que la motivación que existió para efectuar esos procedimientos fue el cumplimiento del deber constitucional y legal de la defensa de la soberanía y la preservación del Orden Público. Negó que el demandante hubiera sido torturado, según lo había constatado el abogado visitador de la Procuraduría de Cali el 06 de marzo de 1990 en visita practicada a la III Brigada.

La parte actora no alegó de conclusión.

4.- La Sentencia Apelada

El Tribunal destacó la decisión adoptada por la Procuraduría delegada para la defensa de los derechos humanos, entidad que investigó la detención de varias personas por parte de efectivos ---------- de la Tercera Brigada con sede en Cali, en el mes de marzo de 1990, y que solicitó la destitución de varios oficiales implicados en tales actuaciones. Fundamentado en esa decisión el *a-quo* estableció que la detención de HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO por más de cinco (05) días, por parte de la Tercera Brigada y sin que existiera orden de captura dada por autoridad competente, constituía una falla en el servicio por violarse con esta actitud no solo normas nacionales como la Constitución Nacional y la Ley Penal, sino también disposiciones de carácter internacional. Por esa retención arbitraria ordenó que se indemnizara al actor con el equivalente en pesos a UN MIL (1.000) GRAMOS de oro fino, por los perjuicios morales sufridos.

No encontró prueba de que el actor hubiera sido sometido a tortura ni de que se le hubieran causado perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

5.- El Recurso de Apelación

La parte demandada apeló la decisión del Tribunal por cuanto consideró excesiva la condena que este impuso a título de indemnización por perjuicios morales, cuando la única violación que se demostró fue la detención arbitraria.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra en la decisión del *a-quo* un serio y juicioso análisis de las circunstancias fácticas jurídicas y probatorias que informan al proceso, y que lo llevaron a la declaratoria de responsabilidad, pero se estima alta la indemnización de perjuicios ordenada, razón por la cual la sentencia se modificará en ese aspecto.

El actor pretende que se le indemnice el perjuicio moral sufrido, con ocasión de su detención ilegal, de las torturas físicas y sicológicas a las cuales fue sometido durante su cautiverio y del falso comunicado de prensa emitido en su contra.

En el proceso sólo demostró la detención ilegal y la existencia del comunicado de prensa con falsa información, pero no sucedió lo propio con relación a las torturas que dice haber padecido.

Así es, el acervo probatorio recaudado permite establecer los siguientes hechos:

1.- Que el señor HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO permaneció retenido en las instalaciones de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, del primero (01) al seis (06) de marzo de 1990. Así lo certificó el señor comandante de esa brigada en el oficio visible a folio 9 del cuaderno No. 3 de este expediente. Allí se informó igualmente que no existía orden de operaciones para el allanamiento, pero que se tenía conocimiento que el Juzgado 17 de Instrucción Penal Militar adscrito al batallón Pichincha, había expedido la correspondiente orden judicial. No se trajo al proceso la prueba de la existencia de tal orden.

2.- Que la detención de HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO fue ilegal, por cuanto no fue sorprendido en flagrancia ni existía ninguna orden de aprehensión en su contra emitida por autoridad competente, ni estaba públicamente requerida su captura. Así lo concluyó la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos, entidad que se encargó de adelantar la investigación respectiva, con ocasión de la retención de varias personas por parte de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, en el mes de marzo de 1990. Además, a este proceso administrativo no se trajo prueba en contrario.

Esa investigación concluyó con la solicitud formulada por la Procuraduría, de la destitución o separación absoluta de la Institución, del MY. ORLANDO ALVARADO ACERO, el CT. BERTOTY PORRAS AMAYA y el TE. HENRY QUINTERO MESA, quienes permitieron no sólo las detenciones arbitrarias, sino en algunos casos las torturas físicas y sicológicas a los detenidos.

3.- En relación con el señor Hurtado Guerrero no se demostró ni en el trámite adelantado por la Procuraduría, ni en este proceso que realmente hubiera sido víctima de maltratos físicos. Así es, a folio 630 del proceso adelantado por la Procuraduría, aparece el dictamen del médico forense que después de practicarle examen médico al aquí demandante, concluyó:

"ANTECEDENTES

Dice ser golpeado desde marzo 01 de 1990 por militares de la III Brigada. No atención médica. Ocupación obrero.

DESCRIPCION DE LAS LESIONES

En la actualidad no hay evidencia física externa de lesiones a ningún nivel, por lo tanto al carecer de fundamentos que permitan establecer la relación causa-efecto no se puede determinar los efectos médico-legales solicitados."

Ese dictamen fue rendido el 16 de marzo de 1990.

4.- También se demostró que luego de que el detenido fue dejado a disposición de la jurisdicción de orden público, fue recluído en la cárcel del distrito judicial de Cali de donde fue liberado el 14 de abril de 1990 ante la orden de libertad incondicional impartida por el Juez Primero de Orden Público, mediante el oficio de excarcelación No. 351.

5.- Que el comandante de la Tercera Brigada expidió el boletín de prensa No. 21, en el cual sindicó al señor HENRY HURTADO GUERRERO de ser integrante del comité militar del E.L.N., encargado del manejo de explosivos y elemento básico en el núcleo GILDARDO ORTIZ, autor de la quema del bus en Agua Blanca. Este comunicado del 06 de marzo de 1990 fue divulgado por la prensa escrita el 07 de marzo de 1990, concretamente por los periódicos El Caleño y El Occidente. (folios 2 al 8 del cuaderno principal).

Estos hechos así establecidos permiten concluir que la falla de la administración se concretó en la detención ilegal, pues, no se demostró que el allanamiento y la aprehensión hubieran obedecido a orden judicial.

Ultimamente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala la posibilidad de que el Estado deba indemnizar a los asociados por las detenciones ilegales. Concretamente se ha tratado el tema en sentencia del 15 de septiembre de 1994, Proceso No. 9391, Actor: ALBERTO URIBE OÑATE, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

En la providencia mencionada, la condena se hizo con base en la consagración legal del derecho a esa indemnización, que contempla el Art. 414 del Código de Procedimiento Penal, disposición que consagra:

"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 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 las detenciones ilegales que realizó la Tercera Brigada del Ejército Nacional en marzo de 1990, esta Sala con ponencia de quien ahora proyecta esta sentencia, al desatar la demanda de reparación directa instaurada por otra de las víctimas, dijo:

"Si corresponde al Estado por intermedio de sus autoridades la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, según expreso mandato constitucional, tal protección debe cumplirse con apego a las normas legales, dentro de las limitaciones que tal facultad les otorga, pero por sobre todo con un indeclinable respeto hacia los derechos humanos de los administrados. En tales condiciones, si para investigar actividades supuestamente terroristas, someten a algún ciudadano a tratos inhumanos y violatorios de sus derechos fundamentales, le corresponde al Estado responder por las actuaciones de sus agentes, cumplidas de tan censurable y reprochable manera. Aceptar tan ilegítimos procedimientos sólo llevaría a un agotamiento del mínimo de las garantías que tiene el ciudadano frente a la administración y conduciría a que nuestro Estado de derecho quedara convertido en una simple ficción, cuyas normas y principios estructurales no superarían la condición de ser apenas teóricos enunciados o solo intrascendentes declaraciones.".

La indemnización en el *sub-júdice* proviene no sólo de la detención ilegal, sino de las falsas y calumniosas informaciones que la Tercera Brigada del Ejército difundió a través de un comunicado de prensa. Los daños morales que se ocasionaron con esas dos acciones de la demandada, serán indemnizados con el equivalente en pesos a DOSCIENTOS (200) GRAMOS de oro fino, suma que la Sala encuentra razonable para cubrir tal indemnización.

Con base en las consideraciones que anteceden se modificará la sentencia apelada en su numeral 2o. para reducir la cuantía de la condena.

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 numerales 1o., 3o., 5o. y 6o. de la sentencia apelada, esta es aquella proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 11 de octubre de 1993.

SEGUNDO: MODIFICASE el numeral 2o., el cual quedará así: a título de indemnización por perjuicios morales, LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA pagará a favor del señor **HENRY ARMANDO HURTADO GUERRERO** el equivalente en pesos **DOSCIENTOS (200) GRAMOS** de oro fino. El precio del oro será el interno que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse las copias necesarias con destino a la parte actora, las cuales se entregarán a su apoderado judicial; a la parte demandada, al Ministerio Público y al Ministerio de Hacienda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento/PERJUICIOS MATERIALES/AIU

El Tribunal reconoció por concepto de indemnización la suma de $2.268.622, correspondiente a la utilidad prevista a la propuesta dentro del componente A.I.U., en el cual se calculó en el 7.02 del valor del contrato, el valor de la utilidad. Esta sala encuentra adecuada la tasación de perjuicios que así realizó el *a-quo,* por cuanto la jurisprudencia de esta corporación ha venido reconociendo a título de indemnización por incumplimiento del contrato, la utilidad que el contratista dejó de percibir con ese incumplimiento.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento/REEMBOLSO DE GASTOS

El demandante también pretende que se le reconozcan los gastos que realizó para lograr la celebración y perfeccionamiento del contrato, pretensión a la cual no se accederá. Ha dicho esta corporación que estos gastos corresponden a una inversión que el contratista de la administración debe realizar si pretende obtener una utilidad y por ende no son reembolsables cuando ha obtenido tal utilidad, cuyo pago se está ordenando en este caso, en consecuencia se mantendrá la decisión del Tribunal en este aspecto.

PERJUICIOS MORALES EN CONTRATOS-Tasación/CONTRATISTA-Inhabilidades/CADUCIDAD DEL CONTRATO/ARBITRIO IUDICES

Dado que la inhabilidad surge de la ley, al proferirse la resolución de caducidad el contratista queda *ipso facto* incurso en la inhabilidad

correspondiente hasta cinco años, quiere ello decir entonces que si el acto administrativo que declaró la caducidad y por contera la inhabilidad para contratar con las entidades públicas decae o desaparece del mundo jurídico como es el caso *sub-júdice,* al declararse su nulidad, surge la ilegalidad de la inhabilidad consecuencial. Los perjuicios alegados por el contratista, en este caso persona natural, el arquitecto Julio César Navarro, saltan a la vista, entre otras razones por el hecho de quedar inhabilitado. El monto resarcitorio depende de lo alegado y probado, en primer lugar, y, en subsidio de dicha prueba, como es el caso que se analiza, puesto que no se adujo ningún elemento tendiente a determinar la intensidad y cuantificación del mismo, habrá que utilizarse el arbitrio iudices dentro de lo que el juez en cada caso considere razonable y equitativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Ref.: Expediente No. 9206. Actor: Julio César Navarro Giraldo. Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del numeral octavo de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 30 de septiembre de 1993, en la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

"SEGUNDO.- Declárase la nulidad de las resoluciones números 3016, del 9 de julio de 1986, y 6208 del 14 de noviembre del mismo año, originarias del Director General del Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales se impuso una multa al señor JULIO CESAR NAVARRO GIRALDO y se confirmó tal decisión.

"TERCERO.- Declárase la nulidad de las resoluciones números 3828 del 11 de julio de 1986, y 107 del 6 de enero de 1987, originarias del Director General del Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales se declaró y confirmó la caducidad del contrato No. 2139 del 28 de enero de 1985 y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

"CUARTO.- Como consecuencia de las anteriores decisiones, declárase que el señor JULIO CESAR NAVARRO GIRALDO no está obligado a pagar suma alguna por concepto de multas y de pena penal pecuniaria determinadas en los actos cuya nulidad se decreta y que, en caso de haber sido canceladas las sumas respectivas, estas

serán devueltas por el Instituto de Seguros Sociales, actualizándolas conforme a los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República tomando como índice inicial el de la fecha de pago y como índice final el de la fecha de ejecutoria de esta providencia.

"QUINTO.- Declárase al Instituto de Seguros Sociales responsable por el incumplimiento del contrato No. 2139 de 1985.

"SEXTO.- Condénase al Instituto de Seguros Sociales a pagar al señor JULIO CESAR NAVARRO GIRALDO la suma de dos millones doscientos sesenta y ocho mil seiscientos sesenta y dos pesos ($2.268.662.oo) por concepto de perjuicios materiales derivados de la declaratoria de caducidad del contrato No. 2139 del 28 de enero de 1985.

"La anterior suma se actualizará y devengará intereses tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

"SEPTIMO.- Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

"NOVENO.- Sin condena en costas".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda

En escrito presentado ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de marzo de 1987, el señor Julio César Navarro Giraldo, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el art. 85 del C.C.A., formuló demanda en contra del Instituto de Seguros Sociales, con la pretensión de que se declarara la nulidad de unos actos administrativos proferidos por ese instituto, a saber:

- Resolución No. 3016 de 9 de julio de 1986, mediante la cual se impuso al demandante una multa de $350 diarios, desde el 18 de febrero de 1985, y la res. No. 6208 de 14 de noviembre de 1986 por medio de la cual se confirman los artículos 1o. y 2o. de la anterior y se modificó el art. 3o. en el sentido de que la multa no debía ser cubierta entre el 18 de febrero de 1985 y el 13 de diciembre del mismo año.

- Resolución No. 3828 de 11 de julio de 1986, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato No. 2139 de 28 de enero de 1985 y se hizo efectivo la cláusula penal pecuniaria por $3.180.000; y la resolución No. 107 de 6 de enero de 1987, a través de la cual se confirmó la anterior.

Como consecuencia de decretarse la nulidad, el demandante pretende que se declare que no está obligado a pagar las sumas de $1.277.613 por concepto de multas y de $3.180.000 por cláusula penal pecuniaria y para el evento de que se hayan realizado esos pagos, se ordene la devolución de lo pagado junto con la indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante. También pretende que se declare que no es el responsable del incumplimiento del contrato.

A título de restablecimiento pretende que se le pague por daño emergente y lucro cesante, las siguientes sumas:

a) $2.268.662, valor de la utilidad contemplada en la propuesta, la cual se calculó en el 7.02% sobre el valor del contrato, el cual correspondía a la suma de $32.317.121.99.

b) $36.601, suma correspondiente a los gastos de administración realizados y autorizados en el ítem A.I.U., los cuales corresponden a los siguientes rubros:

Impuestos Nacionales: $88.877

Publicación Diario Oficial: $32.760

Póliza de garantía de correcta inversión del anticipo: $76.267

Póliza de cumplimiento: $62.696

Póliza de prestaciones: $260.329

Póliza de responsabilidad civil extracontractual: $15.142

Publicación Diario Oficial: $530

c) El equivalente en pesos a 4.000 gramos de oro fino, por los perjuicios materiales y el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, por los perjuicios morales, derivados de la inhabilidad a la cual quedó sometido el contratista, como consecuencia de la declaratoria de caducidad.

Por último, pidió la actualización de las sumas cuyo pago se ordenará, además del reconocimiento de intereses corrientes sobre las mismas.

2o. Los hechos

A folios 5 a 12 del cuaderno principal se expusieron 61 hechos, que permiten ser resumidos, así:

Mediante resolución No. 6803 del 26 de diciembre de 1984 el Director General del I.S.S., adjudicó a Julio César Navarro el contrato No. 2139, por valor de 37.180.031,73, para la adecuación del edificio el recodo centro de atención básica, **contrato que fue firmado el 28 de enero de 1985.**

Inmediatamente después de la firma del contrato, el contratista pagó el impuesto de timbre y la publicación en el Diario Oficial y constituyó las pólizas de garantía.

Dos meses después de haber firmado el contrato y de satisfacer por parte del contratista todos y cada uno de los requisitos exigidos para su perfeccionamiento, el I.S.S. no dio la orden de iniciación de las obras, sino que al contrario comenzó a establecer una serie de trabas internas que impidieron la realización del contrato. Por ejemplo, el 28 de marzo de 1985 el Jefe de la Oficina Nacional de Planeación, ofició al Jefe de la División de Asuntos Administrativos de la Oficina Jurídica Nacional, informándole en relación con el contrato, que no se podía diligenciar el formulario de inversión por cuanto el Director General no había efectuado la distribución del persupuesto.

Para cumplir con sus obligaciones contractuales el contratista a su vez contrató con la Siemens, la adquisición de unos equipos y se comprometió a pagar el 50% del valor como anticipo, pago que no pudo realizar dado que el I.S.S., no le había dado luz verde al contrato y por consiguiente no se había podido tramitar el anticipo.

Ante la expedición de la resolución No. 4178 del 30 de julio de 1985 por medio de la cual se ajustó el persupuesto del I.S.S., incluyéndose la suma de $24.000.000 para la adecuación del edificio centro de atención básica Puente Aranda El Recodo, el contratista gestionó nuevamente ante los proveedores el suministro de equipos y materiales. Siemens le respondió que ya no contaba con existencias.

En agosto de 1985 cuando finalmente se envió a la Oficina Jurídica el certificado de registro presupuestal definitivo por valor de $37.620.495, esa oficina a solicitud del contratista comunica a la Aseguradora Colseguros la actualización de las pólizas y señala como fecha aproximada de iniciación de la obra, el 15 de septiembre de 1985. El contratista procede entonces a actualizar la póliza y a entregarla en el I.S.S. el 11 de septiembre. Tampoco se dio la orden de iniciación de la obra.

El 16 de octubre de 1985 el contratista se dirige por escrito al Director General del I.S.S. y le solicita la agilización del trámite del contrato.

El 7 de noviembre de 1985 se informa al contratista que el contrato fue enviado a la Oficina Seccional de Cundinamarca, donde se celebró, para corregir un error aritmético. La existencia de ese error era conocido por el I.S.S. desde el 27 de noviembre de 1984 y sólo once meses después se procede a enmendarlo.

Dado el tiempo transcurrido desde la firma del contrato, el 11 de noviembre de 1985, el contratista solicita por escrito al I.S.S. la actualización de los precios de los equipos. No recibe respuesta. El 4 de diciembre el contratista insiste en la actualización e indica que en caso de no accederse a ella, entonces se excluyan del contrato aquellos *ítems* en relación con los cuales no podía sostener los precios.

El 13 de diciembre de 1985 se firmó ese otrosí, por medio del cual se hacía la corrección del valor real. No se habían atendido los requerimientos del contratista, en relación con la actualización.

Actualizadas las garantías, el contrato quedó perfeccionado el 18 de diciembre de 1985. El 27 de diciembre el contratista radicó la cuenta de cobro del anticipo.

En el contrato se pactó que el anticipo se pagaría dentro de los treinta días siguientes al perfeccionamiento del contrato, y como el contrato fue perfeccionado finalmente el 18 de diciembre de 1985, la fecha límite para el pago del anticipo era el 3 de febrero de 1986. El contratista se acercó a reclamar el cheque en varias oportunidades, sin resultado positivo. Apenas en comunicación del 10 de marzo de 1986, el Jefe de la División de Dotaciones e Instalaciones ordena a la Tesorería que el anticipo sea girado. Pero a pesar de esa autorización el cheque es retenido, porque en la Tesorería se extravió el memorando que lo autorizaba. Así lo informó el Jefe de Tesorería al Jefe de Cuentas, en oficio del 11 de abril de 1986.

El 21 de marzo de 1986, el contratista ante el incumplimiento por parte del I.S.S. y frente a la evidencia de la imposibilidad de realizar el contrato, solicita al Director del I.S.S., la convocatoria del Tribunal de Arbitramento establecido en la cláusula 29 del contrato, con el fin de obtener la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios.

El 16 de abril de 1986 se impartió la orden de iniciación de obras y se afirmó que el contratista se había negado a recibir el anticipo.

En reunión del 5 de mayo de 1986, convocada por el I.S.S. el 24 de abril, para interpretar unilateralmente el contrato como paso previo a la constitución del Tribunal de Arbitramento, se llevó un acta previamente elaborada en forma unilateral por sus funcionarios, en la cual se ajustaban los precios del contrato con los índices de Camacol. El contratista no suscribió esa acta por no estar de acuerdo con ella y dejó constancia que el sentido de que ese ajuste no correspondía al aumento en el precio de los equipos de telefonía, que de $6.500.000 había aumentado a $14.000.000.

Mediante resolución 2097 del 28 de mayo de 1986 notificada el 11 del mes siguiente, se interpretó unilateralmente el contrato, en cuanto al reajuste de precios de acuerdo a los índices de Camacol. Contra esa decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue despachado negativamente en res. 3534.

El 18 de junio de 1986 el contratista insistió ante el Director General del I.S.S., en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento. El 23 de julio/86 se solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el señalamiento de fecha para la audiencia en la cual serían nombrados los árbitros. La Sección Tercera del Consejo de Estado señaló para el efecto, el 16 de enero de 1987.

El 11 de agosto de 1986, se notificó al contratista, de las siguientes resoluciones:

3534, por medio de la cual se desató negativamente el recurso de reposición interpuesto contra aquella que interpretó unilateralmente el contrato.

3016, por medio de la cual se le impusieron multas.

3826, a través de la cual se declaró la caducidad del contrato.

Contra esas decisiones se interpuso recurso de reposición, desatado por medio de las resoluciones 6202 y 107, la primera notificada el 29 de diciembre de 1986, y la segunda el 6 de enero de 1987.

3o. Normas Violadas y Concepto de Violación

La parte actora acusó los actos enjuiciados de presentar los siguientes vicios:

INCOMPETENCIA.- Porque una vez formulada la petición de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, el contrato perdió su fuerza negocial y por tanto la administración no podía proferir esos actos.

FALSA MOTIVACION.- Por cuanto los mismos funcionarios que reconocieron la exagerada demora en la tramitación del contrato, luego crearon hechos artificiales para poder imponer la multa y declarar la caducidad.

DESVIO DE PODER.- Porque la administración no puede hacer uso de la cláusula exorbitante de caducidad para tapar su incumplimiento, como se hizo en este caso. Esa actuación se realizó con desvío de las funciones que le eran propias.

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO.- Consagrada en el Art. 1.609 del C. Civil, según la cual el incumplimiento de una de las partes, libera a la otra de su obligación correlativa, en consecuencia, como la administración no cumplió con pagar el anticipo, no podía exigir cumplimiento de sus obligaciones al contratista.

4o. Actuación Procesal

La demanda se admitió en auto del 11 de mayo de 1987, decisión que se notificó a la demandada el 7 de julio del mismo año. Oportunamente se dio respuesta por medio del escrito que reposa a folios 208 y s.s. del cuaderno principal. Allí la demandada se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda. En cuanto a los hechos contestó en relación con la mayoría de ellos que se atenía a lo que se pidiera en el proceso y expresó que no era cierto que se hubiera negado la entrega al contratista del anticipo y que si el contratista solicitó la resolución del contrato, se debió a su propia incapacidad de cumplirlo.

Como excepción propuso la de indebida acumulación de pretensiones la cual fundamentó con el argumento de que el acto por medio del cual se impuso la multa, es un acto separable y por ende debe ser demandado en acción de nulidad y restableci-

miento del derecho, cuyo proceso debe regirse por lo dispuesto en el art. 206 C.C.A., mientras que el acto mediante el cual se declaró la caducidad es un acto administrativo contractual que sólo es susceptible de ser demandado, en acción contractual, cuyo trámite sigue el procedimiento del Art. 217 del C.C.A.

En el término concedido por el Tribunal *a-quo* para alegar, la parte actora argumentó en contra de la excepción de indebida acumulación de pretensiones, que antes de la aparición del Decreto 2304/89, era dubitativa la acción a escoger cuando se trataba de las relaciones pre, con y post contractuales. Por último, en relación con los hechos afirmó que de todos ellos se había aportado la prueba.

La demandada, por ser parte insistió en la excepción planteada al responder la demanda.

El señor agente del Ministerio Público ante el Tribunal consideró que debían negarse las súplicas del actor por ineptitud sustantiva de la demanda por cuanto las resoluciones demandadas no podían impugnarse dentro de un solo libelo, dado que son actos que tienen identidad y vida jurídica totalmente independientes, que debieron demandarse en forma separada y a través de la acción contractual.

Antes de proferir sentencia en primera instancia, el Tribunal *a-quo* ordenó la vinculación al proceso de la Compañía Aseguradora Colseguros S.A., en calidad de *litis* consorte necesario, por ser la garante del cumplimiento del contrato que vinculó a las partes. Esa decisión se notificó a la Aseguradora el 28 de mayo de 1993. La entidad citada, por medio de apoderado judicial presentó el escrito visible a folios 440 y s.s. del cuaderno principal. Allí pidió que se accediera a las súplicas de la demanda y defendió los argumentos que le sirvieron al actor para fundamentarla.

5o. La Sentencia Apelada

El Tribunal en primer término desestimó la excepción propuesta porque estableció de un lado que los actos administrativos demandados eran de carácter contractual y no separables, dado que se produjeron durante la vigencia del contrato, y en consecuencia la acción adecuada para obtener su nulidad, era la contractual; además, encontró procedente la acumulación de pretensiones en la forma planteada en la demanda, dado que según la jurisprudencia del Consejo de Estado es viable la acumulación de pretensiones de menor cuantía, con otra de mayor cuantía.

En relación con la cuestión de fondo declaró la nulidad de los actos enjuiciados, porque adolecían del vicio de falsa motivación. Encontró también que se había presentado la excepción de contrato no cumplido. Para fundamentar su decisión explicó que en el proceso se había demostrado que el I.S.S. no cumplió con la obligación de pagar el anticipo antes de dar la orden de ejecución de las obras, puesto que el cheque para cubrir el valor del anticipo sólo fue girado el 3 de marzo de 1986, y luego fue retenido, sin que nunca se pusiera a disposición de la entidad contratista. Aceptó

conforme al principio consagrado en el Art. 1609 del C. Civil, que ante el incumplimiento de la entidad contratante en el pago del anticipo, la contratista no incurrió en mora de cumplir con sus obligaciones correlativas.

En cuanto a la indemnización reclamada condenó a la demandada a pagar la suma de $2.268.662, correspondiente a la utilidad que el contratista dejó de percibir como resultado de la inejecución del contrato. Ese valor lo tomó de la utilidad prevista en el A.I.U. del contrato, además ordenó su actualización. Negó las demás pretensiones indemnizatorias, por las siguientes razones:

- El reconocimiento de los gastos realizados para la celebración del contrato por cuanto corresponden a aquellos que el contratista tiene que sufragar para celebrar los contratos y que no son reembolsables.

- Los perjuicios causados por la inhabilidad que produjo la declaratoria de caducidad, porque no se aportó prueba alguna de que estos se hubieran producido.

- La indemnización por el daño moral, por la falta de prueba de su existencia.

- Los intereses corrientes sobre las sumas cuyo pago se ordenará, dado que había ordenado la actualización de las mismas. Reconoció en cambio un interés del 6% anual, sobre el valor histórico.

- La condena en costas, también la negó por disposición expresa del Art. 171 del C.C.A.

6o. El Recurso de Apelación

La parte actora se mostró inconforme con la negativa del Tribunal al reconocimiento de la indemnización reclamada, por algunos conceptos, a saber:

- El reembolso de las sumas correspondientes a los gastos que hizo el contratista tendientes a lograr la celebración del contrato. Para fundamentar este punto argumentó que en la propuesta esos gastos se involucraban en los precios unitarios, lo cual permite que a medida que avance la obra se recuperen los gastos e ingrese la utilidad.

- El reconocimiento de los perjuicios morales subjetivos, que debe hacerse en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, dado que el actor es un arquitecto que vio frustrada la obra concebida por él.

7o. La Actuación en esta Instancia

En el trámite de la apelación tanto las partes como el Ministerio Público, guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia apelada, por cuanto comparte las consideraciones y parcialmente la conclusión a la cual llegó el *a-quo*.

Para el estudio del asunto la Sala seguirá este derrotero:

1o) El contrato, su celebración y perfeccionamiento.

2o) Los actos enjuiciados.

3o) El concepto de violación.

4o) La indemnización pretendida.

1o) El contrato, su celebración y perfeccionamiento.

A folios 81 y s.s. del cuaderno No. 2, reposa copia auténtica del contrato de Obra Pública No. 002139, celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales y el señor Julio César Navarro Giraldo, y cuyo objeto era la adecuación del edificio El Recodo Centro de Atención Básica, situado en esta ciudad.

Al contrato se le señaló un valor del $37.620.495,43 en la cláusula 2a. y fue celebrado el 28 de enero de 1985.

La cláusula trigésima primera condicionó su perfeccionamiento a la presentación por parte del contratista de los siguientes documentos:

a) Paz y salvo por concepto de impuestos a la renta y complementarios.

b) Constitución de las garantías para el buen manejo del anticipo de cumplimiento del contrato; de estabilidad y conservación de la obra; de prestaciones sociales; y seguros de responsabilidad civil;

c) Publicación en el Diario Oficial del texto del contrato.

Según la misma cláusula 31, para la fecha de celebración del contrato, el contratista ya había cumplido con el requisito de aportar el paz y salvo por concepto de impuestos a la renta y complementarios. La constitución de las pólizas de garantía y el pago de la publicación en el Diario Oficial, fue acreditado por el contratista el 5 de febrero de 1985, según lo relacionó en el oficio visible a folios 44 y 45 del cuaderno principal. Puede afirmarse entonces, que desde esa fecha se vio perfeccionado el contrato.

Pero vinieron luego una serie interminable de contratiempos, todos provenientes de la demandada, que impidieron la ejecución del contrato. En efecto en la cláusula cuarta del contrato se pactó en relación con el anticipo: " EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el anticipo dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del contrato, previa presentación de la respectiva cuenta de cobro debidamente legalizada y con el lleno de los requisitos administrativos y fiscales establecidos y una vez aprobadas las garantías de que se trata más adelante. "El valor del anticipo se pactó en el 20% de la cuantía del contrato, es decir, en la suma de $7.524.099.09.

Ese anticipo no se pagó, por hechos imputables única y exclusivamente a la demandada, como se verá adelante.

2o) Los actos enjuiciados.

a) Resolución No. 3016 del 9 de julio de 1986 y la No. 6208 del 14 de noviembre del mismo año, mediante la cual se desató el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior. Mediante la resolución 03016 del 9 de julio de 1986, se impusieron al contratista dos multas, una a razón de $350 diarios a partir del 18 de febrero de 1985, hasta la fecha de notificación de esa resolución, por incumplimiento en la entrega del programa de trabajo y la otra por la suma de $1.277.613, por incumplimiento a la orden de iniciación de obra. El contratista interpuso reposición en contra de ese acto, el cual fue confirmado casi en su integridad por la resolución No. 006208 del 14 de noviembre de 1986, con la sola modificación de que la multa diaria no sería cubierta por el lapso comprendido entre el 18 de febrero de 1985 y el 13 de diciembre del mismo año.

b) Resolución No. 3828 del 11 de julio de 1986 y la No. 107 del 6 de enero de 1987, confirmatoria de la anterior. (fls. 140, 141, 163 y 164 del cuaderno principal).

En la resolución 3828 se declaró la caducidad administrativa del contrato, porque el contratista no cumplió con la orden de iniciación de obra que le fue impartida en memorando de 16 de abril de 1986. Además, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por la suma de $3.180.003.17.

El recurso de reposición interpuesto por el contratista en contra de esa decisión, fue resuelto mediante la resolución No. 0107 del 6 de enero de 1987, en la cual se confirmó en su integridad aquella recurrida.

3o) El Concepto de Violación.

Como ya se anotó en esa providencia, fueron varias las causales de nulidad que el actor le endilgó a los actos enjuiciados, a saber: Incompetencia, falsa motivación, desvío de poder y excepción de contrato no cumplido. El *a-quo* se dedicó únicamente a la de falsa motivación, por haberla encontrado claramente demostrada, deducción que la Sala comparte.

En efecto, en el proceso abunda la prueba documental que informa sobre el desgreño que imperó en la actividad de la administración, para que se pudiera lograr la ejecución del contrato suscrito con el señor Julio César Navarro.

A pesar de que el contratista oportunamente presentó toda la documentación necesaria para lograr el perfeccionamiento del contrato, esto no se logró por cuanto el contrato no había obtenido el concepto previo del Departamento de Planeación Nacional, el cual se obtuvo finalmente en julio de 1985, lo que llevó a la administración a calcular que el 15 de septiembre de ese año, se ordenaría la iniciación de la obra. Comunicación en este sentido fue convocada por la Jefe de la Oficina Jurídica Nacional del I.S.S., a Colseguros S.A., Aseguradora que había otorgado las garantías del contrato, con el fin de que se modificara el término de vigencia de las pólizas (fls. 67

y 68 c. ppal.). Pero ni siquiera el 15 de septiembre se dio la orden de iniciación de obra, porque en la cláusula vigésima séptima se había condicionado el perfeccionamiento del contrato a la apropiación y registro presupuestal del contrato, la cual se encontraba imputada al presupuesto de la Seccional Cundinamarca y era la falta de apropiación presupuestal, el requisito que impedía la ejecución del contrato y ese trámite corría exclusivamente por cuenta de la entidad. Esa apropiación apenas se logró en forma parcial en julio 30/85, según consta en la copia de la resolución 4178, (fls. 58 y 59, cuaderno principal), y el certificado de registro presupuestal, se expidió en agosto 20 del mismo año. (fls. 62 *ibídem*). El Certificado de Registro Presupuestal definitivo, se hizo el 27 de agosto, según lo comunicó el Jefe de la Sección de Presupuesto al Jefe de la Oficina Jurídica. (fl. 64 *ibídem*).

El contratista quien había suscrito el contrato en enero de 1985 y había presentado todos los documentos que le correspondían desde el mes de febrero, insistió durante todo el año de 1985 ante diferentes funcionarios del I.S.S., incluso ante el Gerente General, para que se tramitara el pago del anticipo, sin lograrlo, en el proceso reposan varias copias con la constancia de recibido por parte del I.S.S., de requerimientos que en tal sentido envió el contratista.

Después de que existía la apropiación presupuestal, entonces la administración decidió entrar a corregir la minuta del contrato en la cláusula 2a., en la cual se había consignado que el valor era $37.620.495,43, cuando realmente era $37.180.031.73. La corrección estaba también a cargo del I.S.S. y sólo se hizo el 13 de diciembre de 1985.

Nuevamente y por orden de la contratante el señor Navarro actualizó las pólizas, las presentó al igual que la cuenta de cobro, el 18 de diciembre de 1985, fecha que la administración señaló como la del perfeccionamiento del contrato, pero tampoco esta vez se pagó el anticipo dentro de los 30 días siguientes. Así es, la orden para girar el cheque con el fin de realizar ese pago, apenas fue dada en marzo 10/86. A folio 103 del expediente reposa un memorando del Jefe de la División de Instalaciones y Dotaciones, al Tesorero General, en el cual le solicita que el cheque del anticipo sea girado a nombre del contratista y del interventor. Para la fecha ya había vencido el plazo que la administración tenía para pagar el anticipo.

Pero el 11 de abril de 1986, el Jefe de la Sección de Cobranzas envía un memorando al Jefe del Grupo de Cuentas, en el cual le solicita autorización para pagar el cheque y le informa que mientras tanto este está retenido. En conclusión, al contratista no se le entregó ni oportuna, ni extemporáneamente, el valor del anticipo.

Frente a todas estas circunstancias que demoraban la ejecución del contrato, el contratista pidió la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con el fin de lograr la resolución del contrato, dicha solicitud la presentó en el I.S.S., el 21 de marzo de 1986. (fls. 106 y s.s. cuaderno No. 1). Frente a esta solicitud, la administración entra a proferir las resoluciones demandadas, en las cuales se sanciona el incumplimiento del contrato, el cual no existió, siendo cierto el incumplimiento, de la otra parte, es falsa la motivación de los actos enjuiciados, lo cual genera su nulidad.

4o) La Indemnización Pretendida.

El Tribunal reconoció por concepto de indemnización la suma de $2.268.622, correspondiente a la utilidad prevista en la propuesta dentro del componente A.I.U., en el cual se calculó en el 7.02% del valor del contrato, el valor de la utilidad. Esta Sala encuentra adecuada la tasación de perjuicios que así realizó el *a-quo,* por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo a título de indemnización por incumplimiento del contrato, la utilidad que el contratista dejó de percibir con ese incumplimiento.

Esa suma que se reconoció a título de indemnización por el incumplimiento, se actualizará desde el mes de abril de 1986, época en la cual se debió terminar la ejecución del contrato, cuyo plazo era de cuatro meses, si la orden de iniciación se hubiera proferido una vez perfeccionado (18 de diciembre de 1985).

$$Vp = Vh \frac{\text{I. Final (agosto/94)}}{\text{I. Inicial (abril/86)}}$$

$$Vp = 2'268.622 \frac{379.62}{58.03}$$

$$Vp = \$\ 14'840.845.$$

El demandante también pretende que se le reconozcan los gastos que realizó para lograr la celebración y perfeccionamiento del contrato, pretensión a la cual no se accederá. Ha dicho esta Corporación que esos gastos corresponden a una inversión que el contratista de la administración debe realizar si pretende obtener una utilidad y por ende no son reembolsables cuando ha obtenido tal utilidad, cuyo pago se está ordenando en este caso, en consecuencia se mantendrá la decisión del Tribunal en este aspecto.

Por último, también fue motivo de apelación la negativa del Tribunal al reconocimiento de perjuicios morales subjetivos.

Sobre este punto la Sala considera que dado que la inhabilidad surge de la ley, al proferirse la resolución de caducidad el contratista queda *ipso facto* incurso en la inhabilidad correspondiente hasta por cinco años, quiere ello decir entonces que si el acto administrativo que declaró la caducidad y por contera la inhabilidad para contratar con las entidades públicas decae o desaparece del mundo jurídico como es el caso *sub-iudice,* al declararse su nulidad, surge la ilegalidad de la inhabilidad consecuencial.

Ahora bien, los perjuicios alegados por el contratista, en este caso persona natural, el Arquitecto Julio César Navarro, saltan a la vista, entre otras razones por el hecho de quedar inhabilitado.

El monto resarcitorio depende de lo alegado y probado, en primer lugar, y, en subsidio de dicha prueba, como es el caso que se analiza, puesto que no se adujo ningún elemento tendiente a determinar la intensidad y cuantificación del mismo, habrá que utilizarse el *arbitrio iudices* dentro de lo que el Juez en cada caso considere razonable y equitativo. Así las cosas y aplicando este último criterio, la Sala condenará a la entidad pública a título de indemnización por perjuicios morales para el demandante en el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino, habida cuenta, adicionalmente, del comportamiento desleal y de la incuria que siempre acompañó a la entidad demandada desde el comienzo de la relación negocial, que no se compadece con ninguno de los principios que rigen la contratación estatal, en especial el de la buena fe.

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 numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o. y 9o. de la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de septiembre de 1993.

SEGUNDO: MODIFICASE el numeral 6o., en el sentido de que la suma que el Instituto de Seguros Sociales deberá pagar al señor Julio César Navarro por concepto de perjuicios materiales, es de catorce millones ochocientos cuarenta mil ochocientos cuarenta y cino pesos ($14.840.845) Moneda Legal.

TERCERO: MODIFICASE el numeral octavo, el cual quedará así: A título de indemnización por perjuicios morales, el I.S.S., pagará al señor Julio César Navarro, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro fino. El precio del oro será el interno que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Las demás súplicas de la demanda son denegadas.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia expídanse las copias necesarias con destino a las partes y al Ministerio Público. Aquella copia que se expida a la parte actora, será entregada a su apoderado judicial.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE y publíquese en los Anales del Consejo.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO/*LITIS* CONSORCIO NECESARIO/NULIDAD PROCESAL/AUTO ADMISORIO DE DEMANDA

Si de los hechos de la demanda o de los documentos acompañados con ella se concluye que las resultas de fallo afectan a terceros no involucrados en la demanda, el juez, de oficio, integrará el contradictorio y dispondrá en el auto admisorio la vinculación de ese tercero, en calidad de parte principal, por tener la categoría de *litis consorte* necesario, sin el cual podrá proferirse decisión final de mérito. Si el juez al admitir la demanda, por descuido, no ordena la vinculación del *litis consorte* necesario, como lo impone la ley, y prosigue la actuación con dicha omisión, lo actuado resulta ineficaz y se impone la declaratoria de nulidad de lo realizado a partir de dicho auto admisorio, es decir, lo ocurrido después de la providencia inicial del proceso (numeral del art. 9 del art. 140 del C. de P.C.). Es obligación del juez integrar el contradictorio en debida forma, en la propia providencia originaria de la actuación, sin que requiera petición de parte al respecto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Ref.: Expediente No. 10.002. Actor: Banco Ganadero. Demandada: Incora

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de don Gregorio Jerónimo Coll tercero interviniente, contra el auto de 2 de mayo de 1994

proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante el cual "se decreta la nulidad parcial del proceso a partir del auto proferido por el señor Procurador Catorce de ese Tribunal de fecha 6 de agosto de 1993, mediante el cual se citó a audiencia de conciliación a las partes que hasta ese momento intervinieron en el proceso". De igual manera el proveído atacado agregó: "Ejecutoriada esta providencia, notifíquese personalmente al señor Gregorio Gerónimo Coll, *litis consorte* necesario, el auto admisorio de la demanda y se le concede un término de cinco (5) días para que conteste la demanda, proponga excepciones y solicite la práctica de pruebas... Mientras comparece el citado suspéndase el proceso durante el término necesario para su comparecencia".

Para arribar a la determinación que se acaba de transcribir parcialmente, el *a-quo* razonó de la siguiente manera:

Que el auto admisorio de la demanda debió notificársele, de manera personal, a quien o quienes según la demanda y los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso. Esta es la situación del señor Gregorio Gerónimo Coll, dado que él aparece como beneficiario de la adjudicación del predio "Granja Tubará", pues, dicha persona ostenta la calidad de *litis consorte* necesario.

Que como al señor Gregorio Gerónimo Coll no se le vinculó al proceso, debiéndose haberlo hecho, se tipifica la causal de nulidad consagrada en el numeral 9o. del artículo 140 del C. de P.C. a partir "de la actuación de fecha 6 de agosto de 1993 adelantada por la Procuraduría Catorce de este Tribunal que aparece a folio 145 del expediente, mediante la cual citó a las partes que hasta ese momento tenían la calidad de tales, para audiencia de conciliación.

"Una vez ejecutoriada esta providencia se ordenará citar al *litis consorte* necesario señor Gregorio Gerónimo Coll para que se haga parte en la *litis*, concediéndosele el mismo término para que comparezca al proceso. Mientras ocurre lo anterior, se ordenará suspender el proceso por el término necesario para su comparecencia".

El recurrente, por su parte propugna porque el decreto de la nulidad debe comprender la totalidad de la actuación procesal, "a partir del auto admisorio de la demanda", de tal suerte que al quedar afectado de ineficacia procesal el auto admisorio, afirma enfáticamente, habrá operado el fenómeno de caducidad de la acción para el Banco Ganadero, al menos en cuanto respecta al tercero Gregorio Gerónimo Coll. Reitera pues, que la nulidad debe ser de la totalidad del proceso.

Para resolver se considera:

Primero: Es cierto que si de los hechos de la demanda o de los documentos acompañados con ella se concluye que las resultas del fallo afectan a terceros no involucrados en la demanda, el Juez, de oficio, integrará el contradictorio y dispondrá en el auto admisorio la vinculación de ese tercero, en calidad de parte principal, por tener la categoría de *litis consorte* necesario, sin el cual no podrá proferirse decisión final de mérito.

Segundo: "Si el Juez al admitir la demanda, por descuido, no ordena la vinculación del *litis consorte* necesario, como lo impone la ley, y prosigue la actuación con dicha omisión, lo actuado resulta ineficaz y se impone la declaratoria de nulidad de lo realizado a partir de dicho auto admisorio, es decir, lo ocurrido después de la providencia inicial del proceso (numeral 9o. del art. 140 del C. de P.C.).

Tercero: La circunstancia de no haberse ordenado la citación del *litis consorte* necesario en el propio auto admisorio, no impone la nulidad de dicha providencia sino que esta deberá complementarse con la orden de tener por parte principal al tercero omitido y disponer la notificación personal del auto admisorio así integrado al tercero interviniente forzoso y demás interesados en la *litis*, para corregir la omisión detectada, subsanar el defecto formal y emprender el trámite ordenado y normal del proceso.

Así las cosas, el auto recurrido resulta confuso puesto que quiso darle aplicación al artículo 83 del C. de P.C. y a la vez decretar la nulidad de lo actuado, pero tan sólo a partir de la convocatoria a audiencia de conciliación que hiciera el Ministerio Público a quienes intervenían para entonces en el proceso. Pero tampoco puede admitirse la tesis del recurrente, en el sentido de que la nulidad debe cobijar el auto admisorio con la consecuencia que, por sí y ante sí, reitera en cuanto a una supuesta caducidad de la acción contra dicho recurrente.

La Sala precisa que es obligación del Juez integrar el contradictorio en debida forma, en la propia providencia originaria de la actuación, sin que se requiera petición de parte al respecto y eso es lo que aquí corresponde hacer.

En conclusión, el Tribunal debió decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, el cual queda excluído de dicha ineficacia y disponer adicionalmente que la demanda se entienda también dirigida contra el señor Gregorio Geronimo Coll, quien, ostenta la calidad de *litis consorte* necesario. Así integrado el auto admisorio, se dispondrá la notificación personal de dicho proveído al citado Gregorio Gerónimo Coll, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos para que se surta el traslado. Una vez integrada completamente la *litis*, el Tribunal proseguirá con el curso normal del proceso, con la advertencia de que hoy resulta innecesario el intento de conciliación ante el Ministerio Público puesto que el Decreto 2651 de 1991 suspendió dicha actuación.

Por lo expuesto, la Sala,

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmase la providencia apelada, o sea, el auto de 2 de mayo de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, pero con la aclaración de que la nulidad afecta la actuación posterior al auto admisorio de la demanda, el cual se adiciona oficiosamente para ordenar la vinculación como parte principal, del señor Gregorio Gerónimo Coll, en su calidad de *litis consorte* necesario.

SEGUNDO: Por el *a-quo* provéase a notificar personalmente el auto admisorio y esta providencia que lo complementa al citado señor GREGORIO GERONIMO COLL. Hágasele entrega de la demanda y de sus anexos.

TERCERO: Cumplido lo anterior, el *a-quo* reanudará, en legal forma la actuación procesal correspondiente.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiuno (21) de octubre 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.

CONTRATO DE EXPORTACION-Naturaleza Jurídica/CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/CLAUSULA DE CADUCIDAD/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA

El contrato de exportación celebrado entre las partes en vigencia del Decreto 222/83 no está incluído en la relación que de los contratos administrativos hizo el art. 16 de ese ordenamiento, en consecuencia, es un contrato de derecho privado justificable, en sede de lo contencioso administrativo, por haberse pactado en él la cláusula de caducidad, para con aplicación del derecho sustancial de índole privado, como es el Código de Comercio y el Código Civil. Esta orientación la ha reiterado la Sala, entre otros en proveídos del 8 de septiembre de 1987, proceso 4955, Actor: Centro de Cómputo de Nariño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 25 de julio de 1991, proceso No. 6471, Actor: Sociedad Proviseguros Ltda., Asesores de Seguros. Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

MULTAS/PODER COACTIVO/CONTRATOS ADMINISTRATIVOS/CONTRATOS ESTATALES/CLAUSULAS EXORBITANTES

Ahora bien, el art. 71 del Decreto 222/83 señala que en los contratos administrativos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial. Esa facultad es una manifestación del poder coactivo del que goza la administración frente a los particulares, en este caso los contratistas, con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la

obtención de los fines propios del Estado. Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial. No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes. Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encontrara frente a uno de los contratos señalados en el art. 16 del Decreto 222/83, pero no es uno que no esté incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo pueda ser decretado por los jueces.

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/ IGUALDAD DE LAS PARTES/MULTAS-Imposición/**JUEZ DEL CONTRATO**-Facultades

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aun en el caso de incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso. En los contratos de derecho privado de la administración, esta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub-júdice,* imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los arts. 71 a 73 del Decreto 222/83. Y se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía de la ley contractual.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor: Daniel Suárez Hernández.*

Ref.: Expediente No. 9288. Actor: Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda. Demandado: Incomex.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 11 de noviembre de 1993, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárase no probada la excepción que por ineptitud dela demanda, propuso el INCOMEX.

"SEGUNDO.- Declárase oficiosamente, la nulidad absoluta de la cláusula Quinta del Contrato de Exportación, celebrado entre el INCOMEX y la "Sociedad Comercializadora Omega Limitada", **en cuanto prevé** la facultad exorbitante de imposición de multas por parte del INCOMEX.

"TERCERO.- Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones demandadas:

"A. En **el proceso 4.401,** los números 0763 de marzo 3 de 1987 y 4188 de 26 de noviembre de 1987.

"B. **En el proceso 4.659,** los números 3.567 y 3.568 ambas de 20 de octubre de 1987, y las confirmatorias, resoluciones números 721 y 722, ambas del 29 de febrero de 1988.

"C. **En el proceso 5.944,** las resoluciones 02682 y 02684, de 13 de junio de 1989 -modificadas por la 3.007 de 20 de junio de 1989- y la confirmatoria de aquellas, resolución número 4.736 de 6 de septiembre de 1989.

"CUARTO.- A título de restablecimiento de derecho, se dispone:

"A. Que en el evento, que no se hubiere hecho la cancelación de las multas, no habrá lugar a pago.

"B. Que en el evento, que se hubieren cancelado las sanciones impuestas con los actos administrativos anulados, su valor habrá de devolverse. (Artículo 177 del C.C.A., último inciso).

"QUINTO.- Sin condena en costas pues no se causaron".

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Lo que se demanda

En la sentencia que ahora se revisa en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se decidieron tres procesos trabados entre las mismas partes, cuya acumulación fue ordenada por el *a-quo* el 26 de noviembre de 1992, las demandas con las cuales se iniciaron esos procesos fueron formuladas por la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Limitada, a través de una misma apoderada judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el art. 85 del C.C.A. El *petitum* de cada una de esas demandas, dice en síntesis:

Proceso Radicado al No. 88-D-4569, cuya demanda fue presentada el 30 de junio de 1988; se formularon como principales:

1o) Que se declare nula la Resolución No. 3567 del 20 de octubre de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la Sociedad actora, una multa por valor de 303.788.44 U.S. por presunto incumplimiento para el período de 1985, del contrato de exportación No. 1001 CXEA de 1984; y la Resolución No. 721 que confirmó la anterior y dispuso que la multa debía cancelarse a la tasa de cambio vigente el día del pago.

2o) Que se declare nula la resolución No. 3568 del 20 de octubre de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la Sociedad actora una multa por valor de 565.996.82 U.S., por presunto incumplimiento parcial, para el período 1986, del mismo contrato; y la resolución No. 722 del 29 de febrero de 1988 que confirmó la anterior, y ordenó el pago de la multa a la tasa de cambio vigente el día del pago.

3o) Que como consecuencia de esa nulidad, se declare que la actora no está obligada a pagar al INCOMEX suma alguna por concepto de esas multas.

Pretensiones Subsidiarias:

Fueron presentadas varias posibilidades para el evento de no prosperar la anterior, así:

Si no prospera la declaratoria de nulidad, entonces que se reliquiden las sanciones, así: Para 1985 con base en la tasa de cambio promedio de ese año, según certificación del Banco de la República y para 1986 con base en la tasa de cambio promedio de ese año, según certificación de esa misma entidad. Ante el evento de que no prospere tampoco esa solicitud, entonces que se reliquide la multa para el año de 1985 a la tasa de cambio vigente a 31 de diciembre de ese año; y la de 1986 a la tasa de cambio vigente a 31 de diciembre de 1986.

Si tampoco prospere la petición anterior, que se reliquide la multa con el mismo criterio que observó el INCOMEX para imponer la multa por la vigencia de 1984, según resolución No. 0736.

Proceso Radicado al No. 88-D-4401:

Cuya demanda fue presentada el 25 de marzo de 1988. Allí fueron formuladas como principales las siguientes pretensiones:

1o) Que es nula la Resolución No. 736 del 3 de marzo de 1987, por medio de la cual el INCOMEX le impuso a la sociedad demandante, una multa por 261.301.88 U.S., por presunto incumplimiento parcial para el período 1984, del mismo contrato de exportación; así como la resolución No. 4188 del 26 de noviembre de 1987, mediante la cual se confirmó la anterior y se reiteró que la multa debía cancelarse a la tasa de cambio vigente el día del pago.

2o) Que como consecuencia de esa nulidad se declare que la sociedad demandante no está obligada a cancelar suma alguna a título de multa.

Subsidiarias:

En primer término planteó la reliquidación de la multa a la tasa de cambio promedio del año de 1984, según certificación del Banco de la República y que además se aplique el porcentaje del 2% y/o el sistema utilizado para calcular la base de la sanción, en la resolución 3567 de 1987, correspondiente al período de 1985.

Como segunda posibilidad, para el caso de que no se admitieran las anteriores, propuso la reliquidación de la multa a la tasa de cambio vigente a diciembre de 1984 según certificado del Banco de la República, con aplicación del porcentaje del 2% para su cálculo.

Por último, pidió que de no acogerse ninguna de las anteriores posibilidades, se reliquidara la multa observando el sistema utilizado por el INCOMEX para calcular la multa correspondiente a 1985.

Proceso Radicado al No. 90-D-5944:

Cuya demanda fue presentada el 18 de diciembre de 1989, allí se plantearon las siguientes pretensiones:

Principales:

1o) Que es nula la resolución No. 02689 del 13 de junio de 1989, modificada por la No. 03006 del 20 del mismo mes, mediante las cuales se impuso a la demandante multa por presunto incumplimiento parcial de los compromisos de exportación para el período 1987.

2o) Que es nula la resolución No. 02684 del 13 de junio de 1989 modificada por la No. 03007 del 20 del mismo mes, mediante los cuales se impuso a la demandante multa por presunto incumplimiento parcial de los compromisos de exportación para el período de 1988.

3o) Que es nula la resolución No. 04736 del 6 de septiembre de 1989 mediante la cual se confirmaron las anteriores.

4o) Que como consecuencia de la nulidad se declare que la actora no está obligada a cancelar al INCOMEX, suma alguna a título de multa, por el presunto incumplimiento.

Subsidiarias:

En primer término pidió la reliquidación de las multas a la tasa de cambio oficial correspondiente al 31 de diciembre de 1987 y al 21 de diciembre de 1988, respectivamente.

2o. Los hechos

En los extensos escritos de demanda se expusieron unos hechos que son comunes a todos los procesos, los cuales dicen en síntesis:

1o) La Sociedad Comercializadora Internacional Omega Limitada, fue constituída para dar cumplimiento a la cláusula 5a del contrato de ensamble suscrito el 29 de diciembre de 1983, entre la Nación y la Compañía Colombiana Automotriz, -C.C.A.-

2o) El 14 de mayo de 1984, la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda., y el INCOMEX, celebraron el contrato No. 1001 CXEA, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 1989, en el cual se fijaron las cuotas de explotación que indefectiblemente debía cumplir la Sociedad Omega, por voluntad del INCOMEX.

3o) El INCOMEX consideró que el compromiso de exportación fue incumplido en los años de 1984, 1985, 1986, 1987 y 1988, razón por la cual, a través de los actos administrativos enjuiciados, impuso multas, así:

Para 1984, U.S. $ 261.301.88

Para 1985, U.S. $ 303.788.44

Para 1986, U.S. $ 565.996.82

Para 1987, U.S. $ 618.221.02

Para 1988, U.S. $ 1.160.172.52.

Ordenó además que las multas se liquidaran a la tasa de cambio vigente el día en que se efectúe el pago.

Contra esas resoluciones la parte actora interpuso recursos de reposición, los cuales se decidieron confirmándolas.

4o) Antes de la firma del contrato, la Sociedad actora se dirigió a diferentes organismos estatales para pedir la racionalización de las cuotas de exportación que se le imponían. No obstante lo anterior, se incorporaron en los compromisos unos niveles de exportación que en la práctica eran y siguen siendo imposibles de cumplir.

5o) En el contrato se incorporaron unas cláusulas que no presentan claridad en la interpretación, lo cual ha suscitado posiciones encontradas entre las partes, especialmente en relación con los siguientes puntos:

a) No. 1 de la cláusula primera, la cual estableció que el valor total de las importaciones de material C.K.D. que realizara la Compañía Colombiana Automotriz S.A., cada año, sería compensado con exportaciones de acuerdo con los siguientes porcentajes:

1984	40%
1985	55%
1986	70%
1987 - 1989	100%

La misma cláusula discriminó ese porcentaje para determinar cupos que debían cumplirse en varias clases de exportaciones, lo que la demandante entendió como las exportaciones al país de origen de las importaciones; exportación de autopartes a cualquier país y lo restante, por sustracción, para ser exportado a cualquier país y sobre cualquier elemento.

b) El material probatorio respecto de las importaciones realizadas por C.C.A., sería la copia de los Manifiestos de Aduana correspondientes, cuando el concepto utilizado por el INCOMEX ha sido el de importaciones ingresadas a territorios aduaneros, lo cual cambia necesariamente la cifra base del cálculo de compensación.

6o) Con base en el Decreto 222/83, en el contrato se incorporaron las facultades de: terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato, por consiguiente, ante las dificultades en la interpretación, que entorpecieron la ejecución del contrato, el INCOMEX debió interpretarlo unilateralmente, y si así no lo hizo, no puede alegar el incumplimiento de la parte actora.

7o) La demandante no pudo cumplir con la cuota de exportación por cuanto durante el período de vigencia del contrato no se dieron las predicciones de la oferta exportable, y además, la demandante tenía limitaciones en relación con los productos que podía exportar, de los cuales estaban excluidos: café, fuel oil, petróleo crudo, flores, banano, carbón, es decir todos aquellos que son exportables.

3o. El concepto de Violación

La parte actora pretende la nulidad de los actos enjuiciados, por las siguientes razones:

1o) DESCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA C.N. ART. 26.

DECRETO 222/83, ART. 71.

C. PENAL - ART. 75.

Explicó que conforme al Art. 71 del Decreto 222/83 la existencia de un perjuicio para la entidad es un elemento determinante para poder imponer una multa y en este caso el INCOMEX no demostró la existencia de ese perjuicio. Destacó que el INCOMEX no sufrió ningún perjuicio sino que al contrario, las importaciones realizadas por la C.C.A., generaron beneficios al país representados en los pagos fiscales y parafiscales y en la generación de empleo, entre otros.

2o) TEORIA DE LA IMPREVISION Y DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL.-

C.N. ART. 16

C. COMERCIO. ART. 868.

Porque las cuotas de exportación impuestas por el INCOMEX fueron tan gravosas que configuraron un desequilibrio contractual, admitido por el Ministerio de Desarrollo Económico. Pidió la aplicación de la teoría de la imprevisión, dado que la Sociedad Omega no sabía de las variaciones que iban a sufrir las exportaciones.

3o) CIRCUNSTANCIAS EXONERATIVAS DE RESPONSABILIDAD. FUERZA MAYOR. LEY 95 DE 1890, ART. 1o.

Invocó la fuerza mayor como lo causante del posible incumplimiento en que según el INCOMEX incurrió la demandante, porque no puede obligarse a un particular a cumplir lo que el Estado mismo no logró alcanzar, dado las cuotas de exportación que se le impusieron no consultaban el mercado internacional, ni en el aspecto de la demanda y menos aún en el de la oferta exportable del país.

4o) PROHIBICION DE APLICAR LA PENA DE CONFISCACION.

C.N. ART. 34.

Según criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, la cuantía de la multa debe ser proporcional al patrimonio de la sociedad sancionada y a su actual situación económica, sin que las sanciones impuestas por el Estado puedan incrementar los pasivos de la empresa porque tal situación conlleva una flagrante confiscación de sus activos; que es precisamente lo que sucedió en este caso.

5o) DECRETO 444/67

LEY 57 DE 1887, ART. 5o.

El pacto de que el pago de las multas se hará en pesos colombianos al tipo de cambio oficial vigente al momento de hacerse efectivo el pago, viola el Estatuto Cambiario en el Art. 249.

6o) APLICACION DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

LEY 153 DE 1887, ART. 44.

Que las multas impuestas para los años de 1985 y 1986 se liquiden con la misma base que aquella impuesta en 1984, donde el pretendido incumplimiento se calculó sobre el segmento denominado: cualquier país, cualquier producto, lo cual resulta más favorable a los intereses de Omega Ltda.

7o) PROHIBICION DE CREAR TRIBUTOS SIN MEDIAR LEY.

C.N. ART. 43.

El texto del contrato no genera obligaciones interpuestas, sino que más bien es el establecimiento de un gravamen fiscal, es decir, INCOMEX lo que pretendió fue crear una nueva carga impositiva, circunstancia que eventualmente podría indicarse como la creación de un nuevo impuesto, facultad que se encuentra restringida exclusivamente al Congreso de la República.

8o) PRESCRIPCION

LEY 2a. de 1984, ART. 9o.

La norma mencionada acepta que la prescripción para las contravenciones opera al cumplirse un año después de ocurridos los correspondientes hechos y en el *sub-iudice* las multas se impusieron después de que había corrido ese término.

9o) SUSPENSION PROVISIONAL DEL DECRETO 886 DE 1984.

Decretada por el Consejo de Estado en auto del 9 de septiembre de 1988.

4o. Actuación Procesal

Las demandas fueron admitidas, notificadas y contestadas así:

En el proceso No. 88-D-4569, se admitió en auto del 22 de septiembre de 1988, el cual se notificó a la demandada el 26 de octubre de 1988. No se dio respuesta.

En el proceso No. 88-D-4401, se admitió en auto del 26 de noviembre de 1988, el cual se notificó a la demandada el 25 de abril de 1989. Se dio respuesta por medio del escrito que obra a folios 184 y s.s., del cuaderno principal de ese expediente.

En el proceso No. 90-D-5944, se admitió en auto del 14 de febrero de 1991 y esa decisión fue notificada a la entidad demandada el 2 de mayo de 1991. Se guardó silencio.

En el proceso No. 88-D-4401, que fue en el único que se respondió la demanda por medio del escrito que reposa a folio 184 y s.s. del cuaderno principal de ese expediente, la demandada admitió la existencia de los contratos de fabricación y ensamble y de exportación, así como de la resolución No. 0736 de 1987, mediante la cual se impuso una multa a la sociedad actora, por incumplimiento de la cuota de exportación en el año de 1984. Para defender la legalidad de ese acto administrativo explicó que los compromisos adquiridos por la Sociedad Omega Ltda. no reflejaban más que la voluntad de la Compañía Colombiana Automotriz, poseedora del 91% de su capital social, y quien además se había visto obligada a crear esa sociedad para cumplir con la cuota de exportación que le correspondía a cambio de las importaciones de C.K.D. (conjunto de componentes, partes y piezas y otros elementos desarmados e importados, con destino al ensamble de un producto determinado y que constituyen parte integrante del mismo), que realizaba, para ensamblar vehículos MAZDA.

Como razones de la defensa expuso: La imposición de esas multas se hizo dentro del marco de las previsiones del contrato y muy por debajo de los límites establecidos en él, conforme se observa en la cláusula 5a. del convenio en la cual se previó que la multa podía ser hasta del 30% del valor dejado de exportar por el primer año, 15% por los incumplimientos del 2o. año.

La liquidación de las multas se hizo sobre las importaciones efectivamente realizadas, procedimiento que fue compartido por el contratista.

No se juzgó necesario acudir al procedimiento de la interpretación unilateral.

No es cierto que el Art. 71 del Decreto 222/83 exija la demostración de un perjuicio para que pueda procederse a imponer una multa, la noción del perjuicio en esa norma sólo está referida al límite del valor de la multa.

No existió la fuerza mayor pretendida por la demandante, puesto que no se dio la imprevisión que para la configuración de esta figura exige la norma, puesto que el contrato fue firmado en 1984, después de haber negociado desde 1983, las condiciones del mismo. Resulta evidente que Omega no hizo el más mínimo esfuerzo por cumplir el compromiso adquirido.

A título de excepciones propuso dos:

- Inepta demanda; porque según esta, se están ejerciendo simultáneamente las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual.

- General de Fondo; por cuanto las pretensiones de la demanda carecen de fundamento legal.

En auto del 26 de noviembre de 1992 visible a folio 231 del cuaderno principal del expediente No. 88-D-4569, el *a-quo* ordenó la acumulación de los tres procesos. Precluído el debate probatorio, corrió traslado para alegar. Las partes arrimaron los escritos que reposan a folios 260 y s.s. *ibídem* y el Ministerio Público guardó silencio.

El establecimiento público demandado en su escrito de alegaciones finales recapituló las explicaciones que presentó al responder la demanda, en relación con el hecho de que el origen del contrato de exportación era dar cumplimiento a un compromiso adquirido por la socia mayoritaria de Omega Ltda., la Compañía Colombiana Automotriz, en el contrato de ensamble.

Nuevamente explicó las condiciones de ambos contratos.

Luego señaló que la demandante incumplió el contrato según lo constató el INCOMEX al revisar el cumplimiento de las obligaciones y encontrar que "Colmotores"(No se entiende porque se hace referencia a esa sociedad), realizó importaciones de C.K.D. por valor de 69.857.700 U.S. ese año y las exportaciones alcanzaron apenas la suma de 25.148.772 U.S., con un déficit de 45.796.084 U.S., razón por la cual se impuso al multa.

Reiteró la defensa a la legalidad del contrato de exportación y aclaró que la facultad de imponer multas, contenida en la cláusula quinta de ese convenio, no tenía como fundamento legal el Decreto 886 de 1984, sino los artículos 71 y 73 del Decreto 222/83, aplicable al contrato.

Por último, después de algunas discusiones sobre los contratos que celebra la administración, concluyó que aquel que vinculó a las partes era de naturaleza especial

en el cual en ejercicio de la libertad contractual se podía pactar en las condiciones que lo hicieron las partes, la posibilidad de sancionar el incumplimiento de una de las partes mediante la imposición unilateral de una multa.

La parte actora en su alegato de bien probado, se refirió en primer término a las sentencias proferidas por ese mismo Tribunal, el 30 de junio, 19 de noviembre y 8 de octubre, todas de 1992, en demandas promovidas por la C.I. Colmotores, en las cuales se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados sobre la base de que el INCOMEX no cuenta con facultad para imponer multas con fundamento en contratos de exportación.

Destacó igualmente que la Sección Primera de esta Corporación, había declarado la nulidad del Art. 2o. del Decreto 886/84, norma que disponía que los contratos de exportación se liquiden por el Decreto 222/83 y posibilitaba la inclusión de cláusulas exorbitantes en dichos contratos.

Luego se refirió a los vicios de fondo de las resoluciones demandadas, en los mismos términos que lo hizo en la demanda.

5o. La Sentencia Apelada

El Tribunal estableció que el contrato de exportación no es administrativo sino de derecho privado y por consiguiente no podía incluirse en su texto la facultad exorbitante de imponer multas, conforme lo hizo la entidad estatal, razón que llevó a esa Corporación a declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de la cláusula quinta del contrato que la consagraba y consecuencialmente de todos los actos enjuiciados los cuales tenían su origen en esa cláusula. Para fundamentar su decisión se remitió a sentencia proferida por ese mismo Tribunal en asunto similar.

6o. El Recurso de Apelación

La parte demandada apeló esa decisión. Para sustentar su inconformidad repitió íntegramente el escrito de alegaciones finales.

7o. La Actuación en esta instancia

El término que el *ad-quem* concedió para alegar sólo fue aprovechado por la parte actora, quien se dedicó a defenderla sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada habrá de revocarse el numeral 2o. y se confirmará el resto, por cuanto la Sala comparte los planteamientos del *a-quo* en relación con la nulidad decretada frente a los actos enjuiciados, pero no se respalda la nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato, la cual el Tribunal declaró oficiosamente. En el estudio del

asunto se seguirá este derrotero: 1o) Las resoluciones demandadas; 2o) La naturaleza del contrato de exportación y la competencia para conocer del proceso; 3o) La facultad de imponer multas. 4o) La nulidad solicitada.

1o) Las Resoluciones Demandadas

Los actos enjuiciados son unas resoluciones proferidas por el INCOMEX, establecimiento público creado por el Decreto 2976 de 1968, reestructurado por el Decreto 1751 del 2 de agosto de 1990 y adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, mediante las cuales y conforme lo facultaba la cláusula 5a. del contrato de exportación celebrado con la Sociedad Comercializadora Omega Ltda., impuso a esta última, unas multas. Esos actos administrativos son los siguientes:

- Resolución No. 736 del 3 de septiembre de 1987, mediante la cual se sanciona el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1984, con la suma de 236.301.88 U.S.

- Resolución No. 41.88 del 26 de noviembre de 1987, mediante la cual se confirma la anterior al desatar el recurso de reposición interpuesto en su contra por la Sociedad C.I. Omega Ltda.

- Resolución No. 3567 del 20 de octubre de 1987, mediante la cual se sancionó el incumplimiento en la cuota de exportación correspondiente al año de 1985, en la suma de 303.788.44 U.S.

- Resolución No. 721, por medio de la cual se confirmó la anterior.

- Resolución No. 3568 del 20 de octubre de 1987, mediante la cual se sanciona el incumplimientod de la cuota de exportación correspondiente al año de 1986, con la suma de 565.996.82.

- Resolución No. 722 del 29 de febrero de 1988, por medio de la cual se confirmó la anterior.

- Resolución No. 02682 del 13 de junio de 1989, modificada por la número 03006 del 20 del mismo mes, mediante la cual se sanciona el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1987, con la suma de 618.221.02 U.S.

- Resolución No. 4736 del 6 de septiembre de 1989, por medio de la cual se confirma la anterior.

- Resolución No. 02684 del 13 de junio de 1989 modificada por la número 03007 del 20 del mismo mes, mediante la cual se sancionó el incumplimiento de la cuota de exportación correspondiente al año de 1988, con la suma de 1.160.172.52 U.S.; y

- Resolución No. 4736 del 6 de septiembre de 1989, por medio de la cual se confirma la anterior.

En la parte considerativa de esas resoluciones se menciona expresamente que la administración ante el incumplimiento contractual por parte de C.I. Omega Limitada, de las condiciones estipuladas en el contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., se procede a imponer las multas.

2o. La Naturaleza del Contrato de Exportación y la Competencia

A folios 27 y s.s. del cuaderno No. 12 reposa en copia debidamente autenticada, el contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., celebrado de conformidad con el Decreto 886/84, entre el INCOMEX y la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda., el 14 de mayo de 1984. Las partes contratantes, en primer lugar establecieron que la celebración de este convenio se hacía para dar cumplimiento a la cláusula quinta del contrato de ensamble celebrado entre la Nación Colombiana y la Compañía Colombiana Automotriz S.A., con fecha 9 de diciembre de 1983, en la cual la contratista adquirió la obligación de asumir un compromiso de exportación.

El objeto del contrato fue señalado así:

"PRIMERA.- EL CONTRATISTA se obliga a efectuar, en forma directa e indirecta, en las condiciones previstas en el parágrafo primero de la presente cláusula, exportaciones destinadas a compensar importaciones reembolsables de material C.K.D. que efectúe la COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ, S.A., C.C.A., de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Ensamble celebrado con la Nación, en las siguientes condiciones: 1) El valor total de las importaciones de material C.K.D., que realice la COMPAÑIA COLOMBIANA AUTOMOTRIZ, S.A., C.C.A., en cada año, será compensado con exportaciones de acuerdo con los siguientes porcentajes mínimos:"

El contrato de exportación celebrado entre las partes en vigencia del Decreto 222/83 no está incluído en la relación que de los contratos administrativos hizo el Art. 16 de ese ordenamiento, en consecuencia, es un contrato de derecho privado justiciable en sede de lo Contencioso Administrativo, por haberse pactado en él la cláusula de caducidad, para con aplicación del derecho sustancial de índole privado, como es el Código de Comercio y el Código Civil. Esta orientación la ha reiterado la Sala, entre ortos en proveídos del 8 de septiembre de 1987, Proceso No. 4955, Actor: Centro de Cómputo de Nariño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 25 de julio de 1991, Proceso No. 6471, Actor: Sociedad Proviseguros Ltda., Asesores de Seguros, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Mediante el Art. 2o. del Decreto 886/84, el ejecutivo después de vencido el término que tenía para el efecto, trató de otorgar en este contrato las prerrogativas de que goza la administración en los contratos administrativos, esa disposición fue anulada por la Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 22 de septiembre de 1989, en la cual se explicó así las razones que motivaron la nulidad: "b) Mas no sucede lo mismo en tratándose del mandato del artículo 2o. *ibídem* en cuanto se inmiscuye en campo

que no lo autoriza el referido artículo 132 Constitucional, porque no se trata de distribuir negocios por el señor Presidente de la República." Cabe precisar que la nulidad del Decreto 886/84 obedeció a la falta de competencia temporal del Presidente de la República y por tanto no entró a conocer la materia que allí se trataba.

"En efecto, lo que en su oportunidad no hizo el Decreto 222 de 1983 dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 19 de 1982 "por la cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas..." y en los cuales no aparece clasificado como administrativo el contrato de importación, lo pretende hacer ahora extrañamente el Decreto 886 en el texto examinado al introducirle a aquel la cláusula de caducidad y demás manifestaciones de actuación unilateral de la administración.

"Surge así a primera vista, ostensiblemente, según las prescripciones del artículo 152 del C.C.A., en punto a suspensión provisional, el quebranto del artículo 132 de la Carta y del Decreto 222 de 1983 en armonía con la ley 19 de 1982, que se vería indebidamente adicionado en la forma vista y por ello habrá de decretarse la medida precautoria respecto del artículo 2o. del Decreto 886 de 1984".

"2.- A lo anterior valga agregar lo siguiente que responde a alegaciones del Ministerio de Desarrollo:

"a) El auto de suspensión provisional se contrajo al artículo 2o. del Decreto 886 y no el artículo 1o. ibídem. Luego cuando se afirmó que los contratos de compromiso de exportación estaban dentro del campo de actividades del Incomex lo fue respecto de dicho artículo 1o. que lo autoriza para suscribir, vigilar y controlar dichos contratos y todo ello dentro de la finalidad de distribución de trabajo del artículo 132 de la Constitución Nacional.

"b) La facultad del artículo 10 literal d) de la Ley 19 de 1982 se agotó con la expedición que precisamente hizo el Presidente de la República del Decreto Ley 222 de 1983 que contiene el estatuto contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas, para lo cual se le concedió plazo de un (1) año (art. 10 inciso 1o. de la Ley 10). No es concebible entonces que el Gobierno Nacional pretextando el uso de su potestad reglamentaria constitucional continúe desarrollando la mencionada ley. Fuera de que la alegada facultad no figura como fuente legal del Decreto 886.

"c) Por último debe advertirse que en ninguna parte del Decreto 886 se lee: contrato de suministro, sino "contrato de compromiso de exportación" (parte motiva) y "contratos de exportación" (parte resolutiva, art. 2o.), luego no es posible aceptar la alegre interpretación de la parte impugnadora de equiparar aquellos a "contratos de suministro"."

3o. La Facultad de Imponer Multas

En la cláusula quinta se incluyó en favor del INCOMEX la posibilidad de sancionar con multas a la contratista, en el evento de presentarse incumplimiento en las cuotas de exportación. Se redactó así esa cláusula:

"QUINTA.- En caso de incumplimiento parcial del compromiso de exportación pactado en la cláusula primera del presente contrato, el INCOMEX podrá imponer multas al CONTRATISTA hasta por una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor dejado de exportar para los incumplimientos del primer año, quince por ciento (15%) para los incumplimientos del segundo año, doce por ciento (12%) para los del tercer año y seis por ciento (6%) para los incumplimientos de los años siguientes. Estos porcentajes serán revisados con el fin de hacerlos equivalentes a los que se establezcan para incumplimiento de los compromisos de exportación de las otras ensambladoras del sector automotor. El pago de las multas se hará en pesos colombianos, para lo cual se aplicará el tipo de cambio oficial vigente en el momento de hacerse efectivo dicho pago.

PARAGRAFO.- La imposición y aplicación de la multa se someterán a las normas previstas en los artículos 71 y 73 del Decreto 222 de 1983".

En relación con la facultad que se consagró en favor del INCOMEX de imponer multas, se dispuso que esta se aplicaría conforme a los artículos 71 y 73 del Decreto 222/83, estatuto de contratación administrativa vigente al momento de celebrarse el contrato. Esta normatividad sólo es aplicable, por disposición de su Art. 1o., a las entidades estatales, en relación con los contratos previstos en el Art. 16 *ibídem,* en cuya enumeración no está incluido el de exportación, por consiguiente, este no se regula por el Decreto 222/83 sino por las normas comerciales sobre la materia, según dispone expresamente la misma norma.

Ahora bien, el Art. 71 del Decreto 222/83 señala que en los contratos administrativos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial. Esa facultad es una manifestación del poder coactivo de que goza la administración frente a los particulares, en este caso los contratistas, con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado. Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222/83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces, como es el caso de autos.

Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del cocontratante

y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo con lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del incumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso.

4o. La Nulidad Solicitada

Visto como está que en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular sí es posible el pacto de multas, aunque con la precisión de que estas deben ser controladas y corregidas por el Juez del contrato, no le asiste razón al *a-quo* al esforzarse por declarar nula, de nulidad absoluta, la cláusula quinta del contrato, so pretexto de que esta es una facultad exclusiva y propia del contrato administrativo y no del contrato de derecho privado. Por esta razón habrá de revocarse la sentencia en este punto. En cambio se confirmará en relación con la nulidad de las resoluciones demandadas, por cuanto la administración carecía de competencia para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponer las multas.

En materia de facultades excepcionales de la administración, estas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en esta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables.

Vale la pena resaltar que el artículo 17 del Decreto 222/83 permite incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración; y, que el art. 60 del mismo estatuto, a la letra dice:

"... Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto...".

Ahora bien, este título IV, artículos 18 y 24 del Decreto 222/83, hace referencia a los poderes excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, en beneficio de la administración. Por parte alguna se menciona allá, o en estas disposiciones, la facultad de que la administración por sí y ante sí, pueda imponer multas a su contratista. Esto implica que sea el Juez del contrato quien durante la actividad jurisdiccional correspondiente determine la viabilidad de las multas, la modalidad, intensidad y la cuantificación de las mismas.

Dicho de otra manera, en los contratos de derecho privado de la administración, esta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub-iudice,* imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los artículos 71 a 73 del Decreto 222/83. Ya se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de al ley y nunca de la autonomía contractual.

La Sala no entrará a analizar la cláusula quinta del contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., en cuanto respecta a su legalidad y proporcionalidad, dado que al prosperar la totalidad de las pretensiones principales, no debe ocuparse de las subsidiarias que son las que tocan en este tema. Se limitará pues a confirmar la sentencia del *a-quo* en lo restante, aunque por las razones expuestas en este proveído y con la aclaración de que de haberse pagado el valor de las multas, si el pago se hizo en dólares, la devolución deberá hacerse en dólares; y, si se hizo en pesos, la suma efectivamente pagada se actualizará con el I.P.C., desde la fecha en que se realizó el pago hasta el momento en que se haga la devolución. Además, sobre el valor histórico se reconocerá un interés del 6% anual, durante el mismo período que corresponde a la actualización.

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 numerales 1o. y 3o. de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 11 de noviembre de 1993.

SEGUNDO: REVOCASE el numeral 2o. de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

TERCERO: MODIFICASE el numeral 4o., el cual quedará así: En caso de haberse pagado por la Sociedad (I. OMEGA Ltda.), las multas que allí se le impusieron, se le devolverán esas sumas en la forma explicada en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE y publíquese en los Anales de la Corporación.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Hace mención de las providencias en las cuales se sienta el mismo criterio.

SALVAMENTO DE VOTO

DRS. CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Ref. Expediente 9288. Actor: Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda. Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Los suscritos, CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la reunión de 21 del presente mes.

Primero.- La razón fundamental de nuestra discrepancia estriba en que consideramos que el contrato de ensamblaje de 29 de diciembre de 1983, celebrado entre el señor Presidente Belisario Betancur y la Cía. Colombiana Automotriz S.A., es un típico contrato administrativo, gobernado por una normatividad especial (Decretos 177 de 1956, 434 de 1976 y 3218 de 1983 y Ley 38 de 1981); al cual, en principio, pese a la fecha de su celebración, no podía aplicársele en su integridad el Decreto 222 de 1983 y menos la clasificación que de los contratos administrativos hace en su art. 16, porque ese listado, según lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, no es taxativo, sino meramente enunciativo.

Cabe recordar que el mencionado contrato no hizo otra cosa que sustituir el suscrito inicialmente por las mismas partes el 17 de abril de 1980; fecha en la que, como es obvio, el aludido decreto aún no se había expedido y regía el Decreto 150 de 1976, el cual en su art. 67, luego de enunciar las distintas clases de contratos (enunciado que no habla de contratos como el aquí cuestionado), dispone:

"Las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; **las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos".**

Segundo.- El contrato de exportación celebrado con la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda. y que dio lugar a la imposición de las multas, pese a que podría pensarse que sigue la suerte del principal o matriz y que sería así también un contrato administrativo, no es más que un contrato privado de la administración dotado de cláusula de caducidad. Naturaleza que se desprende de su objeto (cumplir unas cuotas específicas de exportación para otra persona jurídica, la Cía. Colombiana Automotriz S.A., obligada en virtud del primer contrato) y que aún permitiría afirmar que el contrato con la Comercializadora es un contrato de mandato comercial en los términos de los arts. 1262 y s.s. del C. de Co.

Aunque los suscritos pensamos que en el contrato Incomex-Omega Ltda. no tenía porque intervenir aquel, la voluntad de las partes iniciales (la Compañía Colombiana Automotriz y la Nación) plasmada en el contrato de ensamble, le dio entrada a ese organismo precisamente por tratarse de una materia directamente comprometida con el comercio exterior del país y para el debido control de las obligaciones de exportación contraídas por la ensambladora.

Tercero.- Definido que el contrato celebrado entre el Incomex y la Comercializadora Omega es de derecho privado con cláusula de caducidad, cabe concluir que la administración tenía a la sazón ciertos poderes exorbitantes, pero sólo los de declararlo caducado por incumplimiento y los comprendidos en el título IV del Decreto 222 de 1983 (arts. 18 y s.s.). Esta restricción en la exorbitancia se infiere del mandato contenido en el art. 60 del aludido decreto.

De allí que so pretexto de esos poderes no se podía imponer unilateralmente multas a la persona incumplida, porque esta facultad, que podía ejercerse sin discusiones en los contratos administrativos con apoyo en los arts. 72 y 73 del antecitado decreto, no operaba en los privados así tuvieran estos cláusula de caducidad.

Cuarto.- Leídos los dos contratos (el de ensamble y el de exportación) cabe afirmar que la persona primeramente obligada no era la Comercializadora Omega, sino la Cía. Colombiana Automotriz; y que esta debió ser la sancionada por incumplimiento en los actos administrativos aquí cuestionados. Creemos que en la hipótesis podía hablarse incluso de que tanto la ensambladora como Omega quedaron solidariamente obligadas al cumplimiento de las obligaciones de exportación.

Quinto.- La relación de causa a efecto existente entre los contratos de ensamble y de exportación, imponía que la cláusula de multas contemplada en este fuera similar o idéntica a la de aquel, lo que no sucede en el caso *sub-júdice,* y que permite aún pensar en la nulidad de dicha cláusula por infringir la cláusula contractual original.

Sexto.- Estimamos, además, que la cláusula de multas que figura en el contrato de exportación está afectada de nulidad absoluta (en su parágrafo) al disponer que la imposición y aplicación de las multas se someterán a lo previsto en los arts. 71 y 73 del Decreto 222, porque esto contraría el art. 60 *ibidem* en relación con los contratos privados dotados de cláusula de caducidad; norma que precisa la exorbitancia de este tipo de contrato y que la reduce a la declaratoria de caducidad y al ejercicio de los poderes señalados en el título IV del Decreto 222 (arts. 18 y s.s.).

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

FALLA DEL SERVICIO DE CAJANAL/RESPONSABILIDAD DIRECTA/ DAÑO ANTIJURIDICO/LLAMAMIENTO EN GARANTIA/DOLO/CULPA GRAVE/ACCION DE REPETICION

La Caja Nacional de Previsión es administrativamente responsable de los daños antijurídicos causados a la demandante. Y se predica lo anterior, porque a lo largo del proceso se demostró que por cuenta del centro de imputación jurídico demandado se le practicó a la demandante una CESAREA, en el Hospital San Pedro de Pasto, en el mes de septiembre de 1991 habiéndosele dejado una SONDA, en el interior de su cuerpo. La Caja Nacional de Previsión Social incurrió en una falla del servicio. En casos como el que se deja estudiado la responsabilidad administrativa, en forma directa, la asume el demandado que, en cumplimiento de sus deberes de prestación de servicios, los contrata con terceros, sin que con ello se quiera significar que la conducta de estos no pueda definirse dentro del mismo proceso, llamando en garantía al particular que actuó con dolo o culpa grave. No proceder así sería permitir que la administración eludiera su RESPONSABILIDAD DIRECTA, surgida del artículo 90 de la Constitución Nacional, para tornarla INDIRECTA, en perjuicio de los damnificados. Como el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ fue llamado en garantía, se confirmará la decisión del *a-quo* en cuanto definió que él es responsable de la conducta antijurídica, pues un profesional de la medicina, colocado en las mismas circunstancias en que él actuó, no habría procedido en la forma tan negligente como él lo hizo. Para el sentenciador su comportamiento se encuadra dentro de la filosofía que informa la CULPA GRAVE

que, en el derecho colombiano se asimila al DOLO. La Caja Nacional de Previsión puede repetir contra el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ, por el monto total de la condena que se le impone en la parte resolutiva de este fallo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre (21) veintiuno de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Ref.: Expediente No. 9618. Actor: Maritza Padilla Jojoa. Demandado: Caja Nacional de Previsión.

-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 centro de imputación jurídica demandado, y por el mandatario judicial del profesional de la medicina llamado en garantía, contra la sentencia calendada el día cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal de Nariño, que en su parte resolutiva **DISPUSO:**

"PRIMERO: DECLARAR que la Caja Nacional de Previsión Social es patrimonialmente responsable de la lesión causada a la señora MARITZA PADILLA JOJOA en intervención practicada el día 13 de septiembre de 1990 en la Clínica Fátima de esta ciudad por orden de dicha entidad.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE a la Caja Nacional de Previsión Social, a pagar por concepto de perjuicios morales, a la señora MARITZA PADILLA JOJOA, la suma equivalente en pesos colombianos a mil (1.000) gramos de oro fino, al señor ALVARO BURBANO GARCIA la suma equivalente a cuatrocientos (400) gramos de oro, y a las menores NATALIA SOLEDAD Y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA representadas por sus padres la suma equivalente en pesos colombianos a doscientos cincuenta (250) gramos del mismo metal, para cada una.

"La equivalencia en pesos colombianos se determinará de conformidad al precio que dicho metal tenga a la fecha de ejecutoria de este fallo previa certificación que expedirá el Banco de la República.

"TERCERO: CONDENAR a la Caja Nacional de Previsión Social a pagar en favor de la señora MARITZA PADILLA JOJOA en su condición de ofendida, la suma de QUINIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS ($513.961.17) por concepto de perjuicios materiales.

"CUARTO: La Caja Nacional de Previsión Social dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de conformidad a los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.

"Si este fallo no fuere apelado, envíese en CONSULTA al H. Consejo de Estado." (fls. 225-226, C.1).

La providencia fue ADICIONADA en proveído de tres (3) de marzo del mismo año, en cuya parte resolutiva, se lee:

"PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de 4 de febrero de 1994 en los siguientes términos:

"a) DECLARAR responsable a la Caja Nacional de Previsión Social y al Dr. GERMAN VELASQUEZ por la lesión causada a la señora MARITZA PADILLA JOJOA en intervención quirúrgica practicada el día 13 de septiembre de 1990 en la Clínica Fátima de esta ciudad por orden de dicha entidad.

"b) En consecuencia, condénase a la citada entidad a pagar la totalidad de la obligación impuesta en fallo de 4 de febrero de 1994.

"SEGUNDO: Una vez efectuado el pago por la entidad, esta podrá repetir contra el doctor GERMAN VELASQUEZ, por una suma equivalente al 20% del total de la obligación.

"TERCERO: La entidad deberá pagar en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. La obligación devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de los seis meses.

"CUARTO: Por la Secretaría practíquese el desglose de los documentos visibles a folios 184 y 185 del expediente y agréguense al respectivo proceso.

"Reconócese al Dr. ALFREDO G. ROSERO R., como apoderado de la Caja Nacional de Previsión en los términos a que se contrae el poder y para este proceso." (fl. 249-250, 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 recurrido, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"Los señores MARITZA PADILLA JOJOA Y ALVARO BURBANO GARCIA, mayores de edad y vecinos de Ricaurte (Nar.), en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad NATALIA SOLEDAD BURBANO PADILLA Y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA, por intermedio de apoderado judicial, solicita del Tribunal Administrativo de Nariño que en sentencia que ponga fin al proceso y haga tránsito a cosa juzgada se hagan las siguientes o parecidas,

"DECLARACIONES Y CONDENAS:

"PRIMERA: LA NACION (CAJA NACIONAL DE PREVISION), es responsable civil y administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a: MARITZA PADILLA JOJOA, ALVARO BURBANO GARCIA y a sus hijas menores de edad NATALIA SOLEDAD BURBANO PADILLA Y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA, menores de edad, representadas por sus padres extramatrimoniales, en razón de las gravísimas secuelas físicas que le quedaron luego de intervención quirúrgica que le practicara a la primera de las mencionadas (MARITZA PADILLA JOJOA), el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ, médico Ginecólogo al servicio de la Caja Nacional de Previsión -Seccional Nariño, cirugía practicada por cuenta de la misma, en la Clínica Fátima de la ciudad de Pasto, lo que constituye una evidente falla del servicio.

"SEGUNDA: Condénase a LA NACION (CAJA NACIONAL DE PREVISION) a pagar a: MARITZA PADILLA JOJOA, ALVARO BURBANO GARCIA, y a sus hijas que representan NATALIA SOLEDAD BURBANO PADILLA y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con las graves repercusiones físicas que le quedaron a la primera de las mencionadas luego de intervención quirúrgica realizada por cuenta de la entidad demandada, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) VEINTE MILLONES ($20.000.000.oo) de PESOS M/CTE., por concepto de Lucro Cesante, correspondiente a las sumas que MARITZA PADILLA JOJOA dejó y dejará de producir en razón de los graves impedimentos físicos que le acompañarán por todo el resto de vida que le queda, en la actividad económica a que se dedica (Secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte-Nariño), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (años) (sic) y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria."

"b) Daños y perjuicios patrimoniales directos o Daño Emergente consistentes en los numerosos gastos y erogaciones realizados, tendientes a lograr su recuperación física, honorarios de médicos, abogados, desplazamientos para la realización de exámenes médicos, estadía por más de un mes en Pasto para efectos de los exámenes, etc. y, en fin, todos aquellos gastos que se sobrevinieron con la perturbación física sufrida por MARITZA PADILLA, conforme a lo que se demostrase en el proceso o en aplicación subsidiaria del art. 107 del C. Penal."

"c) El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o *"pretium doloris"* consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse

víctima de un acto o hecho producto de la negligencia o irresponsabilidad de la administración, en aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho se causa por un Médico Especialista adscrito a la entidad demandada, que han asumido la función de velar por la salud de sus afiliados, y, que con ese hecho se ha ocasionado grave perturbación física que repercutía en el futuro inmediatio de un ser querido como lo es una compañera y,

"d) Intereses aumentados con la variación del índice de precios al consumidor".

"e) Toda condena será actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumidor".

"TERCERA: LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria."

"Fundamenta su libelo demandatorio en los siguientes,

"HECHOS:

"1o.- El señor ALVARO BURBANO GARCIA y la señora MARITZA PADILLA JOJOA, quienes hasta la fecha no han contraído matrimonio, vienen sosteniendo relaciones extramatrimoniales desde el año de 1980, en forma pública y permanente."

"2o.- Entre padres e hijos se ha desarrollado una extraordinaria unidad familiar y espiritual, socorriéndose mutuamente en sus necesidades y compartiendo alegrías, conviviendo siempre bajo el mismo techo en casa de habitación situada en la población de Ricaurte (Nariño)."

"3o.- La señora MARITZA PADILLA JOJOA viene desempeñándose desde hace varios años como secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de la misma ciudad, y, con el producto de su trabajo viene contribuyendo al sostenimiento económico de su familia."

"4o.- En razón de esa vinculación laboral fue afiliada a la CAJA NACIONAL DE PREVISION -Seccional Nariño-, lo que se demuestra con el carné de afiliación No. de esa seccional".

"5o.- Por remisión que hiciera el Médico General de la entidad en Ricaurte (N.) al especialista (Ginecoobstetra), fue atendida por el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ -especialista adscrito a la CAJANAL en la ciudad de Pasto quien dictaminó que había necesidad de practicarle una CESAREA, programándola para el día 13 de septiembre de 1990".

"6o.- Efectivamente en dicha fecha le fue realizada la cirugía por parte del Dr. VELASQUEZ, con aparentes resultados positivos para la paciente; esta intervención se llevó a cabo en la Clínica Fátima de la ciudad de Pasto".

"Posteriormente, transcurridos varios meses, la señora PADILLA JOJOA comenzó a sentir agudos dolores permanentes a nivel de estómago y bajo vientre, acudiendo en numerosas oportunidades a consulta tanto con los médicos de la entidad como con diferentes médicos particulares, de Ricaurte, Pasto y Popayán, sin que ninguno de estos determinara a ciencia cierta la causa de sus dolencias."

"Pasados casi doce meses de permanentes consultas, remisiones e interconsultas con numerosos galenos, sin que sus males disminuyeran (sic) y por el contrario, agravaran día por día, en el mes de septiembre de 1991 enfermó gravemente por lo que hubo de trasladarse a la ciudad de Pasto para ser atendida de urgencia en la Caja de Previsión de la ciudad por el Dr. MARCELO MIRANDA -también adscrito a la misma".

"El mencionado médico de inmediato ordenó la práctica de varios exámenes de laboratorio como ecografías y demás pertientes al caso, y, observando la complejidad del caso la remitió al cirujano de la CAJANAL, Dr. ALVARO BEDOYA URRESTA, quien dictaminó un tumor en la paciente, sin poder determinar la malignidad o benignidad del mismo, pues para ello le debía practicar una Laparotomía Exploratoria."

"7o.- La práctica de la misma tardó varios días, puesto que le exigieron como requisito previo insalvable, la consecución de 2.000 ctros. cúbicos de tipo de sangre de la paciente, que siendo B= y por ende sumamente escaso en el medio, fue problemática su consecución".

"8o.- Finalmente, el día 28 de octubre de 1991 le fue practicada la cirugía requerida por parte del Dr. ALVARO BEDOYA igualmente adscrito a la CAJANAL, quien con gran sorpresa encontró un enorme absceso interabdominal debido a una sonda (elemento extraño), que le habían dejado en el organismo de la paciente por "inexplicable olvido" en la CESAREA que le realizaron por intermedio de la CAJA NACIONAL DE PREVISION -el ginecólogo Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ."

"El absceso con un diámetro aproximado de 15.7 x 14.4 cms le fue drenado por el cirujano, quedando obligada a acudir a control permanente del cirujano casi semanal, a fin de determinar si requiere nueva intervención quirúrgica puesto que, al parecer el tumor presenta características de maligno habiendo hecho metástasis en otros de sus órganos".

"Lo anterior ha conllevado a un agravamiento de estado de salud de la paciente, presentando actualmente hemorragias internas, agudos dolores de cabeza, desmayos permanentes, calambres en sus miembros inferiores que no sólo le impiden el desarrollo normal de sus actividades tanto domésticas como de funcionaria al servicio del poder judicial, sino que peligra su misma vida, tal como se lo han hecho saber varios profesionales de la salud."

"9o.- La señora MARITZA PADILLA JOJOA ha sido víctima inocente de una gravísima falla del servicio por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION Seccional Nariño-, puesto que la intervención quirúrgica que le practicara el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ, médico al servicio de la entidad, fue negligentemente, deficiente y a todas luces irresponsable y que no admite disculpa alguna dada la gravedad de lo sucedido".

"Considero necesario acotar que, como sabiamente lo anota la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en fallo cuyos apartes más adelante me permitiré transcribir, en el presente caso no se configura el fenómeno de la caducidad de la acción como pudiera con suspicacia pensarse, puesto que la señora PADILLA JOJOA sólo tuvo conocimiento de la anómala situación que se gestaba en su organismo, en el mes de octubre de 1991 cuando le fuera practicada la Laparatomía exploratoria y se determinara por parte de los médicos la causa del tumor."

"Sobre la caducidad, en la cual en parte fundamenta el demandado el recurso que se estudia, la Sala debe examinar en primer lugar la fecha desde la cual ha de empezar a contarse su término. Dados los hechos, presupuesto de la acción, como el daño total no se produjo al momento mismo de la intervención quirúrgica, para efectos del cálculo del plazo de caducidad debe partirse de la época en que los efectos del daño se produjeron y la actora tuvo pleno conocimiento de ellos, y dentro del expediente obra prueba de que ello ocurrió el 31 de agosto de 1982 fecha en que el Instituto Neurológico de Colombia determinó la parálisis dela actora (fl. 110, C.4) por tanto computado el plazo desde dicha fecha el proceso no estaba caducado cuando se presentó la demanda". (Sentencia del.24 de octubre de 1990, H. Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, expte. No. 5902. Actor María Helena Ayala de Pulido: Demandado: Instituto de Seguros Sociales".)

"10o.- Los interesados me han conferido poder para demandar de LA NACION (CAJA NACIONAL DE PREVISION), las indemnizaciones a que tienen derecho". (fl. 214-219, C.1).....

.....

"CONSIDERACIONES:

"Para que las actuaciones, los hechos o las omisiones de la administración generen acción de perjuicios, han de considerarse los siguientes elementos:

"1o.- Que esté probado plenamente que el hecho, acto u omisión es constitutivo de "falla del servicio".

"2o.- Prueba de que este hecho, acto o omisión ha sido causa para que se produzca el daño que lesione el derecho de la persona o de las personas que reclaman la indemnización.

"3o.- Que exista relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño o perjuicio causado.

"A fin de llevar la demostración de estos elementos ante la jurisdicción correspondiente, la ley ha establecido los términos idóneos para su debate mediante la constitución de la relación jurídico-procesal.

"En el presente caso, quienes figuran como demandantes poseen la capacidad jurídica y procesal para actuar en juicio, la acción ha sido instaurada sin que se presenten las circunstancias que podrían haber producido la caducidad de la acción.

"El Tribunal Administrativo de Nariño, tiene competencia para conocer de la demanda y del proceso en su totalidad, por cuanto los hechos planteados en la demanda han ocurrido dentro de la jurisdicción territorial, concretamente en esta ciudad.

"De la misma manera la entidad demandada o sea la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, tiene capacidad jurídica y procesal para actuar en el proceso, por ello a sus representantes se les han sido notificadas las providencias que en forma personal debían serlo.

"El señor Procurador en lo judicial para asuntos administrativos, ha actuado en defensa de la observancia del debido proceso, de la aplicación de la ley y de las garantías a las partes.

"Una vez trabada la relación jurídico-procesal, las partes intervinientes han obrado de acuerdo con sus respectivos intereses de pretensiones y de oposición, con el goce de las garantías procesales.

"La responsabilidad de la administración surge de la concurrencia de los tres elementos antes enunciados, así simplemente se establezca objetivamente la relación.

"Dentro del término probatorio mediante comisión impartida al Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, se recepcionaron los testimonios de los señores MARTHA ELVIRA ARTEAGA GARCIA, AMPARO FLOREZ CASTRO, INES ZAMBRANO DE DELGADO Y GUSTAVO ROSALINO CAIPE, visibles a folios 135 a 140, quienes son acordes en manifestar que la señora MARITZA PADILLA JOJOA fue intervenida quirúrgicamente en esta ciudad de Pasto practicándole una laparotomía como consecuencia de que en la cesárea que se le había practicado por descuido del médico le habían dejado un pedazo de sonda. Que luego de la cesárea ella permanecía enferma con dolores de estómago, la cabeza y que luego de la intervención quedó delicada de salud, sin hacer fuerza ni caminar demasiado y que tenía que estar en continuo control médico.

"Que ella sufrió físicamente por la herida, la cicatriz de la herida y que sicológicamente también sufrió por cuanto no sabía en realidad qué era lo que tenía y que además laboralmente tuvo que pedir permisos e inclusive solicitar licencia y además tener que dejar solas a las niñas por cuanto ella como el esposo tenían que viajar continuamente a Pasto.

"El Dr. ALVARO BEDOYA URRESTA en su declaración visible a folio 148 del expediente manifiesta que la paciente refiriéndose a la demandante señora Maritza Padilla Jojoa que llegó a su consultorio remitida por la Caja Nacional de Previsión como usualmente se hace y con el antecedente de que se le había practicado una cesárea y exámenes paraclínicos que conformaban la presencia de una masa instrudominal, y que por esa razón la programó para cirugía, en donde encontró que el tumor que ocupaba el espacio correspondía a un absceso en cuyo interior se encontró una sonda. Que dichas constancias deben figurar escritas en la historia clínica y que los controles post-quirúrgicos referentes a su especialidad han evolucionado dentro de los límites normales. Que con posterioridad con órdenes de la Caja ha observado como tres veces a la señora Maritza Padilla Jojoa.

"Igualmente manifiesta que antes de practicarle la cirugía de extracción del cuerpo extraño, la paciente estaba muy sintomática, por tal razón fue que requirió de sus servicios y que después de haberle realizado la circungía (sic) en lo que corresponde a su especialidad podría decir que está evolucionando normalmente.

"Así mismo a folios 14 y 15 corren los informes ecográficos rendidos por los doctores BENJAMIN GUERRERO DELGADO Y HERNANDO FREIRE CH., los cuales fueron reconocidos mediante diligencias visibles a folios 149 y 150 del expediente respectivamente.

"Del estudio de las anteriores pruebas se establece que siendo la Sra. MARITZA PADILLA JOJOA afiliada a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL y que el Dr. GERMAN VELASQUEZ realizó la intervención en la Clínica Fátima de Pasto por cuenta de la Caja, se dieron las circunstancias que afectaron gravemente su salud configurándose falla en la prestación de dicho servicio.

"En el caso que nos ocupa habrá que examinar la responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión bajo cuyas órdenes se adelantó la intervención quirúrgica causante de los perjuicios reclamados, de conformidad a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Nacional ya que en caso de proferir una condena lo hará en contra de la mencionada Entidad, con prescindencia de la Nación, ya que es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y con patrimonio independiente de acuerdo con el artículo 2o. del acuerdo No. 91 de 1983 emanado de su Junta Directiva y aprobado mediante Decreto No. 3128 de 10 de noviembre del mismo año.

"De acuerdo con el art. 90 de la Constitución Nacional así como de reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, independientemente de que el agente administrativo hubiere obrado ilícita o culpablemente, circunstancia para el resultado del proceso, surge entonces en forma evidente la responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión Social en la causación de los perjuicios cuyo resarcimiento se solicita. Al efecto el H. Consejo de Estado en repetidos fallos ha examinado el Precepto Constitucional.

"Por consiguiente y al haberse demostrado con las pruebas recaudadas que luego de practicársele la cesárea por parte del doctor GERMAN VELASQUEZ a la señora MARITZA PADILLA JOJOA por orden de la Caja Nacional de Previsión Social, será condenada a resarcir los perjuicios causados a los demandantes por habérsele dejado una sonda por irresponsabilidad de quien practicó la intervención quirúrgica a la señora MARITZA PADILLA JOJOA en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que dan cuenta los hechos de la demanda". (fl. 214-223, C.1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

A folios 274 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en el cual el apoderado del centro de imputación jurídica demandado 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, en lo pertinente, dentro de la siguiente óptica:

"Propició la presente Acción Contenciosa de Reparación Directa, el hecho que la actora y otros solicita que se declare responsable civil y administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales ocasionados en razón de las gravísimas secuelas físicas que le quedaran luego de intervención quirúrgica que le practicara el Dr. GERARDO VELASQUEZ, médico ginecólogo al servicio de la Caja Nacional de Previsión - Seccional Nariño, cirugía practicada por cuenta de la misma clínica Fátima de la ciudad de Pasto.

"Al respecto es importante tener en cuenta que la Caja Nacional de Previsión Social le prestó a la demandante todos los servicios médicos asistenciales en una esmerada y eficaz para así ser tratada oportunamente con toda la atención que requería dicha paciente.

"Cosa diferente es, que el médico quien practicó la cesárea a la actora haya obrado de una manera irresponsable ocasionando un daño y perjuicio a ella, pues en ningún momento la Entidad que represento vino a crear ese perjuicio; ya que el doctor GERMAN VELASQUEZ es un tercero que no es funcionario de la Caja Nacional de Previsión Social, deduciéndose directamente el daño por parte de él. Así las cosas, este médico especialista en ginecología y obstetricia es el que realmente debe responder por tal perjuicio.

"Analizando los elementos estructurales de la falla del servicio como son: un hecho u omisión que cause un daño y que exista una relación de causalidad entre ellos.

"En el caso que nos ocupa, la Entidad que represento no realizó ningún hecho ni omitió ninguna actividad, por lo tanto el primer elemento no está demostrado dentro del proceso en razón de que todos los documentos y pruebas que reposan dentro del expediente se determina claramente que a la señora MARITZA PADILLA JOJOA se le prestaron toda la asistencia médica que ella requería cuantas veces fuera necesario; otra cosa es que el daño surgió por la conducta y comportamiento de un tercero como es el doctor GERMAN VELASQUEZ, el cual no tiene ninguna relación con la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.

"Con base en las anteriores consideraciones, comedidamente solicito a esa Honorable Corporación EXONERAR DE TODA RESPONSABILIDAD a la Caja Nacional de Previsión Social". (fl. 274-275, C.1).

-III-

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL MANDATARIO JUDICIAL DEL DR. GERMAN VELASQUEZ (llamado en garantía)

En el escrito que obra a folios 269 y siguientes el citado profesional del derecho, en lo pertinente, **OBSERVA:**

"La demanda de reparación directa se endereza contra la Caja Nacional de Previsión Social por los demandantes, en reclamo de perjuicios materiales y morales, por la lesión causada a la señora Maritza Padilla Jojoa en intervención **quirúrgica practicada el día 13 de septiembre de 1990 en la Clínica Fátima de la** ciudad de Pasto por orden de dicha Institución Social, como consecuencia de una sonda de foley, que, según se afirma, se le dejó en el organismo en la cesárea realizada por el médico ginecólogo adscrito a la Caja Nacional de Previsión Social, doctor Gerardo Germán Velásquez, en dicha intervención quirúrgica, generándose "un enorme absceso inter-abdominal", configurándose una falla del servicio, que compromete la responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión.

"En sentencia de cuatro de febrero de 1994, en consonancia con las motivaciones que allí se hacen, paradógicamente, relievando que el doctor Gerardo Germán Velásquez no era funcionario de la Institución Social y obraba como un particular en orden a la prestación de servicios a la Caja Nacional de Previsión, en Tribunal Administrativo de Nariño, resuelve:

"PRIMERO: Declarar que la Caja Nacional de Previsión Social es patrimonialmente responsable de la lesión causada a la señora Maritza Padilla Jojoa en la intervención jurídica (sic) practicada el 13 de septiembre de 1990 en la Clínica Fátima de esta ciudad por orden de dicha entidad.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior CONDENASE, a pagar por concepto de perjuicios morales....."

"A petición del Procurador 36 en lo Judicial Asunto Administrativo, el Tribunal de Nariño, en orden a la definición del pretendido llamamiento en garantía provocado por la Caja Nacional de Previsión, adicionó dicha sentencia, en providencia de tres de marzo de 1994, en que se dispone:

"PRIMERO: Adicionar la sentencia de 4 de febrero de 1994 en los siguientes términos:

"A) Declarar responsable a la Caja Nacional de Previsión Social y al doctor Germán Velásquez por la lesión causada a la señora Maritza Padilla Jojoa en intervención quirúrgica practicada el día 13 de septiembre de 1990 en la Clínica Fátima de esta ciudad por orden de dicha entidad.

"B) En consecuencia, condénase a la citada entidad a pagar la totalidad de la obligación impuesta en fallo de 4 de febrero de 1994.

"SEGUNDO: Una vez efectuado el pago por la Entidad, esta podrá repetir contra el doctor Germán Velásquez por una suma equivalente al 20% del total de la obligación.

"TERCERO. La entidad deberá pagar....."

"El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo estatuye lo que sigue:

"DE LOS ACTOS Y HECHOS QUE DAN LUGAR A RESPONSABILIDAD. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales o Descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.

"En el mismo sentido y confirmando por ende dicho ordenamiento, el artículo 90 de la Constitución, establece lo que sigue:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.".

"Síguese de modo no cuestionable que se "responsabiliza directamente a la Administración y se le impone a esta la obligación de repetir contra **EL FUNCIONARIO** cuando resulte demostrado que la conducta dolosa o gravemente culposa de este, causó, en todo o en parte, los perjuicios reclamados", como se dice, en sentencia de 9 de diciembre de 1993 - Sección Tercera - del H. Consejo de Estado con ponencia del H. Magistrado doctor Carlos Betancur Jaramillo (Jurisprudencia y Doctrina No. 267 marzo de 1994, páginas 326 y siguientes).

Como es obvio la facultad de repetir contra el funcionario está condicionada a que se declare responsable a la Administración y sólo en tal evento podrá repetir, en todo o en parte, los perjuicios reclamados, contra el funcionario incurso en dolo o culpa grave.

"Al paso que la responsabilidad de la Administración se genera por culpa orgánica o anónima por tal funcionamiento del servicio, para repetir, en todo o en parte, el monto de los perjuicios, contra el funcionario, se requiere que este haya incurrido en una conducta dolosa o gravemente culposa.

"Me extendería sin necesidad, si incluso, me refería al daño antijurídico o teoría de la lesión en la responsabilidad del Estado, a que se refiere esa sección, entre otras, en la sentencia de 26 de noviembre de 1992 con ponencia del H. Magistrado Doctor Julio César Uribe Acosta (Jurisprudencia y Doctrina No. 255 marzo de 1993. P. 209 y siguientes).

"En el caso que nos ocupa baste manifestar que no es dable repetir contra mi poderdante, independientemente de la responsabilidad de la Caja Nacional de Previsión Social, utilizando el procedimiento adoptado, en cuanto ello parte del presupuesto ineludible de que se dé la condición de **FUNCIONARIO O AGENTE DEL ESTADO,** noción perfectamente decantada y de clarísima comprensión, y mi poderdante, lisa y llanamente, no ostenta dicha **calidad,** como se lo afirma en la propia sentencia, quien prestó sus servicios a la Caja Nacional como un particular en virtud de un contrato de prestación de servicios con la Caja Nacional de Previsión Social, como así lo afirma esta al provocar el llamamiento en garantía.

"Si se alega que mi poderdante no cumplió debidamente el contrato celebrado con dicha entidad pública, lo pertinente es que esta instaure la acción de perjuicios del caso contra el doctor Germán Velásquez, aduciendo y demostrando los elementos tipificantes de la responsabilidad contractual, ante el Juez competente y con observancia de la plenitud de las formalidades. (Garantía Constitucional sobre normas de Juzgamiento Art. 29 C. Nacional).

"En modo alguno es dable adoptar el procedimiento utilizado por la Caja Nacional de Previsión provocando la convocatoria o llamamiento en garantía, prohijado equivocadamente por el Tribunal Administrativo de Nariño.

"En sentencia de 9 de diciembre de 1993, esa sección se pronuncia en los siguientes términos:"

"Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.Administrativo) se puede en este tipo de acción demandar a la Entidad Pública o al **FUNCIONARIO** que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del Ente al cual está adscrito o ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad

entre la persona pública y su **SERVIDOR,** porque en el fondo, ESTE ULTIMO ES LA ADMINISTRACION MISMA; EN OTROS TERMINOS, PORQUE LA PERSONA PUBLICA Y SU **FUNCIONARIO** SON UNA SOLA PERSONA, YA QUE AQUELLA ACTUA A TRAVES DE ESTE; Y PARA QUE EXISTA LA SOLIDARIDAD DEBE DARSE, POR ACTIVA O POR PASIVA, LA PLURALIDAD DE SUJETOS". (Sentencia indicada).

"Se destaca de la indicada sentencia que la facultad de repetir lo pagado se predica **CONTRA EL FUNCIONARIO PUBLICO.**

"Desde ese clarísimo ángulo, sin otras consideraciones cualesquiera, se impone revocar la condena fulminada contra mi poderdante.

"Por lo demás, pese al procedimiento que requiere el cobro de perjuicios por pretendida infracción de un contrato celebrado con la Caja Nacional de Previsión Social, el cirujano que operó a la paciente y reporta haber encontrado la sonda en la cavidad abdominal de la paciente, debió enviar ese material a patología para comprobar que en realidad se trataba de una sonda, sin embargo Patología no recibió esa muestra y no se encuentra en ninguna parte de la Historia Clínica.

"Así mismo del proceso aparece que la paciente fue sometida a operaciones quirúrgicas con anterioridad y es posible que en una de estas intervenciones se haya dejado algún drenaje que después aparece durante una cirugía y por lo mismo se torna incierta la pretendida imputación contra mi poderdante.

"Incluso frente a las circunstancias que se anotan en la demanda, sutilmente expuestas, despejándolas del habilidoso argumento que se esgrime, cada caso reclama su análisis en sus peculiaridades, partiendo de la fecha de la presentación de la demanda, se concluye que la acción de reparación directa se halla caducada.

"En todo caso los argumentos que aduzco frente a mi poderdante, son claramente válidos en orden a revocar la condena que contra este se fulmina." (fl. 269-273, C. 1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será modificada, pues se impone hacerle algunos ajustes, de universo económico y jurídico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso ***sub-exámine*** no hay espacio para la duda que impida concluir que LA CAJA NACIONAL DE PREVISION es administrativamente responsable de los daños antijurídicos causados a la demandante, señora MARITZA PADILLA JOJOA. Y se predica lo anterior, porque a lo largo del proceso se demostró que por cuenta del

centro de imputación jurídico demandado se le practicó a la demandante una CESAREA, en el Hospital San Pedro de Pasto, en el mes de septiembre de 1991, habiéndosele dejado una SONDA, en el interior de su cuerpo. Así lo dispuso el Dr. ALVARO REINALDO BEDOYA URRESTA, en la declaración que rindió ante el Tribunal, en la cual y en lo pertinente, se lee:

> "La paciente llegó a mi consultorio remitida de Cajanal como usualmente suelen hacer con el antecedente de que se le había practicado una cesárea y exámenes paraclínicos que confirmaban la presencia de una masa intraudominal (sic), razón por la cual se programó para cirugía (la paratomía exploradora) donde se encontró que el tumor que ocupaba espacio correspondía a un absceso en cuyo interior se encontró una sonda (elemento extraño) denetaton (sic). El pos operatorio funcionó dentro de los límites normales. La constancia de lo dicho debe estar escrito en la historia clínica. Los controles post-quirúrgicos referentes a mi especialidad ha evolucionado dentro de los límites normales, mi especialidad es cirujano general. Oficialmente con constancias de la Caja la he observado nuevamente como tres veces. Antes de practicar la cirugía de la extracción del cuerpo extraño la paciente estaba muy sintomática, por tal razón fue que requirió de mis servicios. Después de haberle realizado la cirugía en lo que corresponde a mi especialidad, podría decir que está evolucionando normalmente" (fl. 148, C.1).

Dentro del marco probatorio anterior, la Caja Nacional de Previsión Social incurrió en una falla del servicio, sin que sean de recibo las argumentaciones de su mandatario judicial, en el sentido de que ninguna responsabilidad le cabe porque el médico que operó a la paciente no estaba adscrito a la Caja por ninguna "...vinculación legal ni reglamentaria (por decreto o resolución de nombramiento) ni tampoco por contrato de prestación de servicios, pagando estos en forma directa..." Del documento que obra al folio 37 del cuaderno No. 1, expedido por el Médico Coordinador de Cajanal Nariño se vivencia que el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ sí prestaba sus servicios a la citada entidad, en su "...calidad de adscrito comprando sus servicios de acuerdo con las tarifas vigentes de la Caja Nacional, por necesidad requerida...". Así las cosas, la Sala reitera su posición jurisprudencial en el sentido de que en casos como el que se deja estudiado la responsabilidad administrativa, en forma directa, la asume el demandado que, en cumplimiento de sus deberes de prestación de servicios, los contrata con terceros, sin que con ello se quiera significar que la conducta de estos no pueda definirse dentro del mismo proceso, llamando en garantía al particular que actuó con dolo o culpa grave. No proceder así sería permitir que la administración eludiera su RESPONSABILIDAD DIRECTA, surgida del artículo 90 de la Constitución Nacional, para tornarla INDIRECTA, en perjuicio de los damnificados.

B) Como el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ fue llamado en garantía, se confirmará la decisión del ***a-quo*** en cuanto definió que él es responsable de la conducta antijurídica, pues un profesional de la medicina, colocado en las mismas circunstancias en que él actuó, no habría procedido en la forma tan negligente como él

lo hizo. Para el sentenciador su comportamiento se encuadra dentro de la filosofía que informa la CULPA GRAVE que, en el derecho colombiano se asimila al DOLO. Por lo demás, a lo largo del debate probatorio se mostró indiferente con la suerte del proceso, pues sólo vino a constituir apoderado cuando se profirió sentencia de condena, esto es, dejó pasar la oportunidad para pedir pruebas y proponer excepciones, realidad procesal que explica bien la causa, motivo o razón por la cual no acreditó ninguna causal eximente de responsabilidad. Los esfuerzos que su mandatario judicial hace, en el escrito en que sustentan el recurso de apelación, orientados a reiterar que él no es FUNCIONARIO O AGENTE DE ESTADO, sino un simple particular, no lo liberan de responsabilidad. Por lo demás, y en virtud del FUERO DE ATRACCION, la jurisdicción de lo contencioso administrativo resulta competente para definir su situación jurídica, al mismo tiempo que la Caja Nacional de Previsión.

Todo el cuestionamiento que el citado profesional del derecho hace respecto de las distintas operaciones quirúrgicas que con anterioridad soportó la demandante; la necesidad de enviar a patología la sonda que se encontró en la cavidad abdominal, para probar que en puridad de verdad era tal, son aspectos que el citado profesional de la medicina ha debido controvertir a lo largo del proceso, aportando la prueba necesaria para desvirtuar el juicio médico emitido por el Dr. ALVARO REINALDO BEDOYA URRESTA. Como así no procedió, su conducta resulta también negligente en el manejo de su propia defensa. En materia probatoria, la Sala recuerda las enseñanzas del maestro Eduardo Couture, cuando predica:

> "La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandante las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio.
>
> "Pero en segundo término, **casi siempre en forma implícita porque no abundan los textos expresos que lo afirmen, la ley crea al litigante la situación embarazosa** de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquellas.
>
> **"La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron. Como en el antiguo dístico, es lo mismo no probar que no existir".** (Subrayas de la Sala).

Por todo lo que se deja expuesto, la Caja Nacional de Previsión puede repetir contra el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ, por el monto total de la condena que se le impone en la parte resolutiva de este fallo.

C) Por lo que hace relación con la LEGITIMACION POR ACTIVA, la Sala encuentra que sólo la demandante MARITZA PADILLA JOJOA lo está. No sus sedicentes hijos, NATALIA SOLEDAD, Y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA, porque al proceso no se aportaron las ACTAS DE NACIMIENTO y ni siquiera los CERTIFICADOS, que demostraran que ellas son sus hijas. El ***ad-quem*** no se explica cómo el tribunal afirma en la sentencia que el parentesco de las hijas menores se demostró "...con los registros civiles que obran en autos...", pues estos no aparecen dentro del proceso. Desfases, con tal universo, dejan la impresión de que no se estudia bien el expediente, conducta que desdice de una buena administración de justicia. Por ello se llama la atención al sentenciador de instancia.

Al no demostrarse que NATALIA SOLEDAD Y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA son hijas de ALVARO BURBANO GARCIA, por la circunstancia probatoria ya anotada, su condición de compañero permanente queda bien comprometida, pues los testimonios rendidos por MARTHA ELVIRA ARTEAGA GARCIA, RUTH AMPARO FLOREZ e INES ZAMBRANO MALLAMA, no tienen fuerza de convicción. Por lo demás, al deponer ante el Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte (Nariño), se les insinuaron las respuestas. Así, a la primera se le preguntó: "b) Si igualmente conocen a su compañero permanente ALVARO BURBANO PADILLA y a sus menores hijas NATALIA SOLEDAD y KAROL MARCELA BURBANO PADILLA". Si la Sala no decreta pruebas de OFICIO, con miras a buscar la verdad real, es porque en el caso en comento tampoco se justifica una condena por PERJUICIOS MORALES en favor de las sedicentes hijas y compañero permanente.

D) EL DAÑO sufrido por la señora MARITZA PADILLA JOJOA, quedó bien probado con el dictamen rendido por el Médico Laboral Dirección Regional de Trabajo de Pasto, de fecha 20 de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), (C.1, fol. 168), en el cual, y en lo pertinente, se lee:

> "La anamnesis refiere la señora Padilla Jojoa tener 33 años de edad, partos 3 por cesárea, el último con salpinguectomía bilateral, de ocupación Secretaria Juzgado Municipal de Ricaurte, tiempo de la ocupación 13 años, refiriendo igualmente que en el curso del presente año no ha tenido incapacidad médica alguna.
>
> "Obraron como elementos de juicio los antecedentes médicos de la trabajadora entre los que se encuentran los siguientes documentos:
>
> "1.- Ecografías abdominal y pélvica.
>
> "2.- Solicitud de interconsulta médico Caja-Nal Ricaurte y respuesta respectiva cirujano consultado.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

"3. Ficha control de atención médica Caja-Nal.

"4.- Constancia Caja-Nal Nariño expedida por médico coordinador Nariño.

"5.- Incapacidades Nos. 1097763, 1037805, 1037736 y 1037810.

"6.- Solicitudes servicio de especialista Caja-Nal y orden de hospitalización.

"7.- Epicrisis Hospital San Pedro.

"Y el examen físico en el que se observó una paciente orientada, atenta, marcha y lenguaje normal, aspecto saludable, a nivel de abdomen se observa este de forma normal, sin distención, sin retracciones, simétrico, no prominencias, con cicatriz postquirúrgica, siendo a la palpación blando depresible no doloroso.

"Con todo lo anterior se concluyó que la trabajadora en fecha septiembre 13/90 se le practicó atención de parto por cesárea y salpinguectomía bilateral y en octubre 28/91 laparatomía exploratoria, drenaje absceso intra-abdominal y recexión tejido graso, con estado al egreso bueno y posterior evolución satisfactoria.

"No presenta secuelas que le ocasionen una disminución de su capacidad laboral.

"Se advierte que contra el presente dictamen proceden los recursos de reposición y el subsidiario de apelación" (fl. 168, C.1).

Frente a la realidad médica que se deja detallada, la Sala encuentra excesiva la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el tribunal en favor de la citada demandante. Por ello se reducirá su monto a quinientos (500) gramos de oro fino, que se deberán pagar con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Se confirmará la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el sentenciador de instancia, por la suma de QUINIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS ($513.961.17), pues la prueba valorada para fundamentar la condena es de recibo.

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) CONFIRMASE parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal de Nariño el día cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), y la adición que a la misma le hizo el *a-quo* el día tres (3) de marzo del mismo año, la cual queda así:

A) DECLARASE que la Caja Nacional de Previsión Social es DIRECTA y administrativamente responsable de la falla médica que se dejó descrita en los considerandos de esta sentencia.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL a pagar a la señora MARITZA PADILLA JOJOA, la cantidad de quinientos (500) gramos de oro fino, por concepto de PERJUICIOS MORALES, que se deberán pagar con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

C) CONDENASE, igualmente, a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, a pagar a la señora MARITZA PADILLA JOJOA, la suma de QUINIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON DIEZ Y SIETE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($513.961.17), por concepto de PERJUICIOS MATERIALES.

D) DECLARASE que el Dr. GERARDO GERMAN VELASQUEZ (llamado en garantía) es RESPONSABLE frente a la Caja Nacional de Previsión del daño antijurídico causado a la señora Maritza Padilla Jojoa, por haber incurrido en culpa grave en la atención quirúrgica que le prestó a la citada demandante.

En consecuencia, CONDENASELE a reintegrar a la CAJA NACIONAL DE PREVISION las sumas de dinero que esta tiene que satisfacer con ocasión del presente fallo.

E) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

F) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Para tal fin, expídanse las copias del mismo, con destino a los interesados, precisamente cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

DERECHO DE PROPIEDAD/SUBSUELO PETROLIFERO/HIDROCARBUROS/DERECHOS ADQUIRIDOS/YACIMIENTO DE HIDROCARBURO/YACIMIENTO DESCUBIERTO-Definición legal

La Sala encuentra que la parte actora demostró, con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el día quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), que habían salido del patrimonio del Estado, "antes de 28 de octubre de 1973..." el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción de el globo de terreno denominado SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS y también en SAN JOSE DE MATA DE INDIOS O LA EMBOCADA, pero no pudo probar, a la luz de lo preceptuado en la Ley 20 de 1969, interpretada con autoridad por la ley 97 de 1993, que sus propietarios hubiesen descubierto "... uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969...", entendiendo por "DESCUBRIMIENTO" lo definido por el legislador en el art. 2 de la Ley 51 *ibídem* interpretativa.

LEY INTERPRETATIVA-Consecuencias/**INTERPRETACION DE AUTORIDAD/LEGISLADOR**-Atribuciones/**ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La Sala desea dejar claro que considera particularmente peligroso, para la certeza y seguridad jurídicas, y el imperio de la Constitución y de la ley, la expedición de leyes interpretativas cuando están en curso procesos en que el Estado es parte, y en los cuales se debaten, a la luz de distintas perspectivas, las materias que luego quedan interpretadas con "AUTORIDAD", por el mismo legislador. Transitando por esta vía se corre el

grave riesgo de que la función de juzgar, esto es, de desatar los conflictos entre los hombres, pese al poder legislativo, desnaturalizándose así la concepción misma del Estado Social de Derecho.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Tercera.– Santafé de Bogotá D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Ref.: Expediente número 7374. Actor: Comunidad de Propietarios de los yacimientos petrolíferos contenidos en el subsuelo de las Haciendas SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS y SAN JOSE DE MATA DE INDIOS O LA EMBOCADA, representada por el señor JAIME TRESPALACIOS RODRIGUEZ. Demandada: LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el conflicto de intereses presentado entre la COMUNIDAD DEMANDANTE y LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, cuyo universo jurídico y fáctico se recoge en la demanda presentada el día diez (10) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), en la cual y en lo pertinente, se lee:

"Obrando en ejercicio del poder especial que me ha otorgado el señor **Jaime Trespalacios Rodríguez,** identificado con cédula de ciudadanía No. 3.680.136 de Barranquilla, en su condición de representante legal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL SUBSUELO Y YACIMIENTOS DE PETROLEO y demás hidrocarburos existentes en los globos de terreno denominados SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS y SAN JOSE DE MATA DE INDIOS O LA EMBOCADA, de manera atenta manifiesto que por medio del presente escrito y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presento DEMANDA para que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 31668 de septiembre 3 de 1991 y 32316 de 25 de noviembre de 1991, ambas originarias del Ministerio de Minas y Energía, y se restablezca el derecho de la Comunidad actora, previo el proceso ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo y oído el Ministerio Público, de conformidad con las pretensiones y fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente demanda:

"Son pretensiones de la presente demanda:

"1o) Que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 31668 de septiembre 3 de 1991 y 32316 de 25 de noviembre del mismo año, expedidas ambas por el señor Ministro de Minas y Energía, por medio de las cuales no autorizó la perforación, con fines de explotación de petróleo, en los yacimientos existentes en las haciendas de propiedad de la Comunidad de Propietarios del Subsuelo petrolífero de los globos de terreno denominados Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, en el Departamento del Cesar.

"2o) Que como restablecimiento del derecho se declare que la Comunidad mencionada en la petición anterior o quien represente sus derechos, tiene derecho a que se le conceda autorización o licencia, por parte del Ministerio de Minas y Energía, para que inicie, reinicie o continúe trabajos de perforación en los predios que contienen los yacimientos de petróleo en las citadas haciendas o terrenos y, en consecuencia, se ordene a dicho Ministerio autorizar la perforación en el Pozo Mata de Indios No. 1.

"3o) Que a la sentencia definitiva que se dicte en este proceso, se ordene darle cumplimiento en los términos previstos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

"II.- PARTES CONTENDIENTES

"Es parte demandada la Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, al cual representa el Ministro, doctor Juan Camilo Restrepo Salazar, o quien haga sus veces, entidad con domicilio en Santafé de Bogotá, D.C., y con oficinas en el Centro Administrativo Nacional, Avenida Eldorado, de esta ciudad.

"Es parte actora la Comunidad de Propietarios de los yacimientos petrolíferos contenidos en el subsuelo de las haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, representada legalmente por el señor Jaime Trespalacios Rodríguez, domiciliado en Barranquilla-Atlántico.

"III.- HECHOS

"Son fundamentos de hecho de la presente demanda los siguientes:

"1o) Ante la Corte Suprema de Justicia se tramitó demanda contra la Nación formulada por los sucesores de la sucesión ilíquida del señor Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán y los de la sucesión ilíquida del señor Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, para que se declarara que son de propiedad particular y no del patrimonio del Estado el petróleo y demás hidrocarburos que existen en los globos de terreno denominados Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, respectivamente, de las sucesiones mencionadas, en su condición de propietarios de ellos, ubicados en los municipios de Chiriguaná, Chimichagua y Valledupar, entonces del Departamento de Magdalena.

"2o) De la demanda mencionada en el punto anterior fueron actores: Ana Paz Trespalacios de Abello, Alejandro Osio Trespalacios, Josefina Osio de Gutiérrez de Piñeres, Elvira Osio de Echardt, Aristides Gutiérrez de Piñeres, Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres, Alejandro Gutiérrez de Piñeres, Gabriel Gutiérrez de Piñeres, Guillermo Piñeres, Cristina Piñeres de Piñeres, María Josefa (o Josefina) Trespalacios Santodomingo, Ana Regina Trespalacios de Fernández, Emilia Trespalacios de Pérez, Isabel Trespalacios Santodomingo, Juana

Trespalacios Santodomingo, Rafael M. Trespalacios, Ruby Bacci de Zuluaga, Edith y Alicia Bacci Trespalacios, Luciano M. Fernández, Rosa Amelia Piñeres de Fernández, Miguel Joaquín Fernández Piñeres, Rosa Amelia Fernández Piñeres, Fermina Fernández T., María J. Fernández, Luisa Fernández T., Vicenta Fernández T., Juana Fernández T., Ana Raquel Trespalacios, Rebeca Trespalacios y José Manuel Trespalacios.

"3o) Los anteriores demandantes acreditaron sus derechos herenciales sobre los subsuelos y yacimientos petrolíferos antes mencionados, como consta en la aludida sentencia de la C.S. de J., en cuyo considerando 35 se lee:

"De manera que, si bien en la causa se halla suficientemente acreditada la legitimación de los demandantes como copartícipes en las herencias de don Francisco Trespalacios Marzán y don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, con derechos vinculados en ambos inmuebles, con el certificado de registro público y las hijuelas correspondientes, en unos casos, y en otros con las respectivas actas de estado civil, la propiedad actual corresponde a las sucesiones ilíquidas de los expresados causantes, y así habrá de decretarse conforme a lo solicitado en las peticiones subsidiarias del tercer grado formuladas en la demanda."

"4o.) El 15 de diciembre de 1962, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, expidió sentencia en el proceso de que se viene haciendo referencia, en cuya parte resolutiva dispuso, en lo pertinente:

"**Primero:** Salieron del patrimonio del Estado antes del veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres, y, en consecuencia, son de propiedad particular y pertenecen a la sucesión ilíquida de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán, el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas, comprendida dentro del área de la propuesta para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio del ramo por Walter K. Link, registrada en ese Ministerio entre los siguientes linderos: "....

....

"**Segundo:** Salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres, y consiguientemente son de propiedad particular y pertenecen a la sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en la parte o porción del globo de terreno denominado San José de Mata de Indios o la Embocada, comprendida dentro de los linderos generales de la propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos formulada al Ministerio del ramo por Walter K. Link, registrada en ese Ministerio con el número cuatrocientos cuarenta, o sea en la porción de terreno que a continuación se describe: "....

"Esta sentencia fue registrada en el Ministerio de Minas y Energía bajo el No. 86 de 25 de julio de 1963, Libro de Sentencias y Avisos, folios 224.225 y 226.

"5o.) Como puede apreciarse, en ese proceso consta que para entonces se registró en el Ministerio de Minas una propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos, bajo el No. 440, de los yacimientos petrolíferos de las dos haciendas o globos de terreno mencionados, de propiedad de las entonces dos aludidas sucesiones ilíquidas, propuesta que fue aceptada por medio de la resolución 113 de 16 de febrero de 1948, emanada de ese Ministerio, publicada en el Diario Oficial No. 26688 de 1o. de abril de 1948.

"6o.) Con ocasión de una inicial oposición a la aceptación de esa propuesta, la comunidad celebró contratos de exploración y explotación de hidrocarburos así: con las sociedades Tropical Oil Company e International Petroleum (Colombia) Limited, por medio de las escrituras públicas 726 de 13 de marzo de 1951, Notaría 1a. de Barranquilla, y 848 de 27 de abril de 1955, Notaría 1a. de Barranquilla; los celebrados con las sociedades BP Exploration Company (Colombia) Ltda. y Sinclair Colombian Oil Company Inc., por medio de la escritura pública 3.336 de 26 de noviembre de 1864, de la Notaría 4a. de Barranquilla.

"Con anterioridad, se habían celebrado contratos con la sociedad Richmond Petroleum Company, por medio de la escritura pública 1.576 de 21 de septiembre de 1939, Notaría 5a. de Bogotá; y el celebrado con la sociedad Petróleos Shell de Colombia, por medio de la escritura pública 4.569 de 18 de diciembre de 1941 Notaría 4a. de Bogotá.

"7o.) El 22 de diciembre de 1969, se dictó la Ley 20 que reguló el Régimen jurídico de la propiedad de las minas cuyos artículos 1o. y 13 dicen:

"**Artículo 1o.** Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir dela vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

"**Artículo 13o.** Las normas contenidas en el artículo 1o. de esta ley, se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos".

"8o.) Esta ley 20/69 fue reglamentada por el Decreto 797 de 1971, en cuyo artículo 1o. se dispuso: "Artículo 1o. De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Nacional y con los artículos primero y décimo tercero de la ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituídos a favor de terceros.

"Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969 sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y

vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica".

"9o.) Después se expidió el Decreto reglamentario 1895 de 1973 que reguló el ejercicio de los derechos de exploración y explotación de los yacimientos petrolíferos de propiedad privada y estatal, en cuyo artículo 28 se dispuso:

"**Artículo 28o.**- Por lo menos con treinta días de anticipación a la fecha de iniciarse la perforación de un pozo, el explorador o explotador deberá obtener permiso de la División de Petróleos del ministerio, por medio del Formulario 4CR, "Intención de Perforar". Este permiso será válido por un período de tres (3) meses, contados a partir de la fecha fijada para la iniciación del pozo.

"Si la perforación del pozo no se efectúa en el tiempo anteriormente señalado, el operador tendrá un plazo de treinta (30) días para justificar la no perforación del pozo.

"10o.) Hacen parte de la Comunidad de herederos propietarios del Subsuelo de las Haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios y otros, en su calidad de herederos de las sucesiones de Francisco De La Cruz Trespalacios Marzán y la de Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales, según consta en la escritura pública No. 425 del 6 de marzo de 1987, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena, las siguientes personas: Oscar Gutiérrez de Piñeres Coy, Ignacio Gutiérrez de Piñeres Coy, Germán Gutiérrez de Piñeres Coy, Concepción Gutiérrez de Piñeres, Julia Gutiérrez de Piñeres Coy de Trucco, José Vicente Trucco Gutiérrez de Piñeres, Alejandro Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Jaime Antonio Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Vicente Celedonio Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Edith Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Regina Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Rodolfo Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Jorge Gutiérrez de Piñeres, María de la Paz Gutiérrez de Piñeres Ruiz, Javier Gutiérrez de Piñeres Lemaitre, Rocío Gutiérrez de Piñeres Lemaitre, Rosario Gutiérrez de Piñeres Lemaitre, Simón Gutiérrez de Piñeres Lemaitre, Julia Gutiérrez de Piñeres Luna, Cristina Gutiérrez de Piñeres de Pérez, José María Fernández Trespalacios, Rafael Fernández Trespalacios, Juana Trespalacios Santodomingo, Matilde Gutiérrez de Piñeres Lemaitre, Jaime Trespalacios Rodríguez, Alicia Bacci de Fernández, Margarita Abello de Lengua, Aura Abello de Abello, Cecilia de Illera, Ligia de Osio Trespalacios, Josefina Osio Trespalacios de Gutiérrez de Piñeres, Rosa Amelia Fernández de Taboada, Juan Antonio Gutiérrez de Piñeres Osio y Jaime Gutiérrez de Piñeres.

"Es representante legal de esa Comunidad el señor Jaime Trespalacios Rodríguez.

"11o.) La validez y vigencia de los títulos jurídicos en cabeza de la mencionada Comunidad han sido reconocidos además por el Consejo de Estado en sentencia de 21 de octubre de 1971, expediente No. 751.

"12o) En aplicación de lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto 797 de 1971 y el Decreto 1895 de 1973, los propietarios avisaron el 30 de septiembre de 1987 al Ministerio de Minas mediante la forma 4-CR que pretendían iniciar la perforación con taladro del Pozo Mata de Indios No. 1, el cual fue aprobado mediante oficio No. 020741 de noviembre 11 de 1987, de la Dirección General de Hidrocarburos de ese Ministerio.

"El aviso en cuestión fue dado por el señor Ricardo de la Espriella, con quien celebró contrato la mencionada Comunidad para la exploración y explotación del petróleo ubicado en las citadas propiedades, según consta en la escritura pública No. 2124 de 30 de diciembre de 1981, de la Notaría 2a. de Cartagena.

"La perforación se inició el 28 de diciembre de 1987 según consta en acta suscrita en la Alcaldía del Municipio de El Paso, Departamento del Cesar, en la misma fecha.

"Esa perforación fue suspendida por razones técnicas y de fuerza mayor dadas por graves alteraciones del orden público en esa región, de lo cual se dio aviso al Ministerio de Minas y Energía.

"13o.) El Director (E) General de Hidrocarburos aprobó la perforación del citado pozo, mediante el oficio No. 020741 de noviembre 11 de 1987.

"14o.) El Ministro de Minas y Energía, con oficio 000517 de 1988 dirigió a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado una consulta en la cual transcribe una interpretación de la Oficina Jurídica de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL- sobre la propiedad privada de las minas, el ejercicio de esos derechos, la reglamentación de la Ley 20 de 1969 y su incidencia en materia de hidrocarburos, consulta en la que considera que el criterio expuesto por la citada oficina jurídica no coincide con el criterio tradicional del Ministerio, el cual expone así:

"Por la simple lectura del párrafo segundo del artículo 1o. del Decreto 797 de 1971, transcrito anteriormente, podemos apreciar el esfuerzo que hizo el poder reglamentario para no exigir la prueba del yacimiento descubierto. Así, mientras la primera parte del párrafo es copia, prácticamente, del artículo 1o. de la Ley 20, luego deja de hablar de yacimientos descubiertos y, en forma perentoria, afirma que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por el título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica.

"En otras palabras, la persona que presente uno de los títulos mencionados, es considerada, actualmente, como propietaria privada del subsuelo petrolífero, sin tener que demostrar que el yacimiento ha sido descubierto ya.

"El poder reglamentario descubrió que era imposible demostrar, en materia petrolera, un yacimiento descubierto, y que, si ello se exigía se encubría una confiscación.

"Ni siquiera se previó como en el caso de las minas, establecer términos y requisitos para demostrar la explotación".

"Y más adelante afirma:

"Todo lo anterior significa que existe diferencia entre la manera de acreditar la propiedad privada de los hidrocarburos, según su reconocimiento hubiere sucedido antes de la vigencia de la Ley 20 o después de ella.

"a.) Para acreditar dicha propiedad privada en el primer caso, sólo se requiere la existencia de un título regular que no hubiera caducado, o de un fallo que la reconozca y que conserve su validez jurídica.

"b.) Para el segundo caso, o sea la validez de un reconocimiento que se hubiere hecho con posterioridad a la Ley 20, se exige además del título o del fallo, la existencia de un "yacimiento descubierto".

"15o.) El Consejo deEstado mediante providencia radicada bajo el No. 187 del 11 de julio de 1988, conceptuó, en lo pertinente, para dar respuesta al concepto solicitado por el Ministerio de Minas y Energía, citado en el punto anterior, confirmando el criterio del Ministerio, antes expuesto, en los siguientes términos:

"Se concluye que una sentencia de reconocimiento de propiedad privada, que profirió la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 1962, en nuestro ordenamiento jurídico tiene efecto de cosa juzgada y como otorga un derecho, este no puede ser desconocido por una ley nueva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal.

"En consecuencia, una vez presentada la solicitud de aviso para perforar un pozo dentro del área objeto de un reconocimiento de propiedad privada, mediante sentencia ejecutoriada, de autoridad competente, es imperativo para el Ministerio otorgar dicha autorización".

"Más adelante, en las conclusiones, expresó el concepto:

"a) La propiedad de las minas, reconocida en actos administrativos, o en sentencias definitivas, y la de los yacimientos de hidrocarburos reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas, anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo.

"b) El artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos".

"16o.) La consulta que motivó el anterior concepto fue hecha en razón de que la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- consideró que el permiso de perforación del pozo Mata de Indios No. 1 no debía otorgarse por estimar que la propiedad de la Comunidad sobre el subsuelo petrolífero se había extinguido por virtud de lo dispuesto por la Ley 20 de 1969.

"17o.) El 4 de septiembre de 1969, se dictó el Decreto 1994, "por el cual se reglamenta el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, en materia de hidrocarburos", que repitió en su artículo 1o. el texto del artículo 1o. del Decreto 797 que había reglamentado ya la misma norma de la Ley de 1971, y le agregó, con notoria desviación y abuso de poder:

"Y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos".

"En el artículo 2o. del decreto 1994 se explicó:

"**Artículo 2o.** Para efectos de lo previsto en la Ley 20 de 1969 y en el presente decreto, un yacimiento se reputa descubierto cuando mediante perforación con taladro y la correspondiente prueba de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrolíferas y propiedades de los fluídos".

"18o.) El 22 de marzo de 1991, el señor Jaime Trespalacios Rodríguez, en su condición de representante legal de la mencionada comunidad, dirigió una carta al Ministerio de Minas y Energía, radicada con el No. 006335, en el cual, después de historiar los antecedentes de perforación del Pozo Mata de Indios No. 1, le manifestó que tal Comunidad tenía interés legítimo de reiniciar los trabajos de perforación suspendidos.

"El Ministro de Minas y Energía, variando de manera arbitraria la política oficial que tradicionalmente se mantenía sobre hidrocarburos, mediante resolución No. 31668 del 3 de septiembre de 1991, dispuso "No autorizar la perforación solicitada por la Comunidad de Propietarios del Subsuelo de la Hacienda Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, y negar sus pretensiones por las razones aducidas en este proveído".

"Esas razones fueron, en síntesis:

"a.) Que el Decreto 1994 de 1989, septiembre 4 que reglamentó el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, entro a definir y a aclarar lo que se entiende por yacimiento descubierto;

"b.) Que "dentro de los requisitos **para tener la propiedad** sobre el subsuelo es obligatorio cumplir con el requisito anunciado en la Ley 20 de 1969, y ratificado en el literal c) del artículo 3o. del mencionado decreto: "Que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969; **requisito que no ha cumplido la Comunidad de Propietarios del Subsuelo de la Hacienda de Santa Bárbara de las Cabezas y José de Mata de Indios o la Embocada, por lo tanto no es viable la solicitud de perforación**" (destacamos).

"c) Se apoya también en un concepto del Procurador General de la Nación sobre un caso no citado y diferente, según el cual "en razón de no haberse dado la presencia de petróleo (yacimiento descubierto) con anterioridad a la vigencia de la Ley 20 de 1969, **no es procedente el reconocimiento de propiedad privada del subsuelo".** (subraya).

"19o) El 25 de septiembre de 1991, el doctor Héctor R. Rodríguez Pizarro, en su condición de apoderado de la citada comunidad, interpuso recurso de reposición contra la resolución 31668/91, antes mencionada, alegando que con la decisión recurrida se incurrió en violación de los artículos 6, 34, 58, 60, 83, 189-11, 332 y 333 de la actual Constitución; de los artículos 5o. de la Ley 57 de 1887; 9, 25, 26, 740, 745, 765, 1974, 1975, 1976, 1977 y 1978 del Código Civil; 5, 19, 35, 36, 37 y 38 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos); Decreto 1275 de 1970; Ley 20 de 1969; Decreto 979 de 1971, artículos 1o. y 2o.; Decreto 1895 de 1973, artículos 28, 29, 98 y siguientes; Ley 1a. de 1984; y Decreto 1994 de 1989, por aplicación indebida.

"20o.) Con resolución No. 32316 del 25 de noviembre de 1991, el Ministro de Minas y Energía resolvió el recurso de reposición antes citado confirmando en todas sus partes la resolución recurrida, negando las violaciones alegadas por el recurrente y reiterando los argumentos que motivaron la Resolución 31668 mencionada.

"21o.) La Resolución 32316/91 fue notificada por edicto fijado en la Secretaría Jurídica del Ministerio, el día 13 de diciembre de 1991 y desfijado el 19 de diciembre del mismo año.

"Debe dejarse constancia de que extrañamente mediante oficio No. 024771 del 5 de diciembre de 1991 del Jefe de la División Legal de Hidrocarburos se comunicó al apoderado de la Comunidad, doctor Héctor Rodríguez Pizarro la existencia de tal providencia para efectos de su notificación personal, pero esa comunicación sólo fue puesta al correo el 20 de diciembre de ese año, según lo certificó la Jefe de Archivo y Correspondencia, cuando ya había sido desfijado el edicto, el cual no podría fijarse sino 5 días después de agotarse la posibilidad de notificar personalmente la resolución.

"22o.) Con antelación a las Resoluciones acusadas en esta demanda, en 1988, el doctor Antonio Espinosa García, obrando como representante legal de la compañía LENCO PETROLEUM INC., solicitó del Ministerio de Minas que se le eximiera temporalmente a tal Compañía del cumplimiento de los trámites y obligaciones señaladas en el artículo 19 del Código de Petróleos, con fundamento en que tal Compañía suscribió contrato para la perforación del subsuelo petrolífero de propiedad privada de la Comunidad Santa Bárbara de las Cabezas, ubicada en el Municipio de El Paso, Cesar, por el cual la empresa petrolera sería la operadora de ese trabajo.

"El Ministro de Minas dictó la resolución 000772 de 8 de marzo de 1989 eximiendo a LENCO PETROLEUM INC. de tales obligaciones por un término de 90 días.

"23o.) En el Libro 3o. de Registro de Propiedad Privada del Subsuelo petrolífero del Ministerio de Minas y Energía fue registrada la Escritura Pública No. 2124 de 30 de diciembre de 1981 de la Notaría Segunda de Cartagena, mencionada en hecho anterior, que contiene el Contrato de Arrendamiento del Subsuelo Petrolífero de las Haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada.

"Sin embargo, en abierta contradicción con su conducta anterior, el Ministerio de Minas y Energía, División Legal de Hidrocarburos, mediante auto se abstuvo de inscribir en el mismo libro las modificaciones y cesiones del contrato de arrendamiento contenido en la citada escritura 2124, como lo solicitó el Dr. Antonio Espinosa García el 30 de agosto de 1991. Para ello adujo el argumento de que para estar frente a la excepción de principio consagrado en el artículo 332 de la Constitución Política se requería, además de la existencia de un título, la prueba acerca de que el derecho comprendido está vinculado a un yacimiento descubierto.

"24o.) La Empresa Colombiana de Petróleos mediante oficio No. 16475 de 22 de agosto de 1980 manifestó a la Comunidad que no tenía interés en el proyecto de perforación en los yacimientos de propiedad de la Comunidad.

"IV.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

"NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

"Sirven de fundamentos de derecho para la formulación de esta demanda las disposiciones pertinentes del Código Contencioso Administrativo y específicamente el artículo 85 del mismo, por cuanto el Ministerio de Minas y Energía al producir los actos administrativos acusados lesionó derechos innegables de la comunidad que represento, para adelantar los trabajos de perforación del subsuelo de su propiedad, desconociendo los derechos constituidos y consolidados por decisión jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, e incurriendo por lo tanto en violación de las siguientes normas del orden constitucional y legal: Artículos 58, y 332 de la Constitución Política; artículo 28 de la Ley 153 de 1887; artículo 1o. de la ley 20 de 1969; artículo 5o. del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos); Decreto 797 de 1971; Decreto 1895 de 1973 en sus artículos 28 y 29 y el Decreto 1994 de 1989 por aplicación indebida.

"1o. Violación de los artículos 58 y 332 de la Constitución Política.

"El primero de los artículos mencionados consagra uno de los principios generales que sustenta todo el sistema democrático y de libertad individual fundado en un estado de derecho, que garantiza la propiedad privada y los demás

derechos adquiridos, con arreglo a las leyes civiles, **"los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".**

"Esta norma, que forma parte del capítulo de "Los Derechos sociales, económicos y culturales" consagra la intangibilidad de los derechos adquiridos conforme a las leyes vigentes en ese momento y prohíbe que sean desconocidos o vulnerados por alguna ley posterior. Si ello es así, sobra observar que esos derechos con mayor, no pueden ser desconocidos por ninguna otra norma de menor jerarquía a la de la ley y mucho menor por actos administrativos de los funcionarios. Naturalmente si surge conflicto con una ley expedida por utilidad pública, el interés particular tiene que ceder al interés público o social, por cumplir la propiedad una función social.

"Pero de todas suertes dicho conflicto y el sometimiento del interés particular a la conveniencia pública o social sólo puede surgir a nivel de disposiciones legales y nunca puede ser generado por actos administrativos.

"En desarrollo de este principio y con relación al régimen económico y de la Hacienda Pública, el artículo 332 de la Carta dispone que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables pero "sin perjuicio de los derechos adquiridos y perforaciones con arreglo a las leyes preexistentes".

"Estas normas que estaban ya consagradas desde la Constitución de 1886 en sus artículos 30 y 202, han sido una constante de nuestra organización jurídica y por ello las leyes que en una u otra forma entran a regular la existencia o demostración de la existencia de la propiedad privada, dejan a salvo la intangibilidad de los derechos adquiridos al amparo de las leyes preexistentes.

"Por ello, los actos administrativos acusados, que han desconocido la propiedad privada de la Comunidad sobre los yacimientos petrolíferos ubicados en los globos de terreno de las Haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o La Embocada, utilizando como pretexto la negativa a autorizar la perforación de un pozo, cuya situación jurídica se hallaba ya consolidada y había sido ya estudiada y aceptada por el Ministerio de Minas y Energía, violaron los preceptos constitucionales mencionados al no aplicar debidamente lo que las leyes pertinentes ordenaban sobre el respeto de los derechos constituidos a favor de terceros, como lo veremos más adelante.

"El Consejo de Estado ha sostenido la tesis de que las violaciones constitucionales de los actos administrativos no operan en forma directa sino a través del desconocimiento de la ley que desarrolla el principio constitucional y por eso aquí se afirma que la violación de las prescripciones constitucionales son consecuencia del desconocimiento de las normas legales que desarrollan ese principio, pero para efectos de sistematización de los argumentos que se exponen en esta demanda se ha considerado aconsejable fijar desde el principio las

violaciones a nivel constitucional en que ha incurrido el Ministerio de Minas al dictar las resoluciones cuya nulidad se solicita.

"2o. Violación del articulo 28 de la Ley 153 de 1887.

Este artículo, que no es sino reiteración del principio constitucional que garantiza el respeto a los derechos constituídos al amparo de legislaciones anteriores, consagra también el principio de la irretroactividad de la ley, base fundamental del orden jurídico en el estado de derecho. El Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) en su artículo 5o. reconoce los derechos de particulares sobre el petróleo y ordena respetarlos con el siguiente texto:

"Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos".

"En desarrollo de esas prescripciones legales, la Ley 10 de 1961 en su artículo 1o. estableció el registro en el Ministerio del ramo, de todas las providencias administrativas y de las sentencias judiciales que reconozcan y declaren definitivamente la propiedad privada del petróleo, con el fin específico, como lo dice la ley, de "Llevar la estadística de los petróleos de propiedad particular existentes en el país" y "Poner al alcance de todos el estado o situación de estas propiedades", además de otros objetivos como el de "dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los reconocimientos sujetos al registro", etc.

"Todas estas disposiciones, los términos en ellas señalados y los requisitos establecidos, tenían como objeto primordial, garantizar el respeto de los derechos de los particulares debidamente constituídos, de conformidad con las disposiciones legales vigentes para esa época, sobre los yacimientos petrolíferos que hubieren salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y hubieren sido reconocidos por las autoridades judiciales o administrativas en forma definitiva; por ello la inscripción de dichas providencias en el Ministerio del ramo tenían que darle seguridad al ciudadano de que el Estado le respetaría su derecho para que lo pudiera ejercer de conformidad.

"Por eso el artículo 35 del mismo Código, dispone que quien pretenda efectuar exploraciones en busca de petróleo de propiedad privada, podrá hacerlo dando un aviso al Ministerio sobre la persona para quien vayan a hacerse las exploraciones con facultad de iniciarlas si el Ministerio no se pronuncia dentro de los 30 días siguientes a la fecha del aviso o del pronunciamiento del Procurador, si se hubieren enviado los documentos para que aprecie el valor jurídico de los mismos.

"Este sistema, que se ha mantenido hasta la fecha, salvo algunas modificaciones de procedimiento introducidas por el Decreto 1895 de 1973, parte del principio de que los propietarios del subsuelo petrolífero, tienen derecho a efectuar los

trabajos de exploración y explotación, en cuanto cumplan con los requisitos de carácter formal que las normas pertinentes establecen y el Ministerio debe otorgar el permiso correspondiente, pues la ley no le ha dado facultad discrecional para concederlo o negarlo.

"En el presente caso, la Comunidad que represento obtuvo sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual declaró expresamente que el subsuelo petrolífero de los globos de terreno de las haciendas Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, cuyos linderos están señalados en la misma sentencia, salió del patrimonio del Estado desde antes del 28 de octubre de 1873 y que los yacimientos petrolíferos existentes en ellos son de propiedad privada de las sucesiones ilíquidas de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán y de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales.

"Dicha sentencia fue debidamente registrada en el Libro 1o. de Registro de sentencias a folios 224 a 226 bajo el No. 86 y en el Libro 3o. de Registro de propiedad privada petrolífero, que se encuentra en la División Legal de Hidrocarburos del Ministerio de Minas, tal como lo ordena el artículo 1o. de la Ley 10 de 1961, ya mencionado.

"El señor Ricardo de la Espriella, en desarrollo de un contrato celebrado con la comunidad de propietarios del subsuelo, con fecha 30 de septiembre de 1987 dio aviso al Ministerio de su intención de iniciar los trabajos de perforación con taladro en el pozo Mata de Indios No. 1 previo el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por los Decretos 797 de 1971 y 1895 de 1973, permiso que fue concedido por ese Ministerio mediante oficio No. 0207441 del 11 de noviembre del mismo año y que permitió la iniciación de los trabajos de perforación el día 28 de diciembre de 1987.

"Todos estos hechos están debidamente demostrados con los documentos que se acompañan a esta demanda y comprueban que la situación jurídica de la Comunidad con relación a la propiedad privada de los yacimientos petrolíferos era absolutamente clara, no sólo ante las autoridades jurisdiccionales sino ante las administrativas y por lo tanto sus derechos se hallaban debidamente consolidados, no pudiendo ser materia de discusión ni de duda.

"El permiso concedido por el Ministerio ocasionó el reclamo de la Empresa Colombiana de Petróleos, quien sostuvo que el Ministerio no podía conceder el permiso mencionado y ello dio ocasión a que el Ministerio formulara una consulta al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, la cual emitió su concepto el 11 de julio de 1988 cuya parte pertinente fue transcrita en el hecho (15o.) de esta demanda, quedando ratificado el pleno derecho de la Comunidad a obtener permiso de perforación en los yacimientos petrolíferos de su propiedad.

"Posteriormente, el 4 de septiembre de 1989 el Gobierno dictó el Decreto 1994 de esa fecha por medio del cual dice reglamentar el artículo 1o. de la Ley 20 de

1969, **dictada veinte (20) años atrás,** adicionando las condiciones establecidas por esa ley con una nueva noción sobre sus efectos para reconocer y respetar los derechos constituídos antes de su vigencia.

"Este Decreto, que no está dictado para regular el ejercicio de los derechos de propiedad constituídos y reconocidos, **sino para reconocer la existencia de esos derechos,** ya que pretende reglamentar el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, que creó un nuevo régimen jurídico sobre la propiedad de las minas, le sirvió desafortunadamente al Ministerio para negar el permiso de perforación solicitado el 22 de marzo de 1991 por el señor Jaime Trespalacios Rodríguez a nombre de la Comunidad, contrariando abiertamente todas las disposiciones legales sobre la materia, desconociendo las situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de la Comunidad e intentando producir un efecto retroactivo a las disposiciones de la Ley 20 de 1969, no sólo en frente al fenómeno producido a partir del 22 de diciembre de 1969 y consolidado claramente en beneficio de la Comunidad, sino con relación a las situaciones jurídicas creadas con posterioridad a su vigencia, por virtud del ejercicio de sus derechos legítimos y el expreso reconociento de estos derechos por parte del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Energía.

"Las resoluciones acusadas, por lo tanto, incurren en violación del principio establecido por el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, **pues intentan producir efectos retroactivos a una norma legal** para negar el derecho de propiedad privada a la Comunidad, que ya había sido reconocido, y a su amparo impedir el legítimo ejercicio de sus derechos, ignorando simultáneamente el criterio adoptado con alcance general por el Consejo de Estado y que debe servir de guía al Ministerio para su conducta en frente a los ciudadanos.

"3o.) **Violación del artículo Primero de la Ley 20 de 1969.**

"Las resoluciones acusadas incurren en flagrante violación de las disposiciones contenidas en la Ley 20 de 1969, por indebida aplicación de las mismas, por cuanto pretende con su decisión negativa entrar a decidir, con evidente abuso y desviación de poder, sobre la propiedad de unos yacimientos petrolíferos que por sentencia ejecutoriada de la H. Corte Suprema de Justicia, se declaró que habían salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y que son de propiedad privada de las sucesiones ilíquidas de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán y de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales.

"En efecto: El representante legal de la Comunidad de propietarios del subsuelo petrolífero de la Hacienda de Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, solicitó mediante memorial de fecha 22 de marzo de 1991 al Ministerio de Minas y Energía, autorización para reiniciar los trabajos de perforación del pozo "Mata de Indios No. 1", la cual ya había sido autorizada por ese Ministerio mediante oficio No. 020741 del 11 de noviembre de 1987 e iniciada

el 28 de diciembre del mismo año, pero suspendida por diferentes razones, ajenas a la voluntad de los miembros de la Comunidad, entre las cuales obraron motivos de orden público.

"El Ministerio, en las resoluciones acusadas, se limitó a mencionar simplemente esas circunstancias, y sin entrar a considerar si se cumplieron o no los requisitos exigidos por el Decreto 1895 de 1973 y los pertinentes del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) relacionados con la exploración y explotación del petróleo de propiedad privada, **se dedicó a analizar el fenómeno de reconocimiento de la propiedad privada del subsuelo,** para sostener sin decirlo expresamente, que la Comunidad demandante en este proceso ya no es dueña de los yacimientos petrolíferos, contrariando sentencias expresas de la H. Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre la materia, sin tener competencia para ello e interpretando acomodaticiamente las previsiones de la misma Ley 20 de 1969 en la que dice apoyarse, para no autorizar la perforación solicitada, con flagrante desconocimiento de normas superiores.

"El artículo 1o. de la Ley 20 es muy claro en su contenido, pues regula en forma separada dos situaciones diferentes, generadas por la vigencia de la misma ley. La primera no hace cosa distinta que acoger sin reservas ni condicionamientos el principio de la irretroactividad de la ley en materia de derechos adquiridos, los cuales la ley nueva no puede desconocer. Por eso la primera parte del artículo que declara como pertenecientes al patrimonio nacional todas las minas, añade que "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", respetando así el principio de la intangibilidad de los derechos adquiridos y de la irretroactividad de la ley.

"La segunda parte del artículo se refiere a los derechos que se reconozcan judicial o administrativamente **"a partir de la vigencia de la presente ley,** los cuales sólo comprenden **"las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".**

"Esta norma fue adecuadamente reglamentada dentro del criterio de interpretación atrás expuesto, por el Decreto 797 de 1971 en sus artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o.; que sirvieron de fundamento y orientación a las autoridades administrativas durante veinte (20) años, y bajo los cuales la Comunidad que represento acomodó todas sus gestiones, obtuvo los debidos reconocimientos de sus derechos por parte del Ministerio de Minas y gobernó las relaciones con el mismo, a cuyo amparo obtuvo la autorización de perforación del pozo "Mata de Indios No. 1", sin poder jamás en duda el Ministerio la propiedad de la Comunidad sobre los yacimientos petrolíferos, materia de la sentencia dela H. Corte Suprema de Justicia.

"El mencionado artículo 1o. del Decreto 797/71 decía:

"De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Nacional y con los artículos primero y decimotercero de la Ley 20 de 2969, todos los yacimientos de

hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituídos a favor de terceros.

"Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica".

"Esta situación no puede modificarla una autoridad administrativa, mediante una interpretación equivocada de los alcances del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 sin violarlo, y con mayor razón, si se apoya en un Decreto Reglamentario dictado veinte (20) años después de la vigencia de la ley, el cual de ninguna manera puede alterar la situación jurídica de la comunidad claramente consolidada por decisión judicial y reconocida expresamente por el mismo Ministerio, cuando concedió el permiso de perforación y cuando solicitó el concepto del Consejo de Estado.

"El Gobierno arbitrariamente modificó los alcances de la ley (debidamente reglamentada por la norma antes transcrita) por medio del artículo 1o. del Decreto 1994/89, que textualmente dice:

"De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Política y con los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituídos a favor de terceros".

"Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica **y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieren vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos".** (se subraya).

"Como puede observarse, la parte final del artículo (lo subrayado) excede la letra y el espíritu de la Ley 20/69.

"El Decreto 1994 de 1989 a que nos estamos refiriendo, es indudablemente ilegal e inconstitucional, y por eso existen más de siete demandas ante el Consejo de Estado en las que se solicita su anulación; **pero en cualquier circunstancia, las normas que contiene ese Decreto, sólo pueden aplicarse a aquellas situaciones que se encuentran en proceso de consolidación por no tener**

pronunciamientos definitivos de las autoridades competentes; no por las situaciones definidas e inconmovibles, como es el caso de la Comunidad que represento.

"Este Decreto, que dice ser reglamentario del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, no podía referirse sino al fenómeno del reconocimiento de la propiedad privada de los yacimientos petrolíferos, que es la situación que define el artículo reglamentado. Por lo tanto, **su aplicación no tiene nada que ver con el ejercicio de los derechos ya consolidados, como maliciosa y equivocadamente lo sostienen las resoluciones acusadas.** Dichas normas por consiguiente, sólo son aplicables en el futuro a situaciones no definidas con anterioridad, al 22 de diciembre de 1961 y por lo tanto no podían servir de sustento a los actos administrativos, cuya nulidad se solicita, dictados por el Ministerio de Minas con relación a la Comunidad demandante en este proceso.

"En estas condiciones, es claro que las resoluciones acusadas están violando abiertamente las disposiciones contenidas en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, debidamente reglamentada por el Decreto 797 de 1871, el cual subsistió durante 20 años y a cuyo amparo se definió la situación jurídica de la Comunidad que represento. En el presente caso al intentar el Ministerio desconocer esta realidad jurídica, está violando la norma mencionada por indebida aplicación.

"No puede perderse de vista que al iniciar la Comunidad una gestión de carácter administrativo para obtener el permiso de iniciar o reiniciar la perforación de un pozo para explorar petróleo en yacimientos de propiedad privada, **no estaba condicionando esa gestión al hecho de si se reconocía o no la existencia de un derecho constituído conforme a las prescripciones legales de su momento,** por cuanto esa situación ya estaba superada, cumplida y reconocida por las autoridades correspondientes y por lo tanto, no era ese el tema sometido a estudio del Ministerio de Minas y este no tenía ya competencia ni capacidad para replantear el asunto de la propiedad privada.

"Al hacerlo, como efectivamente lo hizo en las resoluciones acusadas, obro sin competencia, con abuso y desviación de poder y por lo tanto es forzoso declarar su nulidad tal como lo dispone el artículo 84 del C.C.A.

"4o.) Extinción del derecho de propiedad.

"En materia petrolera no existe norma que prescriba la extinción del derecho de propiedad, por falta de explotación económica de los yacimientos de propiedad privada, como sí existe para las demás minas, pues así lo establecen los artículos del Código Minero y el propio Ministerio lo reconoce cuando en la resolución No. 31668 acusada dice:

"(...) En relación con los derechos adquiridos sobre hidrocarburos, esta ley no consagró término alguno para probar la iniciación de la explotación económica,

por lo que aún hoy día puede presentarse la correspondiente prueba, que en el caso presente no se ofreció".

"Por esa misma razón, **la existencia del derecho ya constituído no es discutible**y el Ministerio no tiene capacidad jurídica para decretar su extinción, de suerte que cualquier acto administrativo, que implícita o explícitamente pretenda declarar la extinción de esos derechos, está viciado de nulidad por falta de competencia del funcionario que así lo disponga, pues se ha irrogado una atribución jurisdiccional.

"El Consejo de Estado en el concepto mencionado fue contundente sobre la intangibilidad de esos derechos plenamente constituídos y el Ministerio sólo puede exigir el cumplimiento de los requisitos de orden procedimental para conceder el permiso de perforación sin que pueda entrar a discutir la validez de los derechos ya constituídos y reconocidos jurisdiccionalmente.

"5o.) **La jurisprudencia del Consejo de Estado y la propiedad privada del subsuelo petrolífero.**

"Con ocasión de traslado de competencia de la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado, por virtud del Decreto-Ley 528 de 1964, esta última Corporación asumió la competencia para conocer de los negocios relacionados con el reconocimiento de la propiedad privada del subsuelo petrolífero, negocios que fueron decididos estando ya en vigencia la Ley 20 de 1969, lo que dio oportunidad para fijar criterio sobre los alcances del artículo 1o. de dicha ley, la que fue desarrollada, de acuerdo con ese criterio, por el Decreto 797 de 1971.

"El criterio básico en esa materia fue expuesto en sentencia del Consejo de Estado, de fecha 28 de enero de 1971, expediente 928, actores Alberto Arenas Díaz y otros contra la Nación, en la cual se afirmó que sólo el derecho real de dominio sobre los hidrocarburos que tuviera un título de adjudicación, una sentencia definitiva o una declaración administrativa anteriores al 22 de diciembre de 1969, fecha de expedición de la Ley 20 de ese año, estaban amparados por la excepción consagrada en el artículo 1o. de la misma ley, que declaró como de propiedad de la Nación todas las minas incluyendo los hidrocarburos.

"Esta misma doctrina, que le da plena validez y eficacia a los títulos de la comunidad demandante, fue reiterada en varias oportunidades por sentencias de la misma Corporación, en fallos de 11 de mayo de 1971 (Anales 1er. semestre, tomo 80, Nos. 429-430) y de octubre 21 del mismo año, exped. 751. En esta última el fallador expresamente dejó a salvo "los derechos sobre el subsuelo petrolífero reconocidos por sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de 15 de diciembre de 1862, cuya copia de la parte resolutiva obra a fallo (sic) en el cuaderno número 3, correspondiente al presente negocio, transcrito anteriormente, recaída en el juicio ordinario de Ana Paz Trespalacios y ortos contra la Nación, referente a la propuesta No. 440".

"El Decreto reglamentario 797 de 1971, que rigió durante 20 años, refleja ese mismo criterio, es fiel intérprete de la voluntad constitucional, y fue el que reguló toda la relación jurídica habida entre la Comunidad actora y el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual ese Ministerio reconoció la validez y vigencia de los derechos de propiedad de tal comunidad sobre los citados yacimientos petrolíferos.

"Expedido luego el Decreto reglamentario 1994 de 1989, que dice "subrogar" los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 797 de 1971, pretendiendo borrar de un plumazo todas las situaciones jurídicas consolidadas hasta esa fecha, ha sido materia de varias demandas por inconstitucionalidad e ilegalidad, pendientes de decisión, acusado por cuanto, con el pretexto de reglamentar la Ley 20, amplió sin competencia los alcances de la norma reglamentada, **exigiendo un factor adicional para el reconocimiento de la propiedad privada a los derechos consolidados con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, el de acreditar la vinculación de estos derechos "a uno o varios yacimientos descubiertos", factor o condición previsto en la ley para aquellas situaciones jurídicas que se definieran con posterioridad a la fecha de vigencia de tal ley.**

"6o.) **La actuación del Ministerio de Minas no puede ser discrecional.**

"Al dictar el Ministerio de Minas y Energía las resoluciones acusadas, debía someterse a la competencia reglada, establecida para el caso, por cuanto que para ello no tenía facultades de carácter discrecional.

"En efecto, si la ley lo autoriza para conceder la autorización de perforar, no le está dando facultad para escoger entre varias alternativas, para decidir según la conveniencia o la oportunidad, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino que imperativamente el Ministerio en cuestión estaba obligado a conceder la autorización si se daban, como se dieron, los requisitos exigidos por la misma ley. El Ministerio estaba colocado frente a una indiscutible competencia reglada o, si se quiere, a lo que la doctrina y la jurisprudencia foránea, han llamado el concepto jurídico indeterminado, según el cual la Administración sólo puede evaluar si se dan los factores señalados en la ley para conceder la petición del administrado.

"Pero sea que se admitiera en este caso la discrecionalidad, o que se esté frente a una competencia reglada, el Administrador debía respetar las reglas generales del derecho, tales como la buena fe, la equidad, la racionalidad, la igualdad (la decisión no puede ser parcializada ni discriminatoria), la proporcionalidad, el principio de *favor libertatis* y el de legalidad.

"Estas reglas han sido desconocidas con los actos acusados, según se deduce de su contenido. Además, por la forma como se efectuó la notificación de la segunda de tales resoluciones, se demuestran una animosa indisposición del Ministerio con el actor, susceptible de investigación disciplinaria.

"El principio de ***favor libertatis,*** que obliga a adoptar decisiones que no afecten la libertad de los administrados fue vulnerado, toda vez que su libertad económica se vio afectada al no permitírsele una actividad lícita ejercitable por los particulares, lo cual además pugna con la política oficial de apertura económica y de privatización. Para esa decisión demandada no se podía invocar tesis de proteccionismo y de intervencionismo estatal alguna, como su fundamento, porque se encuentra demostrada la legalidad de la petición y cumplidos los requisitos exigidos para que se autorizara la perforación:". (fls. 101 - 134 Cdno. No. 1).

- II -

POSICION JURIDICA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Al contestar la demanda, el apoderado de LA NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA se opuso a las pretensiones de la demanda, con apoyo en amplia argumentación jurídica, que, en lo sustancial vuelve a invocar, en el momento en que alega de conclusión. Habida consideración de la extensión de tales piezas procesales, a su lectura se remite. Sin embargo, de esta última pieza procesal el sentenciador retiene los siguientes apartes, por resultar bien ilustrativos de la verdad jurídica. En ellos se lee:

"LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO EN COLOMBIA

"El tema de la propiedad del subsuelo en Colombia, más precisamente el del dominio de los recursos naturales no renovables que en él se encuentran, ha sido de los más álgidos, prolongados y apasionantes.

"La definición del problema tiene, además de las consideraciones jurídicas, políticas e históricas, las más profundas implicaciones filosóficas, ideológicas, y sobre todo, económicas, que con no poca frecuencia han hecho pasar la duscusión del terreno doctoral al del enfrentamiento material entre las distintas vertientes del pensamiento, y, por qué no decirlo, con el concurso además de los más voraces e implacables apetitos.

"Cuando tales riquezas son, como en el caso de los hidrocarburos, no sólo de valor económico incalculable, sino que también tienen valor estratégico, se convierte su propiedad en fuente de poder real que suscita más de un enfrentamiento.

"Para tener una mejor comprensión de este asunto, es menester conocer las principales normas que han regido en el país, desde finales del pasado siglo, en cuanto a la titularidad del dominio del subsuelo y los recursos naturales no renovables, como son:

"El Artículo 202 de la Constitución Política de 1886, consagró el principio de que las mismas son patrimonio de la Nación, quedando a salvo los derechos

constituídos a favor de terceros; la Ley 20 de 1969, dictada en desarrollo del canon constitucional citado, y en la que el legislador reiteró el principio general consistente en que todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación salvo los derechos constituídos a favor de terceros, cuando estas situaciones jurídicas reúnan los siguientes requisitos:

"a. Subjetivas, es decir personalizadas, individualizadas en cuanto al titular del derecho;

"b. Concretas, es decir, precisas en cuanto a la naturaleza, objeto y alcance del derecho:

"c. Perfeccionadas, es decir definidas por haberse agotado el procedimiento y cumplido las formalidades pertinentes; y

"d. Vinculadas a yacimientos descubiertos, antes del 22 de diciembre de 1969: es este un elemento material, sobre el cual ha de recaer la situación jurídica. Un yacimiento se considera descubierto cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluídos.

"La Ley 20 de 1969 se orientó a que la Nación recobrara la totalidad de su dominio minero, en donde se acogieron a plenitud los criterios de armonizar las normas sobre la propiedad del subsuelo con las constitucionales, referentes al patrimonio nacional y a la función social de la propiedad, logrando hacer prevalecer el interés público, sobre el particular.

"Este intervencionismo siempre ha estado dado por nuestras normas constitucionales ya que en la industria del petróleo es más que obvio, porque su objeto es la extracción y transformación de hidrocarburos que al ser recurso natural no renovable, su carencia o abundancia no puede dejarse en manos de los intereses particulares, pues se estaría negando la justicia social que predica la Constitución.

"El Artículo 332 de la actual Constitución, ratificó y reafirmó el espíritu de las normas referidas, al establecer que El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes."

"El Ministerio de Minas y Energía ha actuado siempre conforme a dichos preceptos constitucionales y legales; de ahí que, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la resolución ejecutiva 113 de 1971, por medio de la cual el Gobierno autorizó al Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que otorgara escrituras públicas, transfiriendo a unos particulares el 45% del suelo y el subsuelo del precio conocido como "Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana", en jurisdicción del actual Departamento del Casanare y las escrituras públicas otorgadas en desarrollo de tal acto administrativo, por considerar violatorios de la Constitución y la ley en cuanto se dispuso del subsuelo nacional.

"Se tomó tal determinación porque en este caso no puede predicarse la existencia de las condiciones necesarias para el reconocimiento de un derecho constituído a favor de terceros.

"En primer término, no existía a 22 de diciembre de 1969, fecha en que entró a regir la Ley 20, una situación jurídica subjetiva y concreta, pues a la época no había sido perfeccionado el traspaso de la propiedad del subsuelo, simplemente existía para ese entonces una simple expectativa.

"En segundo lugar, las expectativas de los supuestos comuneros de "Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana", si es que alguna vez tuvieron viabilidad legal, no pudieron ni pueden perfeccionarse ni lograr la categoría de derechos adquiridos, toda vez que, cuando se dictó la resolución 113 de 1971 y se suscribieron las escrituras que supuestamente transfirieron el dominio del subsuelo, no estaban perfeccionadas ni vinculadas a un yacimiento descubierto para cuando la Ley 20 entró en vigencia, es decir, el 22 de diciembre de 1969, por lo que cualquier reconocimiento a su favor es contrario a la mencionada Ley y a la propia Constitución Nacional.

"Pero si, en gracia de discusión, se aceptara la tesis de que existe un derecho adquirido por los comuneros, derivado de la resolución 1181 de 1940, mediante la cual el Gobierno optó por ceder a un particular un porcentaje del suelo y del subsuelo de los terrenos aludidos, tendría que estarse de todas maneras a lo dispuesto en la Ley 20 de 1969, en razón a lo ordenado por el Artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que es del siguiente tenor:

"Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

"No existiendo yacimiento descubierto, ningún acto administrativo, ninguna escritura pública, y, en general, ninguna manifestación de voluntad de la administración pudo válidamente constituir derechos en favor de particulares sobre el subsuelo.

"Por las razones expresadas, no queda duda que es la Nación Colombiana la única titular del subsuelo del latifundio Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana.

"Adelantándose a la remota posibilidad de un fallo desfavorable a la Nación, en el caso de la propiedad del subsuelo de los terrenos denominados "Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana", los representantes del M-19 presentaron ante la Comisión 5a. del Honorable Senado de la República, con ponencias para primer debate del H.S. Eduardo Chavez, el Proyecto de Ley No. 18/91 (S) "Por el cual se decreta una expropiación sin indemnización". Al que el señor Ministro de Minas y Energía planteó sería inquietudes basadas en consideraciones de inconveniencia e inconstitucionalidad por ser violatorio de los Artículos 58, 102 y 136 de la Constitución Política.

"Lo anterior porque de modo ordinario la expropiación proviene del Organo Judicial y por vía de excepción la expropiación puede provenir de la Rama Ejecutiva y no de la Rama Legislativa en cuya cabeza reposa es la facultad de dictar reglas generales y abstractas, que regulen la materia y con una mayoría absoluta en una y otra Cámara, de conformidad con el Artículo 58 de la Constitución.

"Así entonces, si el Congreso ordena directamente una expropiación, la ley sería sujeta de una declaración de inconstitucionalidad por invasión de las esferas propias de acción del Ejecutivo y del Poder Judicial, por prohibición expresa consagrada en el Artículo 136 de la Constitución. Más aún, dicha inconstitucionalidad se presentaría también por cuanto la expropiación a personas determinadas por decisión directa de la ley implica un acto de persecución prohibido al Congreso por mandato del mismo artículo.

"Por otro lado, hay que anotar que la expropiación sin indemnización, también prevista en la Constitución de 1886, es posible cuando la acción del Estado sobre la porción expropiada del bien genera un beneficio que se comunica al resto de la propiedad. De este modo, por la vía de la valorización, se mantiene incólume al patrimonio del afectado por la expropiación, al extremo que si le concediera una indemnización obtendría un enriquecimiento sin causa.

"De esta tesis se desprende que si el propietario es privado completamente del dominio -y no, apenas, de una parte- no resulta materialmente posible que obtenga un beneficio compensatorio por la expropiación. No sería, por lo tanto, tratado con equidad.

"Por las precisiones anotadas a lo largo de este escrito, la Nación consecuente con su actuación dentro de un estado de derecho, es consciente que el que debe definir la situación de los derechos sober el subsuelo en litigio es el juez competente, y es por esto que acudió ante el Consejo de Estado, para que en acción de lesividad anule los actos administrativos que originaron el conflicto, y es por esto que no puede, mientras no medie esa decisión disponer que han dejado de tener derecho a quienes dichas actuaciones administrativas se los han dado.

"Así entonces, se considera que la aplicación de la figura de la expropiación sin indemnización, presenta serios inconvenientes, pues en primer lugar, le quita peso a los fuertes argumentos esgrimidos ante el Consejo de Estado, ya que no se expropia lo propio, y si la Nación está acudiendo ante el contencioso para que confirme que la propiedad del subsuelo radica en ella, estaría incurriendo en contradicción, al decir que va a expropiar porque por definición se expropia lo que se reconoce ajeno, y para la Nación es claro que por mandato constitucional y legal, el subsuelo le pertenece, aunque por incongruencias históricas se encuentra actualmente controvertido.

"Además, sentaría un mal precedente y una no menos fatal carta de persentación de la Nación ante las comunidades internacionales en momento en que en todo

el mundo petrolero se trabaja en asocio de capital extranjero, pues aun, cuando el proyecto de expropiación sin indemnización, no pretende afectar la situación de las compañías multinacionales, sí podría ser objeto de una errónea interpretación distanciando la inversión extranjera, máxime si esta situación se presenta aunada a la ya existente de las imposiciones tributarias de por sí estrictas para las mencionadas compañías.

"No obstante, el Congreso Nacional conservaría la posibilidad de la reglamentación de la expropiación sin indemnización, pero también es cierto que en el remoto evento de que el fallo del Consejo de Estado fuera desfavorable a la Nación, sería posible encontrar otras medidas legales, menos contradictorias con una buena presentación en materia de inversión extranjera, que impediría que los intereses de la Nación y de las multinacionales se vieran afectados.

"En consecuencia, el Ministro de Minas y Energía, propuso una nueva fórmula que llevara a mantener el *statu-quo,* mientras se resuelve el litigio ante el Consejo de Estado, consistente en: una interpretación auténtica de la Ley 20 de 1969; liquidación total de las participaciones a las entidades territoriales por la explotación de los recursos naturales no renovables; y la suspensión de los pagos a particulares, como medida cautelar.

"1. Una interpretación auténtica de la Ley 20 de 1969, reafirmando el principio general de la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables en cabeza del Estado y la excepción a él; que sólo comprende las situaciones individuales consolidadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969.

"2. Para que no se perjudiquen las entidades territoriales donde se encuentren yacimientos de hidrocarburos en litigio, se realicen las liquidaciones de las participaciones por la explotación de recursos naturales no renovables, en los mismos porcentajes que determina la ley.

"3. Resulta sano que la Nación como medida cautelar, pueda abstenerse de pagar en favor de los particulares aquellos presuntos derechos patrimoniales emanados de un hecho, de un derecho, o de un vínculo jurídico, sometidos al pronunciamiento de la jurisdicción. No hay menoscabo del derecho de los particulares en la medida en que el propio tesoro público, se constituye en prenda tácita para garantizar el pago, en el caso de que el poder jurisdiccional reconozca la legitimidad del derecho de los particulares, y de otra parte, para el evento de un fallo favorable a la Nación, desde ya estaría asegurado que los intereses económicos de esta no sufran mayor desmedro durante el támite del proceso.

"En la seguridad de que la razón asiste a la Nación en este asunto, el Ministerio de Minas y Energía continuará buscando, dentro del marco constitucional y legal, los mecanismos que aseguren una pronta solución al mismo, en procura del bien de todos los colombianos".

"Todo lo expuesto en el transcurso del proceso apunta a demostrar claramente, como el proceder administrativo se ha ceñido a la Constitución Nacional y a las leyes, que de manera específica gobiernan sus actividades y no puede hablarse como lo califica el demandante de inconstitucionalidad e ilegalidad, por el presunto desconocimiento del régimen jurídico.

"Por todas estas razones se concluye que los supuestos propietarios del subsuelo de la Comunidad Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada no tienen ningún derecho sobre él.

"En consecuencia, con el mayor respeto, solicito a los Honorables Consejeros de Estado, se declare la LEGALIDAD de las resoluciones 31668 de septiembre 3 de 1991 y 32316 del 25 de noviembre del mismo año del Ministerio de Minas y Energía.

"A su vez, es mi obligación manifestar como muy bien lo conoce el H. Consejo de Estado que cualquier determinación que se tome en este caso trae consecuencias en todos los procesos que existen sobre este tema de propiedad del subsuelo.". (fls. 623 - 628 Cdno. No. 1).

- III -

CONCEPTO DEL PROCURADOR DECIMO DELEGADO

El Procurador Décimo Delegado, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO (q.e.p.d.), en su concepto de fondo **OBSERVA:**

"A juicio de esta delegada, las mencionadas resoluciones deben mantenerse por las siguientes razones:

"1o. La Constitución de 1886, en su artículo 202, consagró que las minas en general son propiedad de la Nación, salvo aquellas vinculadas a situaciones jurídicas constituidas válidamente a favor de terceros.

"Este mismo principio fue reiterado por la Constitución de 1991, en cuyo artículo 332, establece:

"... El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes".

"El principio constitucional mediante el cual se dispone que las minas de petróleo que se hallen en territorios baldíos o en el subsuelo, son de propiedad estatal o nacional, salvo los derechos constituídos en favor de terceros, ha sido igualmente consagrado en leyes posteriores, tales como Ley 30 de 1903, Ley 59 de 1909, Ley 110 de 1912, Ley 75 de 1913.

"Igualmente, se ha significado que tales bienes son bienes fiscales, vale decir que son imprescriptibles e inalienables, razón por la cual lo que cada adjudicatario adquiere es el terreno, sin incluir las minas y los yacimientos que en dicho terreno se encuentren. Así lo consagró la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de agosto 26 de 1921, con ponencia del Magistrado, Doctor Luis F. Rosales, ante una demanda de inconstitucionalidad que se instauró contra el artículo 4o. del C. Fiscal de 1912. Dijo entonces la Corte.

"...No hay, como se ve, incompatibilidad entre la reserva de una cosa y su enajenación. Precisamente es este uno de los medios comunes de aprovechamiento de la cosa reservada, de conformidad con el significado natural y obvio del vocablo reservar "que es separar o apartar uno algo de lo que se distribuye para sí, o para entregarlo a otro."

"En presencia, pues, del artículo 1126 en relación con el 939 del Código Fiscal de 1873, es de todo punto cierto que en la reserva decretada por este quedaron incluídas las minas de petróleo, de asfalto, etc., como partes de ese todo, de esa generalidad a que el primero de ellos hizo referencia. el artículo 939 separó a la propiedad de las minas de la propiedad de los terrenos baldíos en que se encontraran o se descubrieran, y por consiguiente lo que cada adjudicatario de ellos adquirió fue el terreno, pero sin las minas".

"Siguiendo el desarrollo de estos principios, la Ley 20 de 1969, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos", dispuso:

"...Artículo 1o. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos...".

"La norma transcrita no es más que la ratificación del artículo 202 de la Constitución de 1886, para lograr que las minas y los yacimientos de hidrocarburos revirtieran a la Nación, y para regular la posición de algunos propietarios de tales terrenos donde podían encontrarse recursos no renovables, que no cumplieran con la función social de la propiedad, con mengua de los intereses de la Nación.

"Como se observa, la Ley 20 de 1969 exigió la vinculación a un yacimiento descubierto, para que se consolidara la situación jurídica, subjetiva y concreta debidamente perfeccionadas.

De modo que faltando ese requisito de la vinculación a un "yacimiento descubierto", se presentaría una situación jurídica abstracta u objetiva o mera expectativa del derecho sobre los hidrocarburos existentes.

"El decreto 1994 de 1989 por el cual se reglamenta el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, en armonía con el artículo 202 de la Carta de 1886, establece:

"...Artículo 1o. De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución política y con los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituídos a favor de terceros. Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reunen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, con un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina y por sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica y que el 22 de diciembre de 1969 estas situaciones estuvieren vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos".

"Del texto transcrito se deduce que la ley exige dos requisitos para acreditar la propiedad del subsuelo:

"a) Situación jurídica subjetiva y concreta, debidamente perfeccionada, y

"b) Existencia de uno o varios yacimientos descubiertos para el 22 de diciembre de 1969.

"A su turno, el artículo 2o. del mismo decreto, precisa:

"... Artículo 2o. Para efectos de lo previsto en la Ley 20 de 1969 y en el presente decreto, un yacimiento se reputa descubierto cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como una unidad independiente en cuantos mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluidos..."

"En este orden de ideas, lo que hizo la Ley 20 de 1969, no fue otra cosa que sujetarse a la orientación y al espíritu que inspiró la Ley 20 de 1969 y ratificar lo que estaba consagrado desde 1886 respecto a la propiedad de las minas y yacimientos, con las precisiones que se hacían necesarias y con las excepciones que son las que confirman la regla.

"Lo dispuesto en la Ley 20 de 1969 y el Decreto reglamentario 1994 de 1989, está en consonancia con lo estatuído en la Ley 153 de 1887, que preceptúa:

"Artículo 28. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargos, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

"No sobra señalar que en la exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 1969, sometido a la consideración del Congreso, el entonces Ministro de Minas y Petróleos, expuso:

"...Pero es preciso destacar que cualesquiera que fuesen las minas que pertenecían al propietario del suelo durante la Federación, todas ellas se incorporaron al patrimonio de la República por mandato del artículo 202 de la Constitución, en armonía con el 5o. de la Ley 38 de 1887".

"Los antecedentes relatados y la letra y espíritu de los artículos 202 de la Carta Fundamental y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887, demuestran con toda evidencia lo siguiente:

"1o. Que desde que entró a regir la nueva Constitución, la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraran en el territorio nacional, ya hubiesen pertenecido a los extinguidos estados o a los propietarios del suelo.

"2o. Que las excepciones relativas a los derechos constituídos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de ciertos yacimientos se refieren de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar de entrar en vigencia la Carta Política del 86.

"3o. Que a los descubridores y explotadores no se les otorgaban, por regla general, derechos permanentes e irrevocables sobre las minas, sino que apenas se les conferían prerrogativas sujetas al cumplimiento de ciertas obligaciones ...el lleno de algunas formalidades etc. No se les concedían pues, un dominio irreversible y constante. Por el contrario, el derecho era contingente y quedaba sometido a condiciones resolutivas.

"4o. Que desde la fecha de vigencia de la Constitución del 86 quedó absolutamente eliminado el criterio de que cierta clase de minas pertenecían al dueño del suelo, ya que ese privilegio se tradujo simplemente, por mandato del artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en un derecho de preferencia, por el término de un año, para denunciar los yacimientos que se encontraran en las respectivas heredades".

"Más adelante, la citada exposición de motivos, agregó:

"Si hasta 1858 los particulares carecían de derecho alguno sobre las minas que se encontraran en sus propios terrenos en razón de que todas ellas pertenecían, primero a la corona y después a la República, como puede sostenerse que el beneficiario de una adjudicación de baldíos, hecha en 1830 o en 1840 por ejemplo, viniera posteriormente a adquirir un derecho que la legislación vigente en esos años le negaba".

"Pero hay algo más. Aún en el supuesto inadmisible de que los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873 hubiesen reconocido implícitamente el dominio

particular de las minas ubicadas en los baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de ese año, el hipotético derecho habría desaparecido totalmente al iniciarse la vigencia de la Constitución del 86, ya que esta, en su artículo 202 restauró para la República el dominio de todos los yacimientos situados en su territorio y que en artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el supuesto derecho de los dueños del suelo".

"De allí que no se puede aceptar la constitucionalidad de las normas posteriores a 1887 que consagran la propiedad de los particulares sobre las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de 1873".

"Eliminado el régimen de la accesión, en el cual la propiedad del suelo determinaba la propiedad de algunos yacimientos sin necesidad de saber su existencia, sólo vino a quedar en vigencia el sistema de la adjudicación que presupone un aviso y un denuncio de mina nueva o de antiguo descubrimiento, es decir, de un depósito conocido recientemente o de vieja data. Por todos estos motivos, el concepto de derechos constituidos a favor de terceros tiene que vincularse, necesariamente, a un yacimiento descubierto."

"Por tales motivos, en el proyecto se propone al Congreso que adopte la fórmula de extinción de los derechos que puedan tener los particulares sobre las minas adjudicadas, redimidas a perpetuidad o adquiridas a cualquier otro título semejante, cuando los interesados no las exploren técnicamente o no las exploten dentro de términos prudenciales o cuando suspendan la producción sin causa justificativa alguna".

"Precisamente, la filosofía y el espíritu del proyecto era el de lograr que las minas en general, incluídos los yacimientos de hidrocarburos, reviertieran (sic) a la Nación, cuando los particulares no se interesaran en su exploración, explotación y aprovechamiento, en detrimento de los intereses de la Nación.

"El demandante en su libelo, alude al concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el día 11 de julio de 1988, en el cual se concluye que:

"a) La propiedad de las Minas, reconocida en actos administrativos, o en sentencias definitivas, y la de los yacimientos de hidrocarburos reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas, anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación del derecho o yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo.

"b) El artículo 3 de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósitos de hidrocarburos".

"Dicho concepto tiene un salvamento de voto, suscrito por el consejero, doctor Humberto Mora Osejo, que esta delegada comparte y transcribe en su parte pertinente:

"...5o.) El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 prescribe que "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros". Agrega que esta excepción, desde la vigencia de la ley, "sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

"La disposición, como afirma la ponencia para primer debate del proyecto de ley en el Senado de la República, "en realidad es la ratificación legal del Artículo 202 de la Constitución Nacional. En tal sentido no introduce principio jurídico nuevo o distinto de lo que ordenó el constituyente de 1886, pero aclara que los derechos constituídos a favor de terceros sólo comprenden las situaciones jurídicas concretas, específica, como son en la jurisprudencia y en la doctrina los derechos adquiridos. La norma, pues, es interpretativa y aclaratoria, no creativa de derecho" (Historia de las leyes, legislatura de 1969, pág. 517).

"En el mismo orden de ideas, la exposición de motivos del mismo proyecto de ley, tras evaluar el régimen jurídico del subsuelo en el país, dedujo, a este respecto, entre otras, las siguientes conclusiones:

"1o. Que desde que entró a regir la nueva Constitución (Constitución de 1886), la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraban en el territorio nacional, ya hubiesen pertenecido a los extinguidos Estados o a los propietarios del suelo. Se retornó de esa manera al sistema jurídico anterior al 22 de mayo de 1858 y se eliminó, de consiguiente, el régimen consagrado durante la época de la Federación:

"2o. Que las excepciones relativas a los derechos constituídos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores de ciertos yacimientos se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86..." (Historia de las leyes, legislatura de 1969, pág. 472).

"Este régimen jurídico obedece a la clara finalidad, expuesta por don Miguel Antonio Caro en el Consejo Nacional de Delegatarios, de **hacer que la Nación "conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos" en tal forma que el Artículo 202 de la Constitución implicó, en buena parte, si no una nacionalización, una restauración o recuperación del dominio del Estado sobre las minas y los yacimientos de hidrocarburos.**

"Lo expuesto significa que **el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 no convalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sino que exige, a partir de esta, que el derecho constituído radique en un yacimiento descubierto con el objeto, como se expresa en la exposición de motivos, de poner en consonancia la legislación con el Artículo 202**

de la Constitución. En consecuencia, el precepto que se comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, que permita interpretarlo como validante de las meras expectativas anteriores a su vigencia: **la disposición exige, ni más ni menos, que se cumpla el Artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, la excepción que contempla consista en derechos constituídos en yacimientos descubiertos. En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley.**

"6o.) Sin embargo, es posible que mediante sentencias se hayan reconocido derechos particulares en el subsuelo, pero sin que estén radicados en yacimientos descubiertos. En esta hipótesis, frecuente en nuestro medio, es menester examinar las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material. Pero ello no significa, en modo alguno, que de suyo ellas demuestren la existencia de derechos constituídos en favor de particulares; por el contrario, las sentencias deben ser evaluadas específicamente y de su significado precisa deducir el derecho que cada uno reconoce. Esta afirmación también se deduce del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2477 de 1986 que defiere al sentido de las sentencias definitivas, sobre esta materia, para definir los derechos que reconocen y aún si las minas y yacimientos, a que se refiere, aún pertenecen o no al dominio de la Nación.

"En consecuencia, si mediante sentencia definitiva se reconoce una mera expectativa de derecho, por esa sola circunstancia no deviene en derecho constituído sino que requiere, como requisito esencial, que se consolide en un yacimiento desde 1886 y la ley no puede contrariarla sino que, para que sea válida, debe observarla plenamente.

"En la hipótesis de una expectativa de derecho reconocida por sentencia definitiva, su obligatoriedad radica, más que en el posible derecho, en el efecto de cosa juzgada de la decisión que, sin embargo, no es suficiente para tornarla en derecho constituído, como una situación jurídica particular, en un determinado yacimiento petrolero. **Lo esencial es, por consiguiente, que la sentencia definitiva, proferida antes o después de que entraran en vigencia la Ley 20 de 1969, haya reconocido en favor de una o más personas determinadas un derecho constituído en un yacimiento petrolero...".**

"3o. Dentro de este marco conceptual y jurídico, esta delegada considera que las resoluciones acusadas se ajustan a derecho y, por tanto, no es dable su declaratoria de nulidad.

"Para una mayor comprensión de la tesis, se hace énfasis en que el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969, consagró a favor de la Nación la extinción de los derechos de los particulares sobre minas:

"a). Si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas; y

"b). Si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año."

"Ninguno de estos dos eventos cumplió la demandante y por consiguiente, se impone la confirmación de las resoluciones atacadas.

"Se afirma lo anterior en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 20 de 1969 según el cual "las normas contenidas en el artículo 1o. de esta ley, se aplicarán también a los yacimientos de hidrocarburos."

"Como el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 hace alusión a los derechos de los particulares sobre minas, es apenas obvio que lo allí establecido se aplica también a los derechos de los particulares sobre yacimientos de hidrocarburos.

"Esta Delegada considera que el artículo 2o. de la Ley 20 de 1969 no es incompatible con la normatividad sobre los yacimientos de hidrocarburos, ya que conforme a dicha norma el objeto de los derechos que a cualquier título otorgue la Nación sobre las minas, es también aplicable a los yacimientos, esto es, "lograr mediante su previa exploración técnica el aprovechamiento total".

"Para esta delegada parece insólito que mientras el país se debate en medio de necesidades sociales insatisfechas, algunos de sus asociados pretendan lucrarse de las reservas naturales no renovables que constituyen el patrimonio público.

"La legislación sobre hidrocarburos, que es dinámica y evoluciona al ritmo de los tiempos, es muy clara y no puede desatenderse su tenor literal en desmedro de los intereses de la colectividad.". (fls. 633-646 Cdno. No. 1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Las pretensiones de la demanda serán denegadas, pues al actor no le asiste la razón ni a la luz de la ley, ni a la luz del derecho.

Para llegar a la anterior verdad jurídica, el fallador ha valorado las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que el día quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), la Corte Suprema de Justicia - Sala de Negocios Generales, dictó sentencia en virtud de la cual declaró que: "...salieron del patrimonio del Estado antes del veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873), y, en consecuencia, son de propiedad particular y pertenecen a la sucesión ilíquida de don Francisco de la Cruz Trespalacios Marzán, el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno denominado SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS...".

Igual pronunciamiento se hace en relación con el petróleo y demás hidrocarburos que "...se encuentren o puedan encontrarse en la parte o porción del globo de terreno denominado SAN JOSE DE MATA DE INDIOS O LA EMBOCADA...", el cual se define que es de propiedad de la "...sucesión ilíquida de don Oscar Adolfo Trespalacios Cabrales...".

La anterior providencia judicial se encuentra registrada en el Ministerio de Minas y Energía, en el libro 1 de Registro de Sentencias a folios 224 a 226 correspondiente al No. 86, el 21 de julio de 1961, como se desprende de la certificación expedida por el Jefe de la Sección Legal de Hidrocarburos y Electrificación que obra al folio 49 del Cdno. No. 1.

SEGUNDA: Que el día 23 de noviembre de 1981, los comuneros propietarios de los predios "...alinderados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 de diciembre de 1962, **RESOLVIERON:**

"Primero: Crear la Administración de la Comunidad cuya provisión corresponderá a la Junta General de Comuneros...

"Segunda. La Administración tendrá todas las facultades necesarias para representar a la Comunidad ante terceros y ante las autoridades judiciales, administrativas y de Policía. La Administración podrá celebrar todos los actos y contratos que se requieran para cumplir a cabalidad con los deberes de su cargo...

".....C) ....Nómbranse como Administradores de la Comunidad a los señores Jaime Trespalacios R. y Juan A. Gutiérrez de Piñeres O., conjunta y solidariamente....." (C. 1, fol. 60).

TERCERA: Que por Escritura Pública No. 2124 de 30 de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), los citados ADMINISTRADORES confirieron al Dr. RICARDO DE LA ESPRIELLA "... o a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que este designe, el derecho exclusivo de explorar y explotar el petróleo, el gas y todo otro hidrocarburo que se encuentren en el subsuelo perteneciente a los terrenos alinderados..." en el citado contrato (C 1, fol. 55).

CUARTA: Que por resolución No. 31668 de tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), el Sr. Ministro de Minas y Energía NO AUTORIZO "...la perforación solicitada por la comunidad de propietarios del subsuelo de la Hacienda Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada..." y denegó las "... pretensiones por las razones aducidas en este proveído" (C 1, fol. 72).

Contra el anterior acto administrativo, el mandatario judicial de la COMUNIDAD interpuso el recurso de REPOSICION, el cual fue desatado desfavorablemente por medio de la resolución No. 32316 de 25 de noviembre de 1991.

B) A la luz del acervo probatorio anterior, la Sala encuentra que la parte actora demostró, con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el día quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), que habían salido del patrimonio del Estado, "...antes del veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873)...", el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno denominado SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS y también en SAN JOSE DE MATA DE INDIOS O LA EMBOCADA, pero no pudo probar, a la luz de lo preceptuado en la Ley 20 de 1969, interpretada con autoridad por la Ley 97 de 1993, que sus propietarios hubiesen descubierto "...uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969...", entendiendo por " DESCUBRIMIENTO" lo definido por el legislador en el artículo 2o. de la Ley 97 *ibídem* interpretativa, cuando consagra:

> "ARTICULO 2o. Descubrimiento de hidrocarburos. Se entiende que existe yacimiento descubierto de hidrocarburos cuando mediante perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluidos".
>
> En la materia que se estudia, la Sala reitera la orientación jurisprudencial que sobre materia sensiblemente igual a la que ahora se define, se fijó en sentencia de 4 de marzo de 1994, Expediente No. 7120. Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, a cuya lectura se remite.

Aplica, igualmente, el universo jurídico que tiene la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 29 de septiembre de 1994, Expedientes D-540 - 548 y 555 (acumulados), Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, en la cual y en lo pertinente, se lee:

> "De otra parte, para la Corte Constitucional la Ley 20 de 1969 se expidió para llevar a la práctica el mandato constitucional, según el cual la propiedad privada es una función social que implica obligaciones, y en ella se definió que los derechos adquiridos por particulares sobre el subsuelo petrolero, debían estar vinculados a un yacimiento descubierto hasta el momento de la publicación de la misma; naturalmente, se trata de eliminar las trabas de los particulares a la explotación de uno de los recursos naturales no renovables más importantes en una economía como la nuestra. De esta intención del legislador existe suficiente documentación en los antecedentes legislativos de la mencionada Ley 20 de 1969, en especial en su exposición de motivos y en las ponencias correspondientes.
>
> "Además, el actual Código de Minas contenido en el Decreto-Ley 2655 de 1988, reitera en sus artículos 3o. y 5o., lo señalado en la mencionada Ley 20 de 1969, en los términos en que es interpretada ahora por la Ley 97 de 1993, es decir, que la exención prevista en la mencionada ley sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas, vinculadas a yacimientos descubiertos válidos jurídicamente, antes del 22 de diciembre de dicho año.

"Esta Corporación encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido un régimen especial de la propiedad particular sobre el subsuelo y en especial sobre el petrolero, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla condicionada a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio; además, se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad. Por ello resulta razonable la interpretación contenida en la ley demandada, que señala que las excepciones reconocidas por la Ley 20 de 1969 son aquellas en las que los derechos particulares estaban vinculados a la existencia de yacimientos descubiertos, al momento de la expedición de la mencionada ley.

"Es cierto que la contenida en la Ley 97 de 1993 es una interpretación plausible y razonable de la voluntad del legislador mismo, que es competente para establecer los requisitos relativos al perfeccionamiento del derecho de dominio, y los que se deben cumplir y acreditar para conservarlo, así como las obligaciones que dimanan de la propiedad como función social que implica obligaciones.".

C) La Sala desea dejar en claro que considera particularmente peligroso, para la certeza y seguridad jurídicas, y el imperio de la Constitución y de la ley, la expedición de leyes interpretativas cuando están en curso procesos en que el Estado es parte, y en los cuales se debaten, a la luz de distintas perspectivas, las materias que luego quedan interpretadas con "AUTORIDAD", por el mismo legislador. Transitando por esta vía se corre el grave riesgo de que la función de juzgar, esto es, de desatar los conflictos entre los hombres, pase al poder legislativo, desnaturalizándose así la concepción misma del Estado Social de Derecho. Si en el caso *sub-exámine* no se hacen consideraciones jurídicas de fondo, sobre el temperamento que tiene la Ley 97 de 1993, es porque la materia quedó agotada por la Corte Constitucional en el fallo ya referenciado, en la cual también se lee:

"En líneas generales, adviértase que una ley interpretativa excluye uno o varios de los diversos sentidos posibles contenidos en otra disposición antecedente y de su misma jerarquía, pero ambas disposiciones conservan su propia existencia formal, sin perjuicio de una diferente redacción textual, más descriptiva en cuanto a sus contenidos materiales a fin de definir su alcance. En efecto, la ley que interpreta a otra anterior es una orden necesariamente posterior, que está dirigida a todos los operadores del derecho y en especial a los jueces, para que apliquen en los casos concretos a resolver, una lectura u opción interpretativa de un acto normativo de rango formal y material de ley, y para que esto suceda, no obstante el ejercicio de aproximación armónica entre los términos empleados en una y otra disposición, como lo ordena la ley posterior.".

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:

DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En la providencia de la referencia, se reitera la jurisprudencia consagrada el 4 de marzo de 1994; expediente 7120; actor: Carlos Julio Zerda Bautista; C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, la que a su vez, reitera la sentencia del 29 de agosto de 1963 proferida por la Sala de Negocios Generales. Actor: Arcesio Mejía Hoyos.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido puede consultarse el salvamento de voto del Dr. Daniel Suárez Hernández; Exp. 6976; Actora La Nación-Ministerio de Minas en el proveído del 24 de junio de 1994 (Cusiana).

PERENCION DEL PROCESO/NOTIFICACION-Expensas/**CARGA PROCESAL/PARTE DEMANDANTE**

En el proceso contencioso administrativo, la provisión de los medios indispensables para surtir las notificaciones del caso, corre a cargo del demandante; no hacerlo le puede acarrear consecuencias desfavorables, como es el caso de perención.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 9697. Actor: Eleazar Rojas Velandia. Demandado: La Nación-Policía Nacional.

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por la actora contra el auto del 22 de agosto de 1994, por virtud del cual conformó el proveído del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 10 de febrero de 1994, por medio de la cual se decretó la perención del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1.- El 26 de agosto de 1992, el señor ELEAZAR ROJAS VELANDIA por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, instauró demanda contra la NACION-POLICIA NACIONAL.

2.- El Tribunal, el 18 de septiembre de 1992, en el auto admisorio de la demanda ordenó su notificación a las partes y al Ministerio Público, la fijación del negocio en lista por el término legal, y reconoció personería al procurador de la actora.

3.- El Secretario de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en informe del 27 de enero de 1994 rendido al Magistrado sustanciador, manifestó: "Sin que hasta la fecha se hubiesen suministrado por el interesado las expensas de la ley requeridas para la notificación ordenada en el num. 1 del auto que admitió la demanda."

4.- El Tribunal, con base en el informativo precedente, decretó la perención del proceso, para lo cual reflexionó fundamentalmente así:

Han transcurrido más de catorce (14) meses, diez (10) días a partir de la producción del último auto sin que el demandante promueva actuación alguna, tendiente a suministrar las expensas necesarias para facilitar la práctica de la notificación ordenada en numeral 1o. del auto admisorio de la demanda.

5.- Inconforme la actora, apeló la decisión adoptada por el *a-quo*, y como fundamento de su disenso básicamente manifestó que en el auto admisorio de la demanda en ningún momento se le señaló al demandante la suma que debía depositar para cubrir los gastos ordinarios del proceso, ni mucho menos el término dentro del cual debía efectuar dicho depósito.

6.- Esta Corporación, en providencia del 22 de agosto de 1994, confirmó la decisión del Tribunal, en virtud de las siguientes consideraciones fundamentales:

La actora incumplió las disposiciones del auto admisorio de la demanda, impidiendo el impulso del proceso; toda vez que la actuación dependía principalmente de él, al dejar transcurrir más de catorce (14) meses sin que la obligación se satisficiera y dando lugar con esta conducta a la situación descrita en el artículo 148 del Estatuto Contencioso Administrativo.

De modo que después de la última providencia dictada dentro del proceso, tomando en gracia de discusión la del auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda y el informe presentado por el Secretario, han pasado más de seis (6) meses, operando, por tanto el fenómeno jurídico de la perención del proceso.

7.- Inconforme la actora con la anterior decisión interpuso recurso de reposición, expresado como fundamento de su desacuerdo, en síntesis, lo siguiente:

El numeral 4 del artículo 207 del C.C.A., reglamentado a su vez por el Decreto 2867 de 1989, prescribe los lineamientos que debe seguir el ponente cuando se trate de fijar las erogaciones que tiene que suministrar el demandante para sufragar los gastos ordinarios del proceso, sujetándose principalmente a señalar con toda precisión la suma de dinero que deberá aportar el actor y el lapso de tiempo dentro del cual deberá hacerla; previsiones que no cumplió el *a-quo* al proferir el auto admisorio de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala mantendrá su decisión adoptada mediante proveído del 22 de agosto de 1994, en virtud de las siguientes reflexiones:

1.- Está demostrado en el *sub-lite* que la carga procesal le corresponde al demandante; es evidente que la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado corre a cargo de la parte actora, quien tiene que suministrar las expensas necesarias para ello. Sin embargo, pese a dicho imperativo, el actor se abstuvo de hacerlo y dejó transcurrir un lapso superior a seis (6) meses sin intentar ninguna diligencia para tal fin.

2.- Por Ministerio de la ley, en el proceso Contencioso Administrativo, la provisión de los medios indispensables para surtir las notificaciones del caso, corre a cargo del demandante; no hacerlo le puede acarrear consecuencias desfavorables, como es el caso de la perención.

3.- Sobre un asunto similar al que se debate, la Corporación en providencia correspondiente al 10 de octubre de 1991, expediente No. 6878, con ponencia del doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, al respecto dijo:

> "...Si se tiene en cuenta el concepto de carga procesal y las consecuencias desfavorables para quienes no amolden su comportamiento a determinados preceptos, y pensando que algún sentido, de orden práctico, han de tener las normas que se ocupan de la perención, no cabe interpretación diferente a la que en el proceso contencioso administrativo, por manifestación expresa del legislador, que no del intérprete, la falta de impulso procesal le corresponde básicamente al demandante.
>
> "En le *sub-lite* ocurre que la parte actora comenzó fallando en sus cargas procesales al no extender su demanda contra el ingeniero Pedro José Leal Gamboa persona que ostentaba la calidad de litisconsorte necesario para que el juez contencioso pudiera desatar el fondo de la *litis*. Cuando el Tribunal ordenó de oficio la vinculación al proceso del citado profesional de la ingeniería, no encontró la más mínima colaboración de la parte actora hasta el punto de que transcurrido mucho más del término legal que consagra la ley para declarar la perención, según informe secretarial (fl. 97), no había suministrado "lo necesario para cumplimiento de la notificación ordenada en el último auto."

Las premisas precedentes permiten concluir que en el subexámine es patente la omisión de la parte actora en el cumplimiento de sus cargas procesales, dejando transcurrir más de seis meses sin aportar los medios para la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, pues así se advierte del informe secretarial rendido el 27 de enero de 1994, que *ad-literam* dice: "sin que hasta la fecha se hubiesen suministrado por el interesado las expensas de ley requeridas para la notificación ordenada en el numeral 1 del auto que admitió la demanda." Por tanto, dicho proceder comporta indefectiblemente la perención del proceso.

En mérito de lo expuesto, en CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA,

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto proferido por esta Corporación, el 22 de agosto de 1994.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y 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 octubre trece (13) 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.

ACADEMIA MILITAR-Naturaleza Jurídica/**EMPRESA PRIVADA/CONTROVERSIAS JUDICIALES/JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA/FUERO DE ATRACCION**

La Sala encuentra que en caso *sub-exámine,* no hay suficientes elementos de juicio que permitan, con certeza, definir que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no es competente para conocer del presente conflicto de intereses. Así las cosas, es preferible permitir el acceso a ella, para que la parte demandante tenga la oportunidad de debatir, a lo largo del proceso, toda la problemática que surge de los hechos enlistados en la causa petendi. Con lo anterior se quiere significar que debe ser en la sentencia donde se estudie a fondo el problema de la jurisdicción, por las razones anotadas. En virtud del FUERO DE ATRACCION si es posible que la conducta de un centro de imputación jurídica, de naturaleza jurídica privada, comparezca ante esta jurisdicción cuando su accionar esté estrechamente vinculado con el de la administración. Finalmente la sala desea recordar que para que opere el FUERO DE ATRACCION es menester de los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 10.007. Actor: Julio César Tejada Peláez. Demandada: La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

-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 la procuradora judicial de la parte actora, contra el auto calendado el día primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), 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 auto apelado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

"Se resuelve mediante este auto acerca de la admisión de la demanda que, por intermedio de apoderada judicial, presentará JULIO CESAR TEJADA PELAEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94'229.695, expedida en Zarzal (Valle del Cauca), mediante escrito del 17 de mayo/94, incoando una ACCION DE REPARACION DIRECTA, en contra de la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) y la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada "ACADEMIA MILITAR GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN". en razón de los hechos ocurridos el 31 de mayo/92 en los cuales resultó herido.

"2. **MOTIVACION**

"La Sala inadmitirá la presente demanda por FALTA DE JURISDICCION, toda vez que, tal como se afirma en la misma y según el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Armenia (folios 27 a 30), la ACADEMIA MILITAR GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN es una sociedad comercial de responsabilidad limitada regida, en consecuencia, por normas civiles y del Código de Comercio y de acuerdo con los hechos narrados, la posible responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados a consecuencia de sus hechos u omisiones deberán resolverse mediante la aplicación del derecho privado, ante la jurisdicción ordinaria o común, razón por la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío, que corresponde a una jurisdicción especial, no puede conocer de la demanda, imponiéndose su inadmisión.

"Es cierto, sin embargo, que la demanda está dirigida contra la Academia Militar "GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN" y contra la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional), pero considera la Sala que la licencia que debe impartir el Ministerio de Defensa Nacional para que dichas academias puedan funcionar (Decreto 988/91), no convierte al Estado en **coadministrador** de la institución privada y mal puede, entonces, pensarse en una posible responsabilidad extracontractual suya, por hechos exclusivos del ente privado.

"De aceptarse que cuando el Ministerio de Defensa imparte una licencia de funcionamiento a una academia militar, compromete la responsabilidad de la Nación, habría que aceptarse que, igual se compromete la responsabilidad de la Nación, cuando el Ministerio de Educación imparte licencia de funcionamiento a un establecimiento privado de educación, lo cual no es cierto y así lo entendió la misma apoderada del actor, cuando no señaló a dicho Ministerio también como codemandado." (folios 35 a 37).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 41 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en el cual la mandataria judicial de los actores hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION:

"Es cierto, y así se puso de presente, y más aún se acreditó, desde el momento de la presentación de la demanda, que una de las dos entidades demandadas, la Academia Militar Alcántara Herrán, es una PERSONA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO, más exactamente una sociedad comercial de carácter particular, dedicada a impartir enseñanza académica y al mismo tiempo instrucción militar.

"No obstante el carácter particular de la mencionada academia militar, la demanda se dirigió al Tribunal Administrativo, por cuanto al mismo tiempo y por razón de los mismos hechos, se instauró contra la Nación - Mindefensa - Ejército Nacional. Pues bien, el hecho de que a esta última entidad del Estado se le estuviese imputando una responsabilidad en los hechos materia de la demanda, y de que la competencia para conocer de dicha responsabilidad corresponda exclusivamente a esta jurisdicción especial, implica un fuero atrayente para las demás entidades que estén comprometidas en los mismos hechos, aunque éstas tengan la calidad de personas de derecho privado y que, en otras circunstancias, ventilarían sus conflictos ante la justicia ordinaria.

"La jurisdicción especial de lo contencioso administrativo constituye una prerrogativa en favor de las entidades del Estado, en el sentido de que sus conflictos sean ventilados por jueces colegiados dedicados de manera exclusiva a los asuntos del derecho público y más especialmente del derecho administrativo, que no obstante ser apenas un área del derecho, su complejidad e importancia y la de aquellas entidades a las cuales se dirige, han justificado la existencia de un engranaje judicial independiente de la jurisdicción ordinaria.

"Por esta razón, se justifica plenamente que en casos como el que nos ocupa, en los cuales se imputa responsabilidad, al mismo tiempo, a una entidad del Estado y a otra de derecho privado, sea el fuero especial de aquella el que atraiga la otra entidad y determine la competencia y no al contrario. También por ello se explica la consagración legal (art. 78 C.C.A.) de la "responsabilidad conexa" de las entidades estatales y de sus funcionarios. Sólo excepcionalmente, como en aquellas relaciones de tipo contractual en las cuales el Estado actúa desprovisto de sus poderes exorbitantes, en idénticas condiciones que los particulares, se explica la competencia de la jurisdicción ordinaria para el estudio de los conflictos de una entidad estatal.

"Ahora bien, la responsabilidad que se le endilga a la entidad oficial en este caso, esto es, a la Nación - Mindefensa-, entidad que, venimos diciendo, determina la competencia de esta jurisdicción especial, no se deriva del hecho de que ese Ministerio haya expedido licencia de funcionamiento a la Academia Militar demandada, como se afirma en la providencia impugnada, sino que se desprende de un aspecto de fondo de la demanda que, por lo mismo, no tiene porqué ser cuestionado en el momento procesal de su admisibilidad, pero que el mismo auto nos obliga a referir. Se trata, en síntesis, de que la instrucción militar de los colegios autorizados para impartirla, debe ser apoyada y orientada por las Fuerzas Militares, concretamente a través de una "Unidad Táctica... ubicada en la guarnición sede del establecimiento de enseñanza, la cual se denominará Unidad Directora..." (Art. 5o. Decreto 546/67).

"Este es un aspecto de fondo, como lo es también el referente a si la licencia de funcionamiento que expida el Ministerio de Defensa implica, o no, un compromiso de su responsabilidad extracontractual. Este último tema para nada se tocó en la demanda, pero aunque hubiera sido el sostén de la responsabilidad conexa de los dos entes demandados, consideramos que sólo en la oportunidad de proferir sentencia le es dado al juzgador establecer o descartar esa responsabilidad, por lo cual puede decirse que existe un prejuzgamiento en la decisión recurrida, en cuanto en la misma se niega de plano la posibilidad de que exista responsabilidad extracontractual de la Nación por la concesión de una licencia de funcionamiento.

"Tampoco es la oportunidad procesal para discutir si, por razón del otorgamiento de la licencia de funcionamiento, también debió demandarse a la Nación - Ministerio de Educación. Sin embargo puede reiterarse lo expresado en la demanda, en el sentido de que los hechos que son fuente de responsabilidad extracontractual en este caso, son de naturaleza puramente militar y no de tipo académico, por lo que, consideramos, nada tiene que ver en ellos el Ministerio de Educación. Inclusive, este hecho reconfirma que la conexión de los entes demandados no está dada en virtud de la concesión de las licencias de funcionamiento por parte del Estado.

"Con fundamento en todo lo expuesto, solicitó que se revoque el auto recurrido y que, en su lugar, se disponga la admisión de la demanda." (folios 42 a 46).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El auto impugnado será revocado, y, en su lugar, se **ADMITIRA LA DEMANDA,** por las razones que a continuación se precisan.

Es verdad que **LA ACADEMIA MILITAR GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN LIMITADA,** es una persona de derecho privado, tal como se desprende del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Armenia (cuaderno número 1. folio 27 y ss. ss.). Pero es igualmente cierto que para su funcionamiento como tal necesitaba "...apoyo y orientación militar de una **UNIDAD TACTICA DE LAS FUERZAS MILITARES,** ubicada en la guarnición sede del establecimiento de enseñanza...", como lo preceptúa el Decreto 546 de 1967, en su artículo 5.

Por resultar de interés, para la mejor comprensión del asunto, la Sala transcribe a continuación lo pertinente de la motivación que en la demanda se hace bajo el rubro **"FUNDAMENTOS JURIDICOS".** Allí se lee:

"La educación militar en planteles de educación básica secundaria y media vocacional, debe ajustarse a lo establecido en los Decretos 546 de 1967, 1472 de 1971, 1578 de 1982 y 988 de 1991.

"La **INSTRUCCION MILITAR** es "el conjunto de informaciones y actividades que se desarrollen en los establecimientos de educación media, con el fin de preparar cuadros de reserva de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y habilitar personal para el ingreso a las escuelas de formación" (Art. 2o. Decreto 546/67.

"La instrucción militar comprende las siguientes fases:

"a. Fase Preliminar: Es la instrucción militar que no requiere armamento, basada en prácticas para el desarrollo físico y formación teórica sobre la institución. Tiene una duración de 1 año lectivo y puede ser adelantado por los alumnos que cursen el 9o. grado de bachillerato.

"b. Primera Fase Militar: Comprende instrucción militar básica para capacitar a los alumnos como combatientes individuales. Puede ser adelantada por alumnos de 10o. grado de bachillerato.

"c. Segunda Fase Militar: Consiste en la instrucción de pequeñas unidades, para capacitar a los alumnos como miembros de escuadra, pelotón y unidad fundamental. Es dirigida a los alumnos que hubieren aprobado las dos fases anteriores y que cursen 11o. grado de bachillerato.

"(a estas fases se refieren casi todos los decretos mencionados, siendo la última disposición al respecto el Decreto 1578/82).

"La Academia Militar "Pedro Alcántara Herrán", previamente constituida como sociedad comercial, dado su ánimo de lucro, se encuentra sometida a un régimen legal especial, pues de una parte debe ajustarse al cumplimiento de las normas que regulan los establecimientos o planteles de educación media y vocacional y, de otra, debe cumplir lo estatuido en los decretos y en la directiva antes referidos, para poder proporcionar instrucción militar a sus alumnos.

"Por razón de lo anterior, a la Academia Alcántara Herrán no le fue suficiente obtener reconocimiento ante el Ministerio de Educación Nacional. Sino que también debió obtener licencia del Ministerio de Defensa Nacional, ésto por mandato del Decreto 988/91, que reza:

"Para que los establecimientos de educación básica secundaria y media vocacional puedan proporcionar instrucción militar, deben obtener licencia del Ministerio de Defensa Nacional, para adoptar y sujetarse a la organización de tipo castrense y al proceso de legalización de estudios por parte de la respectiva Secretaría de Educación."

"Es así como el funcionamiento de la Academia Militar Pedro Alcántara Herrán se encuentra legalmente respaldado en la resolución No. 10547 de septiembre 5 de 1986, expedida por el Ministerio de Educación Nacional y en la resolución No.7580 de noviembre 10 de 1986, emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

"Mediante la citada resolución No. 7580/86, el Ministerio de Defensa reconoció como academia "MILITAR" al Colegio "Pedro Alcántara Herrán" y en la parte motiva de dicho acto se expresa que: "como es necesario designar a una Unidad Táctica de las Fuerzas Militares como unidad Directora del Establecimiento Educativo, para que apoye y oriente la instrucción militar: "Artículo 2o. Desígnase como Unidad Directora de la Academia Militar General Pedro Alcántara Herrán ... al Batallón de Ingenieros No. 8 Cisneros, para que apoye y oriente la instrucción militar de dicho establecimiento, como ordena el Decreto No. 546 de 1967."

"De todo lo anterior puede deducirse que la responsabilidad extracontractual por hechos como el que interesa en este proceso, es imputable tanto al colegio o academia militar Alcántara Herrán como a las Fuerzas Militares de la República en cabeza de la Nación, veamos:

"La academia, por cuanto, autorizada para ello, ofrece instrucción militar a sus alumnos, quedando comprometida a impartirla en la forma establecida en las normas especiales sobre la materia, es decir, en los Decretos 546/67, 1472/71, 1578/82 y 988/91 y actualmente en la circular o directiva 001/93, emanada de las Fuerzas Militares - Ejército Nacional-.

"Y la Nación Colombiana está llamada a responder por el Ejército Nacional, por cuanto para el funcionamiento de colegios que, como el demandado, prestan instrucción militar, no sólo debe obtenerse licencia del Ministerio de Defensa Nacional (Decreto 988/91), sino que dicho Ministerio debe asignar a una "Unidad Táctica" de las Fuerzas Militares, el apoyo y la orientación de la instrucción militar del establecimiento educativo.

"Así se dispuso desde el año 1967, a través del Decreto 546, según el cual: "Los establecimientos de educación media que opten este sistema... recibirán apoyo y orientación militar de una **Unidad Táctica de las Fuerzas Militares** ubicada en la guarnición sede del establecimiento de enseñanza, la cual se denominará **Unidad Directora.** (Art. 5o.). (negrillas fuera del texto).

"El comandante de dicha unidad directora, junto con el comandante del Distrito Militar, el rector del colegio y el oficial director de la parte militar del plantel, conforman la Junta o **Consejo Consultivo** a cuyo cargo se encuentra la "dirección y orientación general del establecimiento en el aspecto **militar"** (Art. 4o. Decreto 546/67).

"La instrucción militar en los planteles educativos está, pues, a cargo tanto de dichos colegios como de las Fuerzas Militares de la República, a través de las Unidades Tácticas que se designen para tal efecto. Inclusive, si el rector del colegio no es un oficial superior en uso de buen retiro, "la dirección y coordinación de la instrucción militar estará a cargo de un oficial con grado no inferior a Capitán o Teniente de Navío..." (Art. 3o. Decreto 1578/82. Y, de todas formas, "cada compañía de instrucción... tendrá un comandante con grado no inferior a subteniente o teniente de corbeta y cada pelotón un comandante con grado no inferior a sargento segundo o suboficial segundo, quienes serán designados por el plantel..." (inciso segundo *ibídem).*

"Para la Academia Alcántara Herrán, fue asignado como unidad directora el BATALLON DE INGENIERO No. 8 CISNEROS, con sede en Armenia. Q. (resolución nacional 7580/86). Le corresponde entonces a éste orientar la instrucción militar del mencionado colegio.

"Resulta apenas explicable que la enseñanza militar de los colegios de esta naturaleza tenga que estar orientada por las Fuerzas Militares, no sólo por razones de seguridad y soberanía nacional, sino también en aras de la integridad física de los alumnos que, de otra manera, podrían quedar expuestos a los riesgos de una instrucción militar inapropiada o a prácticas para las cuales no hayan sido previamente adiestrados, como ocurrió en el presente caso.

"Además, la autorización del Estado para que determinados colegios brinden enseñanza militar no es desinteresada, pues el Estado se propone por ese medio **"preparar reservas para la Defensa Nacional",** como se expresa en la misma parte considerativa del Decreto 546/67 y se reitera en el art. 2o. *ibídem,* ya transcrito.

"Por lo demás, sin esta ingerencia de las Fuerzas Militares sería inconcebible que los alumnos que egresan de colegios militares tengan derecho al otorgamiento de la libreta militar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 546/ 67.

"Si bien la academia militar Alcántara Herrán es un colegio de carácter privado, debe tenerse en cuenta que, por una parte, presta un servicio público cual es la educación (es su objeto social) y, por otra parte, dirige prácticas de tipo militar, función ésta que es propia del Estado.

"La demostración de explosivos organizada por la Academia Militar "General Pedro Alcántara Herrán", que se llevó a cabo el día 31 de mayo de 1992 y en la cual participó como alumno el joven JULIO CESAR TEJADA PELAEZ, resultando gravemente lesionado, fue un acto de ejecución de instrucción puramente militar, y, por lo mismo, no sólo compromete la responsabilidad del colegio como establecimiento educativo sino también la del Ejército de la Nación Colombiana, encargado de apoyar y orientar, por intermedio del Batallón Cisneros de Armenia, la instrucción militar de aquel plantel. No así la del Ministerio de Educación, puesto que no se trató de un acto académico.

"La responsabilidad recae, entonces, sobre el colegio y el Ejército de la Nación, sin que sea del caso analizar la conducta del alumno demandante. No constituye un riesgo propio de la calidad de alumno, aunque éste pertenezca a una academia militar, sufrir lesiones en la ejecución de las prácticas militares. Por una parte se trata de una instrucción dirigida a jóvenes que en su casi totalidad son menores de edad y, por tanto, incapaces para asumir compromisos de tanta trascendencia jurídica. Por otra parte, no realizan dichas prácticas en ejercicio de una profesión que conlleve por sí sola tales riesgos, ni en desarrollo de contrato alguno, lo que, de paso, descarta las acciones contractuales.

"El manejo de explosivos constituye una actividad peligrosa que los colegios militares aceptan dirigir respecto de sus alumnos, y que las Fuerzas Militares están obligadas a apoyar y orientar y por la cual uno y otro asumen una **RESPONSABILIDAD OBJETIVA (PRESUNTA),** precisamente por tratarse de una actividad peligrosa; por tal razón no es necesario demostrar la culpa o falla del servicio de la parte demandada en el resultado producido." (folios 9 a 16).

B) A la luz de la realidad fáctica que se deja precisada, la Sala encuentra que, en el caso *sub-exámine*, no hay suficientes elementos de juicio que permitan, con certeza, definir que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no es competente para conocer del presente conflicto de intereses. Así las cosas, es preferible permitir el acceso a ella, para que la parte demandante tenga la oportunidad de debatir, a lo largo del proceso, toda la problemática que surge de los hechos enlistados en la causa *petendi*.

Con lo anterior se quiere significar que debe ser en la sentencia donde se estudie a fondo el problema de la jurisdicción, por las razones ya anotadas.

A manera de pedagogía jurídica y judicial la Corporación desea dejar en claro que en virtud del **FUERO DE ATRACCION** sí es posible que la conducta de un centro de imputación jurídica, de naturaleza jurídica privada, comparezca ante esta Jurisdicción cuando su accionar está estrechamente vinculado con el de la administración. En la materia que se estudia se reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 26 de marzo de 1993, Expediente No. 7476, Actor **ANA MARIELA CHAMARRO,** en la cual se destacó:

""a) Si bien es cierto la jurisprudencia reiterada de la sala indica que las acciones de responsabilidad contra las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se juzgan ante la jurisdicción ordinaria, dada la normatividad especial que rige a ese respecto (art. 31 del decreto 3130 de 1968) no es menos cierto que cuando en la demanda se citan éstas al proceso en *litis* consorcio con un establecimiento público, que, como tal, está dotado de fuero especial, al cual también se le imputa responsabilidad solidaria, el juez competente será el de este último para todos los efectos, dándole así lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como fuero de atracción. A este respecto la sala sigue la orientación marcada por esta misma Sala, en el sentido de que al darse el aludido fuero todas las partes llamadas al proceso pueden ser juzgadas por el mismo juez. (Sentencia marzo 8 de 1979, proceso 2230, ponente, Jorge Valencia Arango), Se entiende para estos efectos que exista razón legal y fáctica que justifique la pretensión contra todos los citados al proceso".

Finalmente, la Sala desea recordar que para que opere el **FUERO DE ATRACCION** es menester que los **HECHOS** que dan origen a la demanda sean los mismos. Así se recordó en providencia de cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), expediente No. 9480, Actor GUSTAVO RINCON MENDOZA Y OTROS, Demandado: Hospital Departamental Erasmo Meoz, en la cual se precisa:

> "C) En el *sub-lite* no puede hablarse del **FUERO DE ATRACCION**, porque los hechos que dan piso para demandar al **HOSPITAL DEPARTAMENTAL ERASMO MEOZ** son completamente distintos a los que se causaron con la ambulancia perteneciente al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** de **NORTE DE SANTANDER,** a tal punto, que ni siquiera puede predicarse que los dos centros de imputación jurídica demandados sean **SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES** de la conducta antijurídica. La solidaridad demanda que el **HECHO** que da nacimiento a la obligación sea **EL MISMO**, es decir, **UNO**, realidad que no se da en el caso en comento.
>
> "Si el Hospital Erasmo Meoz prestó una atención médica no ajustada a lo que exige la ley, responde por su comportamiento, pero nada tiene que ver con los daños causados por la ambulancia de propiedad del Instituto, y viceversa.

"La filosofía que informa el **FUERO DE ATRACCION** no se puede manejar con ligereza conceptual, ni con valoración descuidada de la realidad fáctica, pues se corre el riesgo de desnaturalizar la jurisdicción, ya que bastaría buscar un centro de imputación jurídica, de cuyos hechos, actos y omisiones conozca la jurisdicción de lo contencioso - administrativo, para que la justicia ordinaria sea relevada, sin causa, motivo o razón, del conocimiento de los asuntos que le están asignados por la ley.

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

RESUELVE:

A.-**REVOCASE**el auto calendado el día primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, y en su lugar **DISPONE:**

PRIMERO.- Por reunir los requisitos legales **ADMITESE** la demanda instaurada por **JULIO CESAR TEJADA PELAEZ,** contra **LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-ACADEMIA MILITAR GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN LTDA.**

SEGUNDO.- NOTIFIQUESE personalmente al **MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL** y al Teniente Coronel (r) **JOSE FRANCISCO OLIVARES PINEDA,** en su condición de representante legal de la **ACADEMIA MILITAR GENERAL PEDRO ALCANTARA HERRAN LIMITADA,** o, a quien haga sus veces, en la vereda "La Nubia", del Municipio de Salento, Quindío.

TERCERO.- NOTIFIQUESE personalmente el auto admisorio de la demanda al Agente del Ministerio Público del Tribunal.

CUARTO.- FIJESE en lista el presente asunto para los efectos de lo prescrito en el inciso 5o. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO.- RECONOCESE a la Doctora **DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA,** como apoderada del demandante **JULIO CESAR TEJADA PELAEZ,** dentro del marco de facultades descritas en el escrito visible a folios 39 y ss., del cuaderno principal del expediente.

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

B.- Ejecutoriada ésta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Improcedencia/**DESVIACION DE PODER/FUNCION ADMINISTRATIVA**

Tales contratos son nulos de ilegalidad manifiesta, no sólo porque conforman un conjunto generalizado de desviación de orden, sino que no se ajustan a la ley del contrato de prestación de servicios. La desviación surge manifiesta. Como la planta de personal no permite su vinculación, los contratos de prestación de servicios, ideados con otras finalidades y alcances, sirven de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad y para satisfacer, la mayoría de las veces, los apetitos clientelistas de su denominador. El inciso final del art. 163 del 222, vigente a la sazón, al indicar qué se entiende por funciones administrativas para efectos de excluirlas del contrato aquí estudiado, afirma que son las similares " a las que están asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante". Con esta descripción, más que definición, se pueden concluir que no pueden ser objeto de un contrato de prestación de servicios, entre otras, las funciones docentes ordinarias que están a cargo de una entidad pública. Corrobora lo anterior el art. 164 Dec. 222 cuando enuncia las distintas clases de contratos de prestación de servicios; enunciado en el que no sólo se observa cierta nota de especialidad, sino que se entiende un objeto un tanto diferente a los cometidos normales u ordinarios que cumple la autoridad administrativa. Por este medio, en otras palabras, la administración busca asesoría o complemento para

una actividad que le es propia. No puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros normales del servicio oficial por estos contratos de prestación de servicios, porque mientras los citados servidores tienen una serie de derechos contemplados en estatutos de personal (salarios y prestaciones) y tienen asignadas sus funciones también en forma reglamentaria, los contratistas en los contratos de prestación de servicios (que no podrán asimilarse a los de trabajo por mandato legal) sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos y no podrán de forma alguna gozar de prestaciones sociales. Con la expedición del Decreto 2277 de 1979 se reestructuró la carrera docente; se reguló la vinculación legal y reglamentaria de sus servidores y no se habló de otro tipo de diferente vinculación, por lo que la vía contractual quedó proscrita.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 7960. Actor: Gloria del Carmen Mejía Huertas. Demandado: Municipio de El Contadero.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 10 de septiembre de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del contrato de Prestación de Servicios sin número de primero (1o.) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), por medio del cual se vinculó como docente al servicio del Municipio de El Contadero (Nariño), en el cargo de profesora municipal de la Escuela Rural Mixta de San Francisco a ANA LUISA CHAMORRO UNIGARRO.

"SEGUNDO.- DISPONER, como consecuencia de la nulidad que se declara, que el Municipio de El Contadero (Nariño), reintegre a la docente GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS en el cargo de profesora de la Escuela Rural Mixta de San Francisco de ese Municipio.

"TERCERO.- CONDENAR al Municipio de El Contadero (Nariño) a pagar a la demandante GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS, los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar desde el 1o. de enero de 1991, hasta la fecha en que el reintegro se haga efectivo.

"CUARTO.- DECLARAR que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio de la docente GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS.

"QUINTO.- DENEGAR LAS DEMAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

En la demanda presentada por la señora Gloria del Carmen Mejía H. contra el municipio de El Contadero (Nariño) el 19 de abril de 1991 se pidió expresamente:

"PRIMERA.- Que es nulo el oficio sin número calendado el día 30 de Enero de 1991, emanado del despacho de la Alcaldía Municipal de El Contadero (N), firmado por su Alcalde señor ORLANDO JAVIER PAZ DAVILA, y mediante el cual se comunica la caducidad del contrato celebrado por GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS con el mismo Municipio y hasta el 31 de Diciembre de 1990 dejando así la remoción del cargo de docente que tenía mi poderdante.

"SEGUNDA.- Que es nulo el contrato administrativo de prestación de servicios suscrito entre el Municipio de El Contadero (N) y la señorita ANA LUISA CHAMORRO, para reemplazar a mi poderdante señora GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS, en el cargo de profesora de la escuela rural mixta de San Francisco del precitado municipio, en posible comisión a la escuela de Ospina Pérez del mismo municipio.

"TERCERA.- Consecuencialmente con lo anterior condénase al Municipio de El Contadero (N) a reintegrar a la señora GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS, al cargo de profesora Municipal de la escuela rural Mixta del precitado Municipio y al pago de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la comisión del acto arbitrario injusto, esto es desde el primero de enero de 1991 y hasta que el reintegro se produzca.

"CUARTA.- Condénase al Municipio de El Contadero (N), al pago de dos mil gramos oro o su equivalente en moneda colombiana, como perjuicios morales causados por la separación grave e injusta y que han afectado moralmente a mi mandante.

"QUINTA.- Declárase que para efectos de prestaciones sociales no hubo solución de continuidad y además a que se dé cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en el Art. 174 del C.C.A."

En el mismo escrito se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que la señora GLORIA DEL CARMEN MEJIA H., fue nombrada, mediante dec. 028 del 2 de noviembre de 1979, como profesora de la escuela mixta del municipio de El Contadero.

2) Que luego se le hizo firmar un contrato de prestación de servicios por un año; el que fue caducado con efectos a partir del 31 de diciembre de 1990, según consta en el oficio de 30 de enero de 1991.

3) Que el Alcalde del citado municipio quiso trasladar a la señora Mejía H., a la escuela de la inspección de policía Ospina Pérez; y en su reemplazo designó a la señorita Ana Luisa Chamorro.

4) Que la señora Mejía Huertas es profesora escalafonada y tiene los derechos inherentes al escalafón docente.

5) Que mediante resolución 1846 de 7 de julio de 1988, se asimiló a la señora Mejía al grado sexto del estatuto, con las garantías correspondientes.

6) Que la señora Mejía, en razón de su carácter de trabajadora, tenía derecho a percibir por lo menos el salario mínimo y no la ridícula suma de $33.000.00

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* decidió en la forma indicada atrás. Inconforme el municipio demandado interpuso apelación; recurso que le fue denegado inicialmente pero que logró producirse gracias al recurso de queja que desató esta misma sala en proveído de mayo 18 de 1993 (a fls 105, ss C No. 3).

Durante la segunda instancia no intervinieron ni las partes ni el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Tal como lo pidió la parte actora y lo reiteró esta sala en el proveído que desató la queja y concedió la apelación, la acción aquí intentada es de carácter contractual, derivada de un contrato de prestación de servicios. A este respecto basta leer el *petitum* de la demanda (a fl.2) y el siguiente aparte de aquel proveído, que a la letra dice:

> "En efecto, como bien lo expone el recurrente, la controversia es contractual, ya que el conflicto planteado tuvo su origen en el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes; contrato administrativo por definición legal, que además contiene cláusulas exorbitantes de caducidad y terminación unilaterales (ver contrato a folios 10 y 11, cláusulas séptima y octava).

Se hace la precisión precedente porque el tribunal no fue coherente cuando al iniciar la motivación de la sentencia recurrida habló de que la actora presentó demanda de restablecimiento del derecho de carácter laboral, y luego terminó en su resolutiva declarando nulo el contrato de prestación de servicios celebrado entre la entidad demandada y la señora Ana Luisa Chamorro Unigarro.

Se observa que el tribunal se desorientó en el análisis del problema de fondo, ya que manejó el asunto como si fuera una acción de restablecimiento de carácter laboral, derivada de un acto administrativo ilegal, y olvidó que la controversia, tal como fue planteada y la definió esta misma sala al acceder al recurso de queja, era de carácter contractual.

Se hace esta precisión porque ni el manejo de las dos acciones puede ser idéntico ni son idénticas las consecuencias que se derivan de una y otra.

En este orden de ideas, se observa:

El municipio de "El Contadero" ha venido celebrando una serie de contratos de prestación de servicios con el personal docente a su cargo. Fue así como suscribió, entre otros, el contrato con la señora Gloria del Carmen Mejía Huertas el 1 de enero de 1990, en el cual, en su orden, se precisó su objeto, las obligaciones de la contratista y su duración, en los siguientes términos:

"CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO: Prestar los servicios en la enseñanza, conforme a las normas y calendario escolar determinado por el Ministerio de Educación Nacional, a cargo del Municipio y que no se pueden cumplir con el personal de planta, en calidad de PROFESOR (A) en: la Escuela Rural Mixta de San Francisco Mpio de Contadero.

"CLAUSULA SEGUNDA.- OBLIGACION; El contratista se obliga a laborar de tiempo completo durante el Horario Escolar en impartir educación e instrucción a los educandos encomendados de acuerdo a la pedagogía y metodología actual. Cumplir con la planeación institucional y reglamento interno del Establecimiento educativo, acatar las orientaciones por medio del Jefe de Núcleo Municipal, cumplir con las demás funciones competentes a su cargo...

"CLAUSULA TERCERA.- DURACION: El presente contrato tendrá una duración conforme a las siguientes fechas. Del primero (1) de enero de 1990 al treinta y uno (31) de diciembre del mismo año. Las partes acuerdan dar por terminado automáticamente este contrato, cuando se crea o se erija el cargo correspondiente a la planta de personal, sin que el Municipio quede en la obligación de vincular en el cargo."

Así mismo se observa que el 1 de enero de 1991, el citado municipio firmó contrato de igual naturaleza con la señora Ana Luisa Chamorro Unigarro para cumplir labor docente en la misma escuela rural mixta de San Francisco.

En los mismos contratos, fuera de las cláusulas exorbitantes de rigor propias de un contrato administrativo de prestación de servicios, se convino en su cláusula novena: "Régimen laboral administrativo. **El contratista no se considera como empleado público ni como trabajador oficial, en consecuencia por la prestación de un servicio solamente recibirá el pago indicado en la cláusula cuarta de este contrato, sin derecho a primas ni prestaciones sociales alguna, ni a exigir salario mínimo, ni cobrar sus servicios como profesional...**" (subrayas de la sala).

La situación que se deja descrita y que aparece patentizada en autos, muestra un claro desfase en el manejo del personal docente oficial. La administración, para no someterse al régimen legal que gobierna la función pública, ha venido, cada vez con mayor frecuencia, apelando a subterfugios como el aquí evidenciado para aumentar en forma incontrolada el número de los servidores oficiales. Cuando la nómina no le permite vincular a su servicio, con el carácter de contratistas, a personas que de otra forma no podría utilizar. Al hacerlo no sólo desborda los marcos legales, sino que desconoce, como sucedió aquí, el régimen mínimo de garantías a que tendría derecho la persona si se hubiera designado por la vía legal apropiada.

Así, como se observa en el caso concreto, se vincula, por una vía ilegal e inadecuada, a la docencia oficial a un personal sin prestaciones y sin siquiera la contraprestación de un salario mínimo. Además, por esta vía se desconocen las

garantías y derechos que la docencia reconoce a sus servidores, en especial los que otorga el escalafón oficial.

Deja ver lo precedente que tales contratos son nulos, de ilegalidad manifiesta, no sólo porque conforman un conjunto generalizado de desviación de poder, sino por que no se ajustan a la ley del contrato de prestación de servicios.

La desviación de poder surge manifiesta. Como la planta de personal no permite su vinculación, los contratos de prestación de servicios, ideados con otras finalidades y alcances, sirven de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad y para satisfacer, la mayoría de las veces, los apetitos clientelistas de su nominador.

Y su nulidad es manifiesta frente a la regulación que trae el Dec. 222 de 1983 en sus arts. 163 y ss, como pasa a explicarse:

De un lado y por definición, el contrato de prestación de servicios se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante y "**que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta**".

Pero esta exigencia, que tomada literalmente autorizaría sin limitaciones su celebración tan pronto se presentara escasez en el personal de planta de la persona pública, no puede interpretarse con semejante alcance, porque el contrato busca primordialmente la vinculación de personal especializado en forma excepcional y para suplir actividades o labores que no encajan en las administrativas ordinarias que desarrolla el ente, aunque tengan relación con ellas.

Este es el alcance de la norma, la cual no permite que por su vía se cumplan por los contratistas, como se dijo, funciones administrativas, ya que éstas, en principio, sólo están a cargo de los funcionarios o servidores públicos vinculados estatutaria o legalmente a la administración y, por excepción, laboralmente.

Para despejar cualquier duda al respecto el inciso final del art. 163 del Dec. 222, vigente a la sazón, al indicar qué se entiende por funciones administrativas para efectos de excluirlas del contrato aquí estudiado, afirma que son las similares "a las que están asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante".

Con esta descripción, más que definición, se puede concluir que no pueden ser objeto de un contrato de prestación de servicios, entre otras, las funciones docentes ordinarias que están a cargo de una entidad pública.

Corrobora lo anterior el art. 164 del Dec.222 cuando enuncia las distintas clases de contratos de prestación de servicios; enunciado en el que no sólo se observa cierta nota de especialidad, sino que se entiende un objeto un tanto diferente a los cometidos

normales u ordinarios que cumple la autoridad administrativa. Por ese medio, en otras palabras, la administración busca asesoría o complemento para una actividad que le es propia.

Por eso se entiende, también que a través de estos contratos la administración busca asistencia o asesoría de carácter técnico o científico.

En este orden de ideas, se recalca, que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros normales del servicio oficial por estos contratos de prestación de servicios, porque mientras los citados servidores tienen una serie de derechos contemplados en estatutos de personal (salarios y prestaciones) y tienen asignadas sus funciones también en forma reglamentaria, los contratistas en los contratos de prestación de servicios (que no podrán asimilarse a los de trabajo por mandato legal) sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos y no podrán en forma alguna gozar de prestaciones sociales.

Se hacen las observaciones precedentes para poner de presente, en primer lugar, la nulidad de los contratos de prestación de servicios celebrados con las señoras Gloria del Carmen Mejía Huertas y Ana Luisa Chamorro Unigarro, por ser violatorios de los arts 163 y ss del dec. 222 de 1983, vigente a la sazón. En segundo, porque el tribunal se equivocó al resolver este asunto contractual como si fuera de nulidad y restablecimiento de un acto administrativo. En tercero, porque el *a-quo* hizo caso omiso del contrato de prestación de servicios y decretó un restablecimiento que en forma alguna podía derivarse de la nulidad contractual declarada. Obsérvese que la nulidad del contrato celebrado con la señora Chamorro Unigarro en forma alguna puede implicar el reintegro de la demandante señora Mejía Huertas, al servicio oficial.

En tal sentido, la sentencia apelada deberá confirmarse sólo parcialmente, aunque por razones diferentes; y revocarse en cuanto dispone el restablecimiento del derecho de la demandante, reintegrándola al servicio y ordenando el pago de salarios y prestaciones dejados de devengar, porque estas medidas no pueden ser consecuencia de la nulidad de un contrato ya vencido; el cual, en principio, no sólo no era prorrogable sino que terminó por plazo vencido.

Además de lo dicho, en forma oficiosa se declarará la nulidad del contrato celebrado con la demandante, por permitirlo así el Dec. 222 en su art. 78.

Se recuerda finalmente que con la expedición del Dec. 2277 de 1979 se reestructuró la carrera docente; se reguló la vinculación legal y reglamentaria de sus servidores y no se habló de otro tipo de diferente de vinculación, por lo que la vía contractual quedó proscrita.

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:

CONFIRMASE la sentencia del 10 de septiembre de 1992, dictada por el tribunal administrativo de Nariño, en su ordinal primero.

Revócase en todo lo demás.

Anúlase el contrato de prestación de servicios celebrado el 1 de enero de 1990 entre la señora Gloria del Carmen Mejía Huertas y el Municipio El Contadero, para ejercer como profesora en la Escuela Mixta de San Francisco de esa localidad.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión de fecha octubre 27 de 1994.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD DE LA ACCION/ INCORA/EXPROPIACION/POSESION DE INMUEBLE/PROCESO CIVIL/SENTENCIA INHIBITORIA/RESTITUCIONES DE INMUEBLE-Inexistencia/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-**Inexistencia

La acción instaurada por el demandante es la reparación directa y persigue obtener el pago de los perjuicios ocasionados por las acciones y omisiones del INCORA en el trámite de la expropiación de un predio. La causa de dichos perjuicios consiste en que la entidad demandada, luego de haber ordenado la expropiación del predio, inició el proceso ante la jurisdicción civil con el objeto de que dicha expropiación fuera decretada judicialmente y que dentro del mismo se estimara el valor que debería pagar, como indemnización. Dicho proceso culminó con sentencia inhibitoria y la entidad demandada ni restituyó el predio al demandante ni le pagó ningún tipo de indemnización. Es entonces a partir de dicho momento, esto es de la sentencia inhibitoria proferida en el proceso de expropiación, que debe comenzar a contarse el término de caducidad de la acción. Dictada dicha sentencia, el Incora debía o bien restituir el inmueble, o bien iniciar otro proceso de expropiación tendiente a fijar la indemnización que debía pagar por el predio expropiado.

OPERACION ADMINISTRATIVA-Existencia/**EXPROPIACION/POSESION DE INMUEBLE/INCORA/CADUCIDAD DE LA ACCION**

El fundamento de la petición de reparación de perjuicios formulados en contra del INCORA consiste en sus acciones y omisiones dentro de todo el proceso de expropiación del predio CANTARRANA. Ese conjunto de actos y omisiones, que la jurisprudencia ha estimado como

una operación administrativa, es la causa de los perjuicios reclamados por el actor; los daños sufridos por éste no se acusaron simplemente con la entrega anticipada del predio del INCORA. El demandante tiene razón cuando señala que si el proceso expropiatorio hubiera terminado con sentencia de fondo en ella se habría reconocido la indemnización que dicha entidad debía cancelarle y por ende, mientras dicha sentencia no se hubiera proferido, no podía acudir a la jurisdicción administrativa.

FALLA DEL SERVICIO/INCORA/OPERACION ADMINISTRATIVA-Irregular/**EXPROPIACION/POSESION DE INMUEBLE/SENTENCIA INHIBITORIA/INMUEBLE**-Desafectación/**RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

El INCORA incurrió en falla del servicio en la operación administrativa de expropiación del predio CANTARRANA, de cuya posesión fue privado el demandante. No se trata pues de afirmar que el acto expropiatorio fue ilegal. El INCORA, tenía dicha potestad y el demandante debía soportar tal carga. Ello es tan cierto que éste, como quedó dicho antes, se allanó a la pretensión de expropiación formulada ante la jurisdicción civil por el INCORA, pues de dicho proceso debía fijarse el monto de la indemnización que debía recibir. Pero este proceso terminó con sentencia inhibitoria, causada precisamente por la conducta irregular del INCORA que desafectó parcialmente el inmueble y no profirió de nuevo un acto de expropiación que le sustentará; sentencia inhibitoria contra la cual no precedía ningún tipo de recurso judicial. Frente a dicha sentencia inhibitoria y al hecho incontrastable de que el INCORA no estaba en capacidad de restituir el predio porque había hecho sobre él adjudicaciones como si fuera baldío, resulta claro que el demandante perjudicado, que perdió la posesión del predio por dicha operación administrativa irregular, encuentra en ella al frente de responsabilidad de la administración que lo legitima para reclamar el pago de los perjuicios sufridos.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/POSEEDOR/BIEN INMUEBLE/DERECHO DE POSESION-Protección Legal/**PRINCIPIO *IURIT-NOVIT CURIA***-Aplicación/**HEREDERO**-Inaplicación

La actuación administrativa que ocasionó perjuicios al demandante lo legitima, en su condición de poseedor (lo que permite presumir que el predio no era bien baldío) para reclamar la indemnización de perjuicios sufridos. Y su legitimación se deriva aquí de su condición de poseedor material del predio pues la ley no sólo protege el derecho de propiedad sobre las cosas sino que expresamente ampara el derecho de posesión (art. 2.342 de C.C., en concordancia con las leyes agrarias). Es con base en dicho derecho, derivado inicialmente de la, Ley 200 de 1936 (art. 1)

le serán reparados sin perjuicios en aplicación del principio de *iurit-novit curia* aplicado reiteradamente por la sala en estos asuntos. La reparación a la que tienen derecho el actor no deviene pues de su condición de heredero de GONZALO PIÑEROS ACEVEDO; no por la cual no es atendible la petición formulada por sus herederos y obra al folio 366 del expediente.

BIEN INMUEBLE/DERECHO DE POSESION-Pérdida/**OPERACION ADMINISTRATIVA IRREGULAR/INCORA/PERJUICIO MATERIAL**-Reparación/**DAÑO EMERGENTE**-Determinación

Para la sala resulta claro que el demandante perdió definitivamente la posesión del predio por la operación administrativa de la entidad demandada; y, por ende, la reparación del perjuicio, a título de daño emergente, no puede ser otra que el valor del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 9267. Indemnizaciones. Actor: Alvaro Piñeros Acevedo. Demandada: INCORA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el tribunal administrativo del Meta el 26 de octubre de 1993, en la cual se dispuso declarar la caducidad de la acción instaurada por el demandante.

ANTECEDENTES:

1.- Dio origen al proceso la demanda formulada el 26 de febrero de 1986 por ALVARO PIÑEROS ACEVEDO, en su condición de heredero de la sucesión de GONZALO PIÑEROS ACEVEDO, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, con el objeto de que dicha entidad fuera declarada responsable de los perjuicios causados con ocasión de la afectación, con fines de expropiación, de la finca CANTARRANA, ubicada en el municipio de Granada (Meta).

A título de daño emergente pide que se condene a la entidad demandada al pago del valor de la finca junto con sus mejoras; como lucro cesante solicita el valor de los frutos dejados de percibir desde el momento en que la entidad demandada tomó posesión de la finca.

2.- En el libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos fundamentales:

A.- Que el INCORA, mediante la resolución No. 6380 del 24 de mayo de 1968 afectó con fines de expropiación el predio denominado CANTARRANA, el cual

pertenecía en dicho momento a GONZALO PIÑEROS ACEVEDO, quien lo había adquirido por compra que de él hizo mediante la escritura pública No. 8.521, del 1 de octubre de 1960 otorgada en la notaría sexta de Bogotá, y que el citado propietario falleció el 6 de febrero de 1977, habiendo otorgado testamento abierto a favor de ALVARO PIÑEROS ACEVEDO instituyéndolo como causahabiente en dicho predio.

B.- Que mediante las resoluciones Nos. 04199 y 179 del 12 de agosto de 1971 la misma entidad decretó la expropiación del predio y procedió a presentar demanda de expropiación ante el Juez Promiscuo del Circuito de Granada; demanda que fue admitida el 7 de octubre de 1977; y que el 29 de marzo de 1978 el predio fue recibido por el INCORA en diligencia de entrega anticipada practicada dentro del proceso de expropiación.

C.- Que por resolución No. 0187 del 13 de diciembre de 1979 la junta Directiva del Incora ordenó desafectar parcialmente el imueble y ordenó modificar la resolución de expropiación, sin que dicha resolución fuera cumplida por la misma entidad.

E.- Que el 18 de octubre de 1985 el tribunal superior de Villavicencio profirió sentencia inhibitoria en el proceso de expropiación.

F.- Que luego de obtener la posesión del predio, el Incora dispuso de él y lo adjudicó a varios particulares, colocándose de esta manera en imposibilidad de restituirlo a sus propietarios.

2.- La entidad demandada dio contestación a la demanda (Fl.99); propuso la excepción de caducidad de la acción y se opuso a las pretensiones formuladas.

Señaló que no era cierto que no se hubiera preocupado por restituir el área desafectada; que si dicha diligencia no se llevó a cabo fue por causa del Juzgado, que no ordenó su práctica. Expresó igualmente que, en caso de ser condenada, la indemnización debía limitarse al pago de las mejoras plantadas en el predio, pues sólo dichas mejoras afectadas con los actos administrativos proferidos por ella.

3.- El tribunal de primera instancia consideró que el término de caducidad de la acción de reparación directa instaurada, que es de dos años de acuerdo con el artículo 136 del C.C.A., se encontraba vencido al momento de la presentación de la demanda (26 de febrero de 1986), pues dicho término debía contarse a partir de la fecha en que el INCORA recibió la posesión del predio, esto es, a partir del 29 de marzo de 1978.

4.- Al sustentar su recurso de apelación la parte demandante señaló que el término de caducidad debía contarse sólo a partir de la fecha de la sentencia inhibitoria del tribunal superior de Villavicencio, dictada dentro del proceso de expropiación, pues "de haber concluído dicho proceso expropiatorio normalmente, es decir con sentencia de fondo, el predio CANTARRANA habría ingresado al patrimonio del Estado, pero su

propietario habría obtenido la justa contraprestación de ese sacrificio y en tal caso ninguna reclamación habría tenido que elevar el señor Alvaro Piñeros." (Fl. 319).

5.- La señora agente del Ministerio Público, doctora INES HURTADO CUBIDES, en su alegato de segunda instancia solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y el rechazo de la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada. Consideró que había lugar a condenar a la entidad demandada por los perjuicios ocasionados al demandante, pero que dicha condena debía hacerse en abstracto desechando el dictamen pericial que obra en el proceso, por cuanto éste no estimaba el valor del derecho lesionado.

6.- En el curso de la segunda instancia, las señoras HORTENSIA PIÑEROS RAMOS Y MARIA REBECA PIÑEROS ALONSO, que no tienen la condición de partes en el proceso, por conducto de apoderado judicial presentaron un escrito (fl. 366) en el cual solicitan que la indemnización que se ordene en la sentencia debe decretarse en favor de los sucesores de GONZALO PIÑEROS ACEVEDO, que son ALVARO PIÑEROS ACEVEDO, MARIA REBECA PIÑEROS ALONSO y HORTENSIA PIÑEROS RAMOS, para lo cual debe tenerse en cuenta la sentencia aprobatoria de la participación que se aportó con el escrito, en la cual se incluyó como único inventariado los derechos litigiosos de este proceso y como adjudicatarios a las personas antes citadas.

CONSIDERACIONES:

A.- LA CADUCICAD DE LA ACCION:

La sala comparte la posición tanto del recurrente como del ministerio público, en cuanto a que en el presente caso no se dio la caducidad de la acción.

La acción instaurada por el demandante es la de reparación directa y persigue obtener el pago de los perjuicios ocasionados por las acciones y omisiones del INCORA en el trámite de la expropiación de un predio.

La causa de dichos perjuicios consiste en que la entidad demandada, luego de haber ordenado la expropiación del predio, inició el proceso ante la jurisdicción civil con el objeto de que dicha expropiación fuera decretada judicialmente y que dentro del mismo se estimara el valor que debería pagar, como indemnización. Dicho proceso culminó con sentencia inhibitoria y la entidad demandada ni restituyó el predio al demandante ni le pagó ningún tipo de indemnización.

Es entonces a partir de dicho momento, esto es de la sentencia inhibitoria proferida en el proceso de expropiación, que debe comenzar a contarse el término de caducidad de la acción. Dictada dicha sentencia, el Incora debía o bien restituir el inmueble, o bien iniciar otro proceso de expropiación tendiente a fijar la indemnización que debía pagar por el predio expropiado.

El fundamento de la petición de reparación de perjuicios formulado en contra del INCORA consiste en sus acciones y omisiones dentro de todo el proceso de expropiación del predio CANTARRANA. Ese conjunto de actos y omisiones, que la jurisprudencia ha estimado como una operación administrativa, es la causa de los perjuicios reclamados por el actor; los daños sufridos por éste no se causaron simplemente con la entrega anticipada del predio al INCORA. El demandante tiene razón cuando señala que si el proceso expropiatorio hubiera terminado con sentencia de fondo en ella se habría reconocido la indemnización que dicha entidad debía cancelarle y por ende, mientras dicha sentencia no se hubiera proferido, no podía acudir a la jurisdicción administrativa.

B. LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Aparece probado en el expediente que:

A.- GONZALO PIÑEROS adquirió derechos sucesorales vinculados al predio CANTARRANA, mediante la escritura pública No. 239 del 6 de junio de 1958; que por escritura pública No. 2.375 del 3 de mayo de 1969 transfirió dichos derechos EMMA ACEVEDO PIÑEROS, quien transfirió nuevamente los derechos en el predio al primero, mediante la escritura pública No. 8.521 del 3 de mayo de 1968. (F. 145).

GONZALO PIÑEROS en realidad no era propietario del predio CANTARRANA. Era poseedor del mismo y titular de derechos sucesorales. En la escritura No. 8.251 de 1968, mediante la cual el predio le es transferido por EMMA ACEVEDO PIÑEROS, se señala que se transfieren mejoras, y "todos los derechos y ventajas que se derivan de la ocupación y posesión del terreno."

B.- El INCORA, mediante la resolución No. 04199 del 12 de agosto de 1971 (fl. 22), decretó la expropiación del predio denominado CANTARRANA, ubicado en el municipio de Granada; la extensión total del predio de acuerdo con dicha resolución es de 147-8.192 hectáreas, de las cuales se excluyeron 35 hectáreas.

En esta resolución se señaló que el propietario del predio no era GONZALO PIÑEROS; que la titular de derechos sobre el mismo era EMMA PIÑEROS, lo cual en realidad no era cierto pues, como quedó visto, ésta ya había vuelto a transferir sus derechos a aquel. Se indicó también que las inscripciones en el folio de matrícula inmobiliaria del predio no se referían a propiedad sino a ocupación y posesión de terrenos baldíos, por lo cual la expropiación versó no sobre la propiedad sino sobre las mejoras que se consideraron plantadas en los mismos.

En realidad la expresión "mejoras" fue indebidamente utilizada en esta resolución y conviene desde ahora precisarla. El Incora en esta resolución simplemente reconoce que ni GONZALO ni EMMA PIÑEROS eran propietarios del predio, sino que eran simples poseedores y titulares de derechos y acciones sucesorales. En consecuencia, el derecho que se ordena indemnizar es el derecho de posesión sobre el predio, no el

derecho de propiedad, porque ellos no eran titulares de dicho derecho. No se trataba, entonces, de indemnizar mejoras en terrenos baldíos, sino de indemnizar el derecho de posesión sobre el predio que era el que resultaba afectado con la expropiación.

C.- La resolución de expropiación fue notificada a GONZALO PIÑEROS ACEVEDO el día 10 de noviembre de 1971 (f.12 C. 2), quien falleció el 6 de febrero de 1977, y de acuerdo con el testamento obrante en el folio 28 del expediente, otorgado en la escritura pública No. 1.852 del 3 de diciembre de 1964 de la Notaría Primera de Villavicencio, instituyó como legatorio del predio objeto de la expropiación a su hermano, el demandante, ALVARO PIÑEROS ACEVEDO.

D.- El 28 de septiembre de 1977 el INCORA presentó en el Juzgado Promiscuo del Circuito la demanda de expropiación (fl. 13 C. 2), sobre el predio CANTARRANA, identificado en la resolución No. 04199.

E.- ALVARO PIÑEROS, en su condición ya indicada de causahabiente de GONZALO PIÑEROS, fue el único que compareció al proceso como demandado; se opuso a la solicitud de entrega anticipada del predio (F. 26 C.2); y dio contestación a la demanda (F.28), en la cual señaló residir en la finca objeto de la expropiación.

Simultáneamente formuló ante la gerencia del INCORA una petición de desafectación parcial del predio (fl.40), fundamentado en que sobre parte del mismo había celebrado contratos de aparcería con siete campesinos de la región: José Guillermo Useche, Juan de Jesús Cifuentes, Basilio Rueda, Luis H. Taborda, José Barrero, Luis Alberto Culma y Nazario Rey Cuéllar. Con su petición allegó los respectivos contratos, de acuerdo con la certificación que obra al folio 54 C.2 del expediente.

Con base en la petición de desafectación hecha ante el INCORA, el citado ALVARO PIÑEROS pidió al Juzgado que decretara la suspensión del proceso expropiatorio mientras dicha solicitud era resuelta. A esta petición se opuso el INCORA (fl.60 C.2), y el Juzgado decidió rechazarla en auto del 8 de mayo de 1978. (fl. 60 C.2 Vto.).

F.- El 20 de marzo de 1978 se llevó a cabo la diligencia de entrega del predio al Incora (f. 51 C.2), la cual obra en el folio 51 del cuaderno 2, como "diligencia de entrega de mejoras" del predio objeto de la expropiación. El citado ALVARO PIÑEROS ACEVEDO, alegando ser el "propietario" de la finca se opuso a la diligencia; señaló que tenía toda la finca explotada con cultivos de algodón, sorgo y maíz y alegó tener más de 25 años de explotación sobre la misma. El Juzgado no admitió su oposición, porque lo consideró como un poseedor inscrito frente al cual surtía efecto la resolución de expropiación.

G.- El 3 de diciembre de 1979 la junta directiva del INCORA profirió la resolución No. 0187, en la cual accedió a la desafectación del predio solicitada por ALVARO

PIÑEROS ACEVEDO, con excepción de un área de 70 hectáreas sobre las cuales se mantuvo la expropiación; en la parte resolutiva se ordenó modificar los actos administrativos de expropiación.

H.- Con base en dicha resolución, el INCORA presentó al Juzgado del Circuito de Granada una petición (fl. 76 C.2), en la cual señala que mantiene su petición de expropiación sólo sobre el área de 70 hectáreas que delimita en un plano y que solicita que el resto de la finca le sea devuelta a ALVARO PIÑEROS.

La misma petición de entrega del área desafectada fue realizada por el propio demandado en el proceso de expropiación.

El juzgado aplazó la decisión sobre la entrega del predio en autos del 28 de mayo (fl.77 Vto.), 29 de julio (fl80 Vto.), 10 de septiembre (fl.81 Vto.) y 26 de noviembre de 1980 (fl 86 Vto.).

I.- El 20 de octubre de 1982 el Juzgado Segundo del Circuito de Granada dictó sentencia inhibitoria, por ineptitud de la demanda; esta sentencia fue apelada y el tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de los emplazamientos; al rehacerse el procedimiento, el demandado ALVARO PIÑEROS ACEVEDO expresó al Juzgado que su intervención en el proceso la hacía como legatario del inmueble expropiado cuya posesión detentaba el INCORA desde la fecha de la diligencia de entrega y que en tal condición se allanaba a las pretenciones de la demanda, pidiendo que se avaluara el inmueble por el instituto Agustín Codazzi para efectos de determinar el monto de la indemnización a la cual tenía derecho.

J.- El 22 de febrero de 1984 el Juzgado Segundo del Circuito de Granada profirió sentencia de fondo (fl. 125), y decretó la expropiación de las "mejoras ubicadas en una zona de 70 hectáreas" del predio Cantarrana. Ordenó al INCORA entregar al demandado ALVARO PIÑEROS el área desafectada y la condenó *in-génere* a pagarle los perjuicios que le fueron ocasionados con la expropiación. Proferida la anterior sentencia se inició el trámite correspondiente al nombramiento de los peritos para los avalúos necesarios para dar cumplimiento al fallo. Dentro de dicho trámite, el 11 de julio de 1984 el apoderado judicial de ALVARO PIÑEROS solicitó se decretara la nulidad de lo actuado porque la sentencia no había sido consultada no obstante haber actuado en el proceso un curador *ad-litem.* El juzgado accedió a la petición y decretó la nulidad y su remisión al tribunal para la respectiva consulta. El INCORA interpuso reposición contra este auto por considerar que el único interesado en el proceso era ALVARO PIÑEROS, pues en el proceso de sucesión él era el único heredero reconocido, haciendo sólo falta el trabajo de partición. (fl. 163). El Juzgado no repuso el acto y ordenó la remisión del expediente al Tribunal Superior.

El Tribunal Superior de Villavicencio, en sentencia del 18 de octubre de 1985, dispuso inhibirse de fallar el proceso, considerando que no podía decretarse la expropiación sin que se hubieran proferido los actos administrativos que modificaran

la expropiación decretada inicialmente por el Incora y que fue modificada mediante la resolución que ordenó la desafectación parcial.

3.- De todo lo anterior deduce la Sala:

A.- Que el derecho que tenía el demandante sobre el inmueble CANTARRANA era un derecho de posesión y no un derecho de propiedad. Dicho derecho de posesión lo derivó de su hermano GONZALO PIÑEROS, quien lo instituyó en su testamento como legatario del predio y lo ejercía materialmente en el momento en que se llevó a cabo la diligencia de entrega anticipada del predio al INCORA.

El demandante residía en el predio; intervino en el proceso administrativo de expropiación; se opuso a la diligencia de entrega por tener explotada la finca con cultivos de maíz y sorgo; solicitó su desafectación parcial por haber celebrado contratos de aparcería sobre parte del bien; y, por último, compareció como único demandado durante todo el proceso civil de expropiación.

B.- Fue de este derecho de posesión, que a nombre propio ejercía el demandante sobre el inmueble, del que fue privado en la diligencia de entrega anticipada practicada por el Juzgado del Circuito de Granada (Meta), dentro del proceso de expropiación adelantado por el INCORA como consecuencia de la resolución No. 04199 que decretó la expropiación del predio.

C.- Antes de la diligencia de entrega, en la cual el demandante perdió la posesión del predio y que se llevó a cabo el 29 de marzo de 1978, el INCORA ya conocía la petición de desafectación que había formulado el mismo ALVARO PIÑEROS ACEVEDO; sín embargo se opuso a la suspensión del proceso, y recibió la posesión del predio.

Al ordenar la Junta Directiva de la entidad demandada la desafectación parcial del predio expropiado en la resolución No. 6187, expresamente dispuso que se modificaran los actos administrativos de expropiación, lo cual nunca se cumplió y el proceso continuó sin dichos actos, lo que determinó finalmente que se profiriera en segunda instancia sentencia inhibitoria.

Proferida esta providencia, el INCORA no realizó ninguna otra actividad. No profirió ningún acto administrativo de expropiación y menos inició un nuevo proceso expropiatorio. Tampoco pudo restituir el predio expropiado al demandante pues, tal como quedó demostrado en el proceso, sobre el mismo se hicieron 22 adjudicaciones y los adjudicatarios ejercen actualmente posesión del mismo, tal como se demostró en la diligencia de inspección practicada en el curso de la primera instancia.

D.- Así las cosas, resulta claro que el demandante fue privado de su derecho de posesión en el predio por la entidad demandada, la cual, en primer lugar, adelantó un proceso de expropiación irregular que condujo a una sentencia inhibitoria; insistió en la

entrega anticipada sin haber resuelto la solicitud de desafectación; no modificó los actos de expropiación; y adjudicó como predio baldío el mismo que había expropiado; y, en segundo lugar, suspendió dicho proceso, pues no tomó ninguna medida para solucionar la situación del demandante, ocasionándole evidentes perjuicios que hubieran podido ser solucionados con decisiones oportunas.

E.- Sobre este tipo de falla del servicio del INCORA, existe jurisprudencia reiterada de la sala. Así, en sentencia de 17 de diciembre de 1982 (Proceso 2686, Actor: David Calderón, ponente Carlos Betancur Jaramillo) se dijo:

> "Visto el hecho fundamental planteado en la litis (el Incora recibió provisionalmente parte de la finca La Esmeralda que venía en proceso de adquisición, y la entregó a los campesinos de la región, quienes constituyeron para su explotación una empresa comunitaria) puede afirmarse que el asunto ni técnica ni jurídicamente es de ocupación permanente, sino de responsabilidad extracontractual puro y simple."
>
> "El Incora inició un proceso de adquisición del inmueble La Esmeralda y cumplió sus trámites como operación administrativa hasta la expedición del acto de expropiación; el que sometido a consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila fue declarado sin efectos."
>
> "Si no se hubiera producido la entrega de parte del inmueble, los perjuicios no se habrían producido o serían mucho menores. Pero desde el 29 de septiembre de 1971 el doctor David Calderón "en su condición de propietario de la finca" hizo entrega al Incora de 75 hectáreas aproximadamente, correspondientes a los lotes "Remolino, Ceylán, Cafuche y la Cola (ver acta a folios 13 del C. No. 1). Ya con esos lotes en su poder, el Incora los cedió a los campesinos de la región y con su asesoría éstos constituyeron la empresa comunitaria La Esmeralda, la que ha venido explotando desde ese entonces las zonas recibidas."
>
> "Se solucionó así un problema social, el que hoy es prácticamente irreversible. La empresa funciona normalmente con la asesoría del Incora y con la ayuda del crédito estatal."
>
> "Todo venía dentro de la normalidad hasta que la expropiación fue considerada no viable; cerrándose así la posibilidad de la entrega definitiva del inmueble."
>
> "Como era obvio el propietario solicitó la restitución, prevalido no sólo de la constancia que había dejado en el acta de entrega (a folios 14, ordinal 4 del C. No. 1), sino en la invalidación del proceso de adquisición."
>
> "Pero, el INCORA, en una actitud incomprensible, alegó que nada tiene que devolver porque la constancia dejada en el acta le era inoponible."
>
> "Nadie puede dudar que la entrega se produjo a instancias del INCORA y para satisfacer un programa agrario; que el mismo Instituto propició el hecho de la ocupación y dio asesoría a los ocupantes para la creación de la empresa comunitaria."

"Muestran los hechos, entonces, que el propietario fue desposeído de parte de su finca en desarrollo de una operación administrativa de adquisición de la misma para un programa de ley agraria. Operación que se cumplió irregularmente y que por esa misma razón fue lesiva de los derechos de la parte actora."

"La responsabilidad en el derecho administrativo colombiano puede provenir de diversas fuentes, así: de un acto administrativo ilegal, en principio; de una operación administrativa igualmente ilegal, o sea de aquel conjunto de pasos procesales cumplidos por la administración para lograr un determinado cometido; de una operación material de ejecución; o de un hecho o abstención administrativa."

"En el caso concreto, los perjuicios nacieron de la irregularidad de la operación de adquisición, la que de haberse cumplido dentro de los marcos legales hasta su culminación en la expropiación no habría causado perjuicios. Claro que también podría calificarse toda la actuación administrativa como una falla del servicio."

Y, en sentencia del 3 de marzo de 1989, proferida en el expediente No. 2675, actor: Rómulo Trujillo y Cía. S.C. Molino La María, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

"...en algunos eventos de excepción los procedimientos cumplidos en forma irregular o con marcada ligereza también pueden ser fuente de responsabilidad como causantes del daño, máxime cuando con ellos se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas y cuando la culminación anormal de tales procedimientos no permite acciones de impugnación con efectos resarcitorios de perjuicios, tal como se observa en el caso *sub-júdice* en el que el proveído que desata la consulta no permite debate jurisdiccional alguno. Y tal como podría darse cuando el INCORA, sin razón valedera alguna, abandona de hecho los procedimientos de adquisición ya iniciados."

"Los propietarios rurales, en principio, dueños de ciertos predios están sometidos a la ley agraria. De allí que frente a ellos el INCORA pueda seguir procedimientos de adquisición de conformidad con la ley. En tal sentido tienen esos propietarios una carga igual y cuando el procedimiento se cumple dentro del ordenamiento y el bien pasa al Instituto, no se puede hablar propiamente de perjuicios por el sólo hecho del procedimiento así cumplido."

"Pero cuando a un propietario se le somete a un procedimiento irregular, con ausencia de estudios previos de factibilidad, con ligereza o carente de seriedad y por eso resulta fallido, luego de lapso de tiempo más o menos largo, se rompe ese principio de igualdad y deberá ser indemnizado si se demostraren los perjuicios que afirma sufrió."

"Considera la sala que los recursos establecidos en la ley y que pueden interponerse durante el trámite del proceso de adquisición controlan la legalidad

de la actuación pero no sirven para obtener el resarcimiento de perjuicios, los que se pueden empezar a causar desde que se inscribe en la Oficina de Registro correspondiente la resolución que inicia el proceso de adquisición; inscripción que tiene el efecto, en la práctica, de sacar el bien del comercio."

"Efecto reparador que ni siquiera se lograba con la decisión final del Tribunal que lo declaraba inexpropiable, porque este organismo sólo definía si el bien era expropiable o no y nada podía disponer en relación con los perjuicios que ese procedimiento hubiera podido causar."

"En síntesis:

"1.- Los procedimientos agrarios seguidos regularmente por la administración y que cumplen el cometido querido por la ley no pueden ser, en principio, causa de perjuicios y por ende de responsabilidad.

2.- En cambio cuando ese procedimiento resulta fallido, podrá ser fuente de perjuicios, siempre y cuando la impugnación de esa decisión final no permita el resarcimiento de tales perjuicios mediante una acción de restablecimiento; perjuicios que no se presumen por el sólo hecho de ser fallido, sino que deberán acreditarse dentro del proceso.

3.- La responsabilidad surgirá así del resultado final causado por las irregularidades en su procedimiento o por la cesación de hecho e intempestiva del mismo, como consecuencia inmediata del quebrantamiento del principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas.."

"..c) Los supuestos de la responsabilidad.

Para el caso propuesto serán: el procedimiento irregular fallido; el perjuicio causado y la relación de casualidad entre éste y aquél."

"El procedimiento seguido por la administración con determinado objetivo (operación en sentido lato como la serie de pasos o trámites cumplidos para la expedición del acto administrativo definitivo) por el sólo hecho de su cumplimiento no produce perjuicios ni se presume legalmente que los cause. Y ni siquiera ellos se presumen cuando ese procedimiento resulte fallido o termine anormalmente. Pero esta circunstancia sí puede dañar a alguien en particular. Por eso cuando tal evento se da y el acto final no permite impugnación en acción de restablecimiento, deberá establecerse el procedimiento cumplido y el perjuicio que ese accionar de la administración produjo para comprometer la responsabilidad de ésta..."

D.- Aplicados los principios anteriores al caso *sub-júdice,* el cual tiene con los anteriores una notoria similitud, resulta claro que el INCORA incurrió en falla del servicio en la operación administrativa de expropiación del predio CANTARRANA, de cuya posesión fue privado el demandante.

No se trata pues de afirmar que el acto expropiatorio fue ilegal. El INCORA tenía dicha potestad y el demandante debía soportar tal carga. Ello es tan cierto que éste, como quedó dicho antes, se allanó a la pretensión de expropiación formulada ante la jurisdicción civil por el Incora, pues en dicho proceso debía fijarse el monto de la indemnización que debía recibir. Pero este proceso terminó con sentencia inhibitoria, causada precisamente por la conducta irregular del INCORA que desafectó parcialmente el inmueble y no profirió un nuevo acto de expropiación que la sustentará; sentencia inhibitoria contra la cual no procedía ningún tipo de recurso judicial.

Frente a dicha sentencia inhibitoria y al hecho incontrastable de que el INCORA no estaba en capacidad de restituir el predio porque había hecho sobre él adjudicaciones como si fuera baldío, resulta claro que el demandante perjudicado, que perdió la posesión del predio por dicha operación administrativa irregular, encuentra en ella la fuente de responsabilidad de la administración que lo legitima para reclamar el pago de los perjuicios sufridos.

E.- Por último, esa actuación de la administración que ocasionó perjuicios al demandante lo legitima, en su condición de poseedor (lo que permite presumir que el predio no era bien baldío) para reclamar la indemnización de perjuicios sufridos. Y su legitimación se deriva aquí de su condición de poseedor material del predio pues la ley no sólo protege el derecho de propiedad sobre las cosas sino que expresamente ampara el derecho de posesión (art. 2.342 C.C., en concordancia con las leyes agrarias). Es con base en dicho derecho, derivado inicialmente de la Ley 200 de 1936 (art. 1o.) le serán reparados sus perjuicios en aplicación del principio de *iurit-novit curia* aplicado reiteradamente por la sala en estos asuntos.

La reparación a la que tiene derecho el actor no deviene pues de su condición de heredero de GONZALO PIÑEROS ACEVEDO; no se trata de un derecho otorgado por el mencionado causante, razón por la cual no es atendible la petición formulada por sus herederos y que obra al folio 366 del expediente.

PERJUICIOS

Hechas las advertencias acerca de la indebida utilización del término mejoras en la resolución de expropiación, para la Sala resulta claro que el demandante perdió definitivamente la posesión del predio por la operación administrativa de la entidad demandada; y, por ende, la reparación del perjuicio, a título de daño emergente, no puede ser otra que el valor del mismo. Comparte la Sala la apreciación expresada en el proceso de expropiación por uno de los peritos encargados de avaluar el predio, quien expresó sobre el punto que "aunque la diligencia era de entrega de mejoras, el acta no menciona qué mejoras se entregaron. Lo cierto es que se entregaron los terrenos sin mencionar ni describir una sola de las mejoras existentes en el predio...mi avalúo comprende el valor de éste (el terreno) sin que me toque calificar si es o no de propiedad privada. Vale decir, mi avalúo versará sobre el mismo objeto que le fue entregado por el Juzgado al Incora."

Dicho valor fue estimado pericialmente en el proceso, para el día 10 de julio de 1989 (f. 221) en la suma de $81'300.560.00. La objeción por error grave formulada a dicho dictamen por la entidad demandada no tiene prosperidad en la medida en que en el nuevo dictamen, rendido en el curso de la objeción el valor del predio, es determinado en la suma de $100'900.000.00.

Se tomará, entonces, la suma de $81'300.560.00 como valor del predio cuya posesión perdió el demandante y como valor del daño emergente que debe ser reparado por la entidad demandada. Esta suma se actualizará desde la fecha del dictamen hasta la de la presente sentencia. Sobre el valor histórico, se causarán intereses legales a la tasa del 8% anual, que de acuerdo con el artículo 62 de la ley 135 de 1961 debe pagar el INCORA por sumas adeudadas en caso de expropiación de tierras adecuadamente explotadas, que es el caso del presente proceso, de acuerdo con lo expresado en la resolución de expropiación.

A dichos intereses se limita el lucro cesante al que tiene derecho el demandante, pues la entidad demandada estaba legitimada para decretar la expropiación y por esta vía adquirir la posesión del predio; la obligación que para ella surgía era la de pagar el valor del predio expropiado y sobre ese valor, que se paga actualizado, sólo procede el pago de los intereses legales ya mencionados.

LIQUIDACIÓN

Daño emergente:

El valor de la finca expropiada, estimado parcialmente en la suma de $81.300.560.00, se actualizará, desde la fecha del dictamen perecial (10 de julio de 1989), hasta la fecha de la presente sentencia, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{I\ Final\ \ (agosto/94)}{I\ Inicial\ \ (julio/89)}$$

Donde Vp es igual a valor presente ; Vh valor histórico. I Final, índice final, aquel certificado por el Dane a la fecha de esta sentencia; e I F, aquel certificado por el Dane al momento del dictamen.

$$Vp = \$81'300.560.00 \ \frac{379.62\ \ (Agosto/94)}{116.77\ \ (julio/89)}$$

Vp = $264'308.628.80

Sobre el valor histórico de $81.300.560.00, se calculan intereses legales a la tasa del 8% anual desde el 10 de julio de 1989, hasta el 13 de octubre de 1994, esto es 5 años, 3 meses y 3 días, esto es 63.1 meses, lo cual arroja la suma de $34.146.235.19

Recapitulación:

Por daño emergente:	$264'308.628.80
Por lucro cesante	$ 34'146.235.19
Total	$298'454.863.99

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.- Revocáse la sentencia proferida por el tribunal administrativo del Meta el 26 de octubre de 1993.

2.- Declárase administrativamente responsable al INCORA de los perjuicios ocasionados al demandante ALVARO PIÑEROS ACEVEDO, con ocasión de la operación administrativa de expropiación del predio CANTARRANA.

3.- Condénase a la entidad demandada a pagar al demandante ALVARO PIÑEROS ACEVEDO, como perjuicios materiales la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON 99/100 ($298.454.863.99).

4.- Efectuado el pago se protocolizará copia ejecutoriada de esta sentencia, junto con el comprobante de pago; documentos éstos que harán las veces de título en favor del Incora y éste lo hará inscribir en la Oficina de Instrumentos Públicos correspondiente.

5.- La suma a que se refiere esta condena devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios de ahí en adelante.

Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídase copia auténtica de las sentencias, con constancia de ejecutoria, para las partes, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del código de procedimiento civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. Publíquese en los Anales.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 3 de noviembre de 1994.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la responsabilidad administrativa en los casos de proceso de expropiación de predio adelantado por el INCORA cuando el propietario del mismo es desposeído por operación administrativa irregular contenidas en las sentencias 17 de diciembre de 1982 (proceso 2686; Actor: David Calderón, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, y en sentencia 3 de marzo 1989, proferida en el expediente No. 2675, Actor: Rómulo Trujillo y Cía. S.C. Molino de la María, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

CONTROVERSIA CONTRACTUAL/NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO/ACCION DE POLICIA

El artículo 45 de la Ley 80 de 1993 consagró que la nulidad absoluta de los contratos puede ser alegada por "cualquier persona", convirtiendo en popular una acción que, bajo la legislación anterior, estaba restringida a las partes, a sus causahabientes, al ministerio público y al tercero que acreditase interés directo en el contrato

ACTO ADMINISTRATIVO-Características/**CONTRATO ESTATAL**-Características

Los actos administrativos unilaterales, como expresión de las sóla voluntad de la función administrativa del Estado, difieren de los contratos estatales (actos jurídicos bilaterales), en su contenido, en su forma, en el procedimiento para su formación, en sus mecanismos de control... etc. La esencia del acto administrativo radica en que es la expresión de una sola voluntad: la del Estado, en ejercicio de su función administrativa o de los particulares por delegación suya. Tal característica no sufre mengua por la participación de los particulares en la producción del acto a través de mecanismos de concertación, del ejercicio del derecho de petición o de la necesidad de aceptación del interesado, circunstancias que aparentemente restarían unilateralidad al acto administrativo. El contrato, en cambio, nace de la fusión de voluntades frente a prestaciones, contrapuestas (contratos de contra prestación) o frente a propósitos comunes (contratos de colaboración); una de tales voluntades, al menos, será la del Estado o de una persona jurídica de derecho público, correspondiendo la otra, generalmente, a un particular.

SUSPENSION PROVISIONAL/NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación/ **ACTO ADMINISTRATIVO**-Suspensión de sus Efectos

Cuando el artículo 238 de la Constitución Política establece que "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial", se está refiriendo de modo exclusivo a los actos administrativos unilaterales y a la doble acción que tiene prevista la ley para impugnarlos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expediente No. 10069. Actor: Luis Mario Duque. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte actora en contra del auto de 10 de junio de 1994 proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto decidió "Negar la suspensión provisional del contrato contenido en la Escritura Pública número 4656 de diciembre 1o. de 1989 de la Notaría Novena del Círculo de Cali" (fl. 225 C.1).

Dice el Tribunal sobre el particular:

"Como en el contexto de la demanda se está solicitando la SUSPENSION PROVISIONAL del contrato contenido en la Escritura Pública número 4656 del 1o. de diciembre de 1989 otorgada en la Notaría Novena de Cali, la Sala habrá de pronunciarse sobre su pertinencia y procedibilidad.

"Sustenta su petición el accionante en la consideración de que el contrato es violatorio del artículo 63 de la Constitución Nacional pues se dispuso de un bien de uso público con una empresa particular.

"Así mismo, sostiene que es violatorio de los artículos 378 y 381 del Código Fiscal del Municipio de Cali y el 167 del Código de Régimen Municipal.

"Según lo dispone el artículo 238 de la Constitución Nacional, la jurisdicción contenciosa administrativa puede suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos que sean suceptibles de impugnación por vía judicial.

"De la disposición comentada se establece que sólo es posible la suspensión provisional de los actos administrativos que sean controvertidos ante la jurisdicción mediante el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

"Igual prescripción contiene el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 31 del decreto 2304 de 1989.

"El actor pretende la suspensión provisional de un contrato celebrado entre la administración pública municipal y un particular, al parecer justifica su petición quizás asimilando el contrato con un acto administrativo.

"Definiendo sencillamente el acto administrativo tenemos que es una decisión de la administración que produce efectos de derecho. Para el Código Contencioso Administrativo son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

" El contrato, así sea celebrado por una autoridad pública, se constituye en un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos también en derecho.

"El contrato, así contenga cláusulas exorbitantes es un acto jurídico más no podrá válidamente tipificársele como acto administrativo, pues no contiene exclusivamente la expresión de la voluntad del ente público, como si se presenta en el acto administrativo.

"Entonces en el asunto*sub-júdice* por no ser el contrato cuya nulidad se solicita, un acto administrativo, habrá de denegarse la petición de suspensión provisional por el demandante." (fls. 223 a 225 C I)

El actor quedó inconforme con lo decidido por el *a-quo*, por razones que expone de esta manera:"1) El objeto de la acción de nulidad es ANULAR todos los actos administrativos transgresores del órden jurídico.

"2) La medida cautelar de la suspensión provisional no puede estudiarse en forma aislada de la acción de nulidad. Siempre forma parte de ésta.

"3) La ley 80 de 1993 cambió la competencia para conocer las nulidades absolutas de los contratos de la administración y atribuyó su competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa.

"4) Si la jurisdicción contenciosa administrativa conoce de las NULIDADES ABSOLUTAS de los CONTRATOS ESTATALES no existe razón jurídica para sostener que no se puede acceder a la SUSPENSION PROVISIONAL de un contrato absolutamente nulo.

"5) Aceptar la tesis del Tribunal significa que debe esperarse el fallo definitivo de nulidad absoluta de un contrato estatal y que en determinado momento el contrato cumpla con su finalidad.

"6) Para el caso concreto, se permutó un bien de uso público del municipio de Cali con una empresa particular. Esta empresa puede adelantar los trámites para urbanizar el terreno y construir una urbanización. Cuando el fallo definitivo se produce, en el bien de uso público existiría un conjunto residencial. Se pregunta entonces cómo se cumple el fallo de nulidad absoluta?

"En la interpretación del Tribunal esta sería la tesis de aplicar, lo cual desnaturaliza la medida cautelar.

"CONCLUSION

"Si la Ley 80 de 1993 atribuyó la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la nulidad absoluta de los CONTRATOS ESTATALES en cualquier tiempo, también es competente para pronunciarse sobre la suspensión provisional, siguiendo el aforismo "**el que puede lo más, puede lo menos**" (fl. 231 a 232 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

Es cierto que el artículo 45 de la ley 80 de 1993 consagró que la nulidad absoluta de los contratos puede ser alegada por "cualquier persona", convirtiendo en popular una acción que, bajo la legislación anterior, estaba restringida a las partes, a sus causahabientes, al ministerio público y al tercero que acreditase interés directo en el contrato (art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto-Ley 2304 de 1989).

Esa innovación, sin embargo, no permite - por sí sola - deducir el cambio de la naturaleza de la acción ni la del acto jurídico comprometido ni la introducción de la figura de la suspensión provisional para los contratos estatales.

En efecto:

a) Los actos administrativos unilaterales, como expresión de la sola voluntad de la función administrativa del Estado, difieren de los contratos estatales (actos jurídicos bilaterales), en su contenido, en su forma, en el procedimiento para su formación, en sus mecanismos de control ... etc.

La esencia del acto administrativo radica en que es la expresión de una sola voluntad: la del Estado, en ejercicio de su función administrativa o de los particulares por delegación suya. Tal característica no sufre mengua por la participación de los particulares en la producción del acto a través de mecanismos de concertación, del ejercicio del derecho de petición o de la necesidad de aceptación del interesado, circunstancias que aparentemente restarían unilateralidad al acto administrativo.

El contrato, en cambio, nace de la fusión de voluntades frente a prestaciones, contrapuestas (contratos de contra prestación) o frente a propósitos comunes (contratos de colaboración); una de tales voluntades, al menos, será la del Estado o de una persona jurídica de derecho público, correspondiendo la otra, generalmente, a un particular.

El profesor Miguel Angel Bercaitz explica así la diversa naturaleza de estas dos formas de la acción administrativa.

"Al hablar de la actividad jurídica de la administración pública, hemos dicho que es preciso analizar si el concurso de la voluntad del sujeto que se vincula con ella actúa solamente en forma de petición o si concurre realmente como elemento esencial de su creación.

"Si lo primero, el acto se realiza por la Administración sin intervención alguna del particular que permanece ausente en todo el proceso de su elaboración. Por eso, la petición del particular es sólo una condición para el nacimiento del acto y nada más.

"Si lo segundo, en cambio, la voluntad del particular actúa en toda la elaboración del acto: es parte esencial en él, se combina con la voluntad de la administración persiguiendo fines contrapuestos a los de ésta. No puede entonces decirse, en este caso, que la voluntad del particular sea un elemento accesorio, una condición que da eficacia al acto, y nada más. Al contrario, de la intervención de esa voluntad depende que el acto exista o no.

"El acto unilateral del Estado no puede confundirse con el acto mediante el cual manifiesta su voluntad coincidente con la de un particular para la ejecución de un hecho. En el primero actúa con la plenitud de su *imperium*, en función de soberanía, como dice Jellinek. Como tal, tiene un poder incondicionado, limitado por él mismo, de interpretar y de imponer directamente la ejecución de lo requerido, poder al cual el individuo no puede sustraerse.

"En los actos bilaterales, en vez, el Estado puede establecer relaciones de evidente superioridad jurídica sobre su contratante, pero la fuente de sus derechos ya no es entonces su *imperium*, sino la voluntad del particular que ha aceptado hacer o no hacer, dar o recibir, esto o aquello, mediante tales o cuales condiciones fijadas, poco importa, unilateralmente por el Estado, o previa deliberación por ambos.

"Cuando el Estado, conforme al ordenamiento jurídico de su estructura, no puede unilateralmente obligar a los particulares a hacer o no hacer, a dar o recibir, no hay duda de que para lograrlo se ve obligado a solicitar su prestación voluntaria. Esta prestación origina a su vez la contraprestación correlativa que debe acordarse conmutativamente por la Administración al administrado, con lo cual se satisfacen los intereses opuestos perseguidos por ambas partes. Puede sostenerse entonces que este acto es unilateral?

"Al contrario, cuando el Estado posee la facultad de su organización normativa de realizar unilateralmente actos que generan o abrogan derechos de los particulares, es evidente que actúa en forma completamente distinta de la otra hipótesis, aun cuando el acto sólo pueda ejecutarse a petición de la persona que va a ser regida por él. Aquí, en este caso, no existen voluntades que se funcionan, ni prestación ni contraprestación, ni intereses opuestos. Existe sólo un particular

que peticiona se le otorgue un permiso, una licencia, una autorización, una admisión, una certificación, gratuitamente o mediante el pago de una tasa, contribución o gravamen, conforme a un ordenamiento normativo preestablecido unilateralmente por el Estado. Puede entonces sostenerse en este caso que estamos frente a un acto bilateral?." (Teoría General de los Contratos Administrativos - Ed. Depalma - 1980 - págs. 169 a 171).

b.- De esta naturaleza diversa emergen los distintos sistemas de control judicial: las acciones de nulidad (artículo 84 del C.C.A.) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 *ibídem*), para los actos administrativos unilaterales, excepción hecha de los denominados actos contractuales (artículo 77 de la Ley 80 de 1993) y las acciones contractuales (artículo 87 del C.C.A.) para los contratos estatales.

c.- Por las razones antedichas, cuando el artículo 238 de la Constitución Política establece que "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial", se está refiriendo de modo exclusivo a los actos administrativos unilaterales a la doble acción que tiene prevista la ley para impugnarlos (arts. 84 y 85 del C.C.A.).

d.- La acción de nulidad absoluta de los contratos no es nueva; en el C.C.A., se consagró desde 1984, existiendo ya de antes.

La modificación del artículo 87 del C.C.A. radica en la titularidad de la misma; estaba restringida con anterioridad y ahora se extiende a toda persona.

Pero no tiene el alcance de cambiar la naturaleza de la acción; ésta continúa siendo contractual, vale decir, de aquellas previstas en el artículo 87 de dicho código, distinta de la acción de nulidad (artículo 84) que establece la ley como mecanismo de inpugnación de los actos administrativos unilaterales.

Esta precisión es importante, por ejemplo, para la determinación de la caducidad de la acción: este fenómeno subsiste para la acción de nulidad absoluta de los contratos, en los términos del artículo 136, vale decir en el término de dos años, en tanto que la acción de nulidad de los actos administrativos carece de caducidad.

e.- En síntesis: acto administrativo unilateral y contrato estatal, si bien los dos constituyen formas de actividad administrativa, guardan entre sí sustanciales diferencias; la disposición de la ley que hace popular la acción de nulidad absoluta de los contratos, no está identificando las dos instituciones jurídicas ni unificando su régimen de control jurisdiccional; la suspensión provisional es una medida cautelar prevista por la Constitución Política y la ley para los actos administrativos unilaterales y no para los contratos.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

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 17 de noviembre 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.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Ejercicio/NORMA CONSTITUCIONAL/ VIOLACION DIRECTA

En el ejercicio de la potestad reglamentaria la única violación que hace procedente la acusación recae sobre el texto constitucional; en procesos de esta naturaleza no hay lugar a anulación por violación indirecta de la Carta Política o de la ley.

POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria se ejerce para la debida ejecución de las leyes, como lo establecía el art. 120-3 del texto Constitucional de 1886 y así lo prevé el art. 189-11 de la Carta Política vigente. Ella es de suyo una actividad inherente a la función administrativa atribuída al ejecutivo; omitirla o extralimitarse en su ejercicio, comporta una violación de la Constitución Política. La potestad de expedir las órdenes, resoluciones y decretos para la cumplida ejecución de las leyes debe ceñirse no sólo al espíritu de la ley que reglamenta, sino a su letra y materia.

HIDROCARBUROS/PROPIEDAD DEL ESTADO

El artículo 202 de la Carta Política, imperante en la fecha que se expidió la normatividad demandada, disponía que pertenecen a la República de Colombia los baldíos, minas y salinas que venían perteneciendo a los Estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la nación a título de indemnización. La Ley 20 de 1969, arts. 1o. y 13o., concordante con la orientación política fijada en la Carta Consti-

tucional, reafirma el principio de que todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, sin desmedro de los derechos constituidos a favor de terceros, con la salvedad de que la excepción únicamente se refiere a las "SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS Y CONCRETAS DEBIDAMENTE PERFECCIONADAS Y VINCULADAS A YACIMIENTOS DESCUBIERTOS".

YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS-Descubrimiento/SUBSUELO PETROLIFERO/DERECHOS ADQUIRIDOS

Si bien cuando se introdujeron las demandas, la legalización nacional no tenía precisado en qué condiciones se entendía que un yacimiento de hidrocarburos ya había sido descubierto, lo cual sólo vino a hacerse con la Ley 97 de 1993, también es cierto que en la materia que se analiza sólo puede hablarse de derechos adquiridos cuando ellos recaen sobre un depósito petrolífero cuya existencia es comprobada por haber sido identificado en forma tangible y estar poseído físicamente. Indudablemente, los yacimientos se descubren a través de los sistemas propios de la exploración y explotación de hidrocarburos y su prueba sólo se logra como lo consagra la norma en cuestión "mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluídos".

EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS-Procedimiento

El artículo 3o., del Decreto 1994, no desborda la ley que dice reglamentar y mantiene en esencia la misma redacción que sobre la materia traía el artículo 2o., del Decreto 797 de 1971, por el cual también se reglamentaba la Ley 20 de 1969 en relación con los hidrocarburos. En la norma en cuestión se dispone que a la solicitud de autorización de explotación de petróleo en yacimientos cuya propiedad pretendan los particulares, el interesado debe acreditar: a) La existencia de un título específico de adjudicación de los hidrocarburos como mina, otorgado conforme a las disposiciones legales vigentes a la fecha de su expedición y que no haya caducado. b) La existencia de un fallo que reconozca o declare el derecho de los interesados en la propiedad de los hidrocarburos que existan en el predio objeto de la petición y c) En armonía con la Ley 20 de 1969, que el yacimiento material del pedimento haya sido descubierto en fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley, es decir, antes del 22 de diciembre de 1969. Ninguna incongruencia hay entre la ley reglamentada y el inciso final de la disposición que se examina, en cuanto dispone que las solicitudes que en ese sentido se hagan se tramitarán por el

procedimiento consagrado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, por este el estatuto que regulaba en su totalidad la actividad de búsqueda y explotación de yacimientos petrolíferos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Referencia: Expedientes No. 6072-5942-5959-6117-6140-6321 y 6364. (Acumulados). Actor: José María del Castillo y Otros.

Cumplido el trámite procesal de la ley, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, resuelve la Sala los procesos de la referencia iniciados en virtud de las demandas presentadas por JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA, ALBERTO RESTREPO, RESTREPO ANDRES E. ESPINOSA, MARGARITA RICAURTE RUEDA, HECTOR R. RODRIGUEZ PIZARRO y OTRO, ALFONSO CHARRIA ANGULO y ANTONIO ESPINOSA GARCIA.

ANTECEDENTES PROCESALES

Los actores en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art.84 del C.C.A, piden que previas las formalidades propias del procedimiento ordinario, con citación y audiencia de la Nación-Ministerio de Minas y Energía, lo mismo que del agente del Ministerio Público se declare, por ser inconstitucionales e ilegales, la nulidad de diversas disposiciones que integran el articulado del Decreto No. 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969.

En cada caso, las normas acusadas, las disposiciones violadas y el concepto de la violación se concretan a lo siguiente:

Expediente No. 6072:

Normas acusadas:

a.- El art. 1o., en el aparte que dice: "...y que el 22 de diciembre de 1969 (en que entró en vigencia la disposición reglamentada) esas situaciones estuvieron vinculadas a yacimientos descubiertos."

b.- El art. 3o. ord. "C"

Disposiciones violadas: Los artículos 30, 120-3 y 202 de la C.N., así como los artículos 1 de la Ley 20 de 1969 y 28 de la Ley 153 de 1887.

Concepto de la violación.

Según el actor, las normas violadas:

"...nos muestran que el legislador en materia de hidrocarburos, frente a aquellos derechos constituidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, consideró que tenía plena validez siempre y cuando se estuviera frente a una sentencia judicial ejecutoriada. No se requería acreditar la existencia de un yacimiento descubierto por cuanto esta exigencia sólo es procedente frente a aquellos derechos constituidos con posterioridad a la sanción de la Ley 20 de 1969..."

""No obstante lo hasta aquí señalado, con la expedición de los actos acusados, se desconoció el carácter no retroactivo de la ley y se le condicionó a los titulares de derecho consolidados con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, su ejercicio con una nueva exigencia: que se acreditará la existencia de un yacimiento descubierto y que este hecho hubiera ocurrido con anterioridad a la fecha de la sanción de la Ley 20 de 1969.

""Como salta de bulto, esta exigencia en ningún momento la consagró la ley que se pretendió reglamentar, y, bien por el contrario contradice en forma flagrante lo que la Ley 20 de 1969, había dispuesto frente a los derechos constituidos en favor de terceros, antes de la vigencia de la referida ley..."

""Además es evidente que el Gobierno Nacional se excedió en la potestad reglamentaria que el art. 120-3 de la carta le entregó, en vista de que un acto expedido con base en las citadas atribuciones, sólo puede desarrollar la ley, como tantas veces lo ha precisado la jurisprudencia de esa H. Corporación, y no atribuirse competencias que son propias del Congreso de la República como en forma ilegal se pretende con los actos acusados" (fls. 315 a 316 C.l).

Expediente No. 6321:

Normas acusadas: El art. 4o.

Norma Violada: El art. 71 del C.C.

Concepto de violación.

Según el libelista:

"...dicha norma que integra con el art. 72 el capítulo 6o. del Título Preliminar del Código Civil es la única regulación legal sobre el modo o manera de hacer cesar los efectos de una ley, que debe entenderse en sentido material, o sea como norma abstracta, impersonal y objetiva.

""Y como ya se vio de acuerdo con el diccionario de la Real Academia "derogar" es "abolir, anular una cosa establecida como ley o costumbre. Destruir, **reformar".**

"El Artículo 71 del Código empleó la palabra "DEROGACION" tres veces al disponer la forma de terminar con los efectos de una ley.

""Y evidentemente no menciona el término "SUBROGARA" con medio distinto de cambio de una norma por otra.

""Así las cosas mal podía el señor Presidente de la República al pretender hacer cesar la normatividad de los artículos 1o. 2o. y 3o., del Decreto 797 de 1971, abstenerse de derogarlos expresamente, o tácitamente por la expedición de nuevas normas que no se conciliarían con ellos, pasando a "SUBROGARLOS" sin infringir el artículo 71 del código Civil, infracción que conlleva necesariamente el desbordamiento de la potestad reglamentaria puesto que no puede lograrse la cumplida ejecución de las leyes desbordando alguna de ellas."(fl. 310 C1).

Expediente No. 5959

Normas acusadas:

a.- El artículo primero, en la expresión que dice:

"Y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos."

b.- El artículo 2o.

c.- Artículo 3o., ordinal c).

Disposiciones violadas:

Según el actor, con ellas se violan los arts. 16, 30, 34 y 120-3 de la C.N.

Concepto de la violación:

Aduce el actor que el ordinal 3o. del art. 120 del texto constitucional que rigió en el país hasta 1991 consagra como atribución exclusiva del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria.

"Esta atribución no la autoriza para ampliar, restringir, o modificar la ley que reglamenta, ni para contrariar normas constitucionales o legales so pretexto de reglamentarlas.

"Por eso, al confrontarse el Artículo Primero de la Ley 20 de 1969 que se pretende reglamentar con el artículo primero del decreto 1994 de 1989, se concluye que la parte final del texto transcrito excede los términos de la ley, al decir algo que la ley no dijo, ni para lo cual estaba autorizado para decir el ejecutivo, por cuanto el texto del artículo primero de la ley no estableció "que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos..."

"....."

"a. Este artículo segundo viola en su integridad el artículo 35 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), los cuales establecen que "la exploración superficial será libre" y que:

"Toda persona natural o jurídica que pretende efectuar exploraciones con perforación en busca del petróleo que repute como de propiedad privada, o explorar dicho petróleo, deberá dar aviso al ministerio respectivo acerca de la persona para quien vaya a hacerse las exploraciones o explotaciones, la extensión y los linderos del terreno en que hayan de efectuarse y el día en que deban iniciarse. Al aviso deberá acompañar las pruebas que demuestren el derecho a extraer el petróleo que se encuentra o pueda encontrarse en aquel terreno, junto con un plano topográfico del perímetro de la respectiva propiedad".

""...En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que obligue al titular de un derecho privado sobre el subsuelo petrolífero a perforar un pozo para descubrir un yacimiento..."

"Refiriéndose al literal c) del artículo 3o. del Decreto 1994 de 1989, dice el demandante:

"a. Es principio de nuestro derecho de que la ley no rige sino para el futuro. Como bien lo ha dicho el Consejo de Estado en la Consulta del 15 de junio de 1988, "es la antigua ley la que se aplica a los requisitos de adquisición del derecho, y es la nueva ley la que gobierna el ejercicio, cargas y extinción de ese derecho, y como la vinculación a yacimientos descubiertos es un nuevo requisito de la nueva ley, la procedencia o improcedencia de aquel requisito en los casos ya reconocidos **"definitivamente"**, a la luz de la legislación anterior, ha de juzgarse con sujeción al antiguo régimen jurídico y no con sujeción al nuevo." (fls.311 a 314 C.1).

Espediente No. 6140:

Normas Acusadas:

El aparte 5o. , de los considerandos, lo mismo que los arts. 1o., 2o., 3o. y 4o.

Disposiciones violadas:

Los artículos 16, 30,32, 34 y 120-2-3 y 215 de la Carta Política que imperó en Colombia hasta 1991; los artículos 4, 2, 5, 19, 35, 36, 181 del Código de Petróleos; los artículos 1o., tanto de las Leyes 10 de 1961 y 20 de 1969; el art. 56, literal "e" de la Ley 1a. de 1984; los artículos 160 y ss. del Decreto-Ley 624 de 1989; los artículos 3, 12, 18-2 y 28 de la Ley 153 de 1887; los artículos 14, 16, 25, 1532 y 1535 del C.C. y; los artículos 58 y 240 del C. de Régimen Político y Municipal.

Concepto de la Violación:

En síntesis, el actor como fundamento del concepto de la violación, arguye que el "artículo 3o. literal c), expresa que:

"...el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969" lo que es incontestable contrario al texto del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 que expresa que la vinculación de" yacimiento descubierto" a la situación individual, subjetiva, concreta y perfeccionada debe ocurrir "a partir de la vigencia de la presente ley". Es decir, **después** de su promulgación que fue el 22 de diciembre de 1969.

"...Como se expresó arriba, en la precisión A, la prueba exigida en el artículo 3o. literal c) del reglamento 1994 es una condición o requisito retroactivo, por cuanto se exige en período anterior a la vigencia de la Ley 20 de 1969, que prescribe una excepción a partir de la fecha de su promulgación. Incorporar dentro de los requisitos perfeccionantes de los derechos adquiridos por terceros sobre el subsuelo petrolífero, la prueba de "un yacimiento descubierto" con **anterioridad** a la disposición legal que lo prescribe para el futuro, es imponer una condición positiva que debe haberse cumplido en el pretérito..."

"...Ni la ley, ni mucho menos el reglamento, pueden decretar, indirectamente o de hecho una expropiación o un despojo sin violar impunemente los artículos 30, 32 y 34 de la C.N., y los artículos 18 y 28 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o., inciso 2o., del Código de Petróleos.

"...Al adicionarse en el literal c) del artículo 3o., del reglamento 1994, el elemento "yacimiento descubierto" antes del 22 de diciembre de 1969" se retrotraen los nuevos requisitos a situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y consumadas y a sus efectos y consecuencias ya producidas, tanto físicas como jurídicamente. Aquí también se transgreden normas superiores constitucionales y legales, pero, en especial, lo exigido es contrario al artículo 35 y 36 del Código de Petróleos, que pertenece al orden jerárquico superior sustantivo".

"....."

""El considerando 5o. del reglamento 1994 de 4 de septiembre de 1989, dice "Que en la misma Ley 20 se encuentran los elementos que sirven para la definición de yacimientos descubiertos, entre los cuales se destacan la exploración técnica de las sustancias económicamente explotables y la posibilidad de su aprovechamiento total".

""Esta definición es tomada del artículo 2o., de la Ley 20 de 1969 que dice el "artículo 2o.- El objeto de los derechos que a cualquier título otorgue la Nación sobre las **minas,** es el de otorgar, mediante su previa explotación técnica el aprovechamiento total de las sustancias económicamente explotables que se encuentren en la correspondiente zona".

""Como es manifiesto, la ley se refiere a **minas** y no a yacimientos de hidrocarburos. La misma Ley 20 expresa, en su artículo 13, que sólo el artículo 1o. de dicha ley, se aplicará. "También a los yacimientos de hidrocarburos".

"Por lo tanto, el decreto 1994, en su 5o. considerando, invoca una norma en forma irregular e impropia con manifiesta infracción del art. 13 de la Ley 20 de 1969." (fls. 316 a 319 C1).

Expediente No. 6117

Normas acusadas:

a.- art. I, inciso 2o., donde reza:

"...y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos."

b.- art. 3, literal "C", en cuanto reza:

"Que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969."

c.- El artículo 4o., en cuanto dice:

"Subróganse los artículos 1o., 2o y 3o., del Decreto 797 de 1971."

Disposiciones transgredidas:

Los artículos 30 y 120-3 de la C.N.; 28 de la Ley 153 de 1887; 5o. del Decreto 1056 de 1953 y, 56, literal e) de la Ley 1a. de 1984.

Concepto de la violación:

El libelista lo explica, diciendo que:

"...el precepto constitucional citado (alude el art. 30 de la Carta que imperó hasta 1991) y los artículos 28 de la Ley 153 de 1887 y 5o. del Decreto-Ley 1056 de 1953, consagran el principio de la irretroactividad de la ley en relación con los derechos adquiridos con justo título. Además, el artículo 30 de la C.N.,señala la naturaleza de función social de la propiedad.

""Corresponde al legislador, regular su ejercicio, es decir, determinar las condiciones en que se debe ejercer el derecho de propiedad, so pena de extinguirse en favor del Estado.

""Las condiciones para el ejercicio del derecho son precisamente las cargas a que alude el artículo 28 de la Ley 153 de 1887; son obligaciones que se imponen a los derechos ya constituidos y perfeccionados, que pueden ser de carácter económico o técnico. (Vgr. impuestos).

""Pero, so pretexto de regular el ejercicio del derecho, no le es dado al legislador y menos al ejecutivo por vía reglamentaria, establecer condiciones para el ejercicio del derecho, so pena de extinción, que sean imposibles de cumplir, porque ello equivaldría a vulnerar los derechos adquiridos y en la práctica a imponer una confiscación".

"...En el caso que nos ocupa, para ejercitar el derecho de propiedad sobre el subsuelo petrolífero, a pesar de que las leyes anteriores no exigían la demostración del vínculo entre el derecho y un yacimiento descubierto, el Decreto 1994 de 1989 en las partes demandadas, ordena que es necesario demostrar la vinculación del derecho de propiedad reconocido, a un yacimiento descubierto con anterioridad a la fecha en que entró a regir la Ley 20 de 1969.

""Con base en ello, quien haya obtenido el derecho con anterioridad a la Ley 20, con el lleno de todos los requisitos legales -que no eran pocos ni fáciles de acreditar- a partir de su promulgación, pierde el derecho sin que medie incumplimiento de su parte, sólo por virtud de la expedición de una ley posterior, que ordena un nuevo requisito.

""La obligación que contiene el Decreto 1994, equivale, ni más ni menos, que a otorgarle efectos retroactivos a la Ley 20 de 1969.

""En efecto, el propietario del subsuelo con justo título, reconocido, bien por sentencia ejecutoriada de la H. Corte Suprema de Justicia o por el título vigente de adjudicación, según el Decreto Reglamentario 1994 de 1989- al expedirse la Ley 20 de 1961 perdió su derecho, se extinguió en favor de la Nación, por no haber descubierto el yacimiento con anterioridad a que la ley lo exigiera."

""""La Ley 1a. de 1984, orgánica del Ministerio de Minas y Energía, en su artículo 56 fija el ámbito de competencia de la División Legal de Hidrocarburos, y en su lit. e) dice: "Tramitar lo referente a las concesiones petrolíferas existentes, lo mismo que las actuaciones administrativas relacionadas con los hidrocarburos de propiedad privada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1o. del Decreto 797 de 1971."

""B) la Ley 1a. de 1984 al ordenar el trámite de acuerdo con lo establecido en el decreto reglamentario, está elevando a categoría legal las normas contenidas en él. Por ello, no es posible tramitar asuntos relacionados con la propiedad privada de los hidrocarburos, sino como lo indica el Decreto Reglamentario 797 de 1971, por que así lo ordena la ley." (fls 319 a 321 C.1).

Expediente No. 6140

Normas acusadas:

La totalidad del Decreto 1194 del 4 de septiembre de 1989.

Disposiciones violadas:

Los arts. 32 y 120-3 de la C.N. y 5o. del Decreto 1056 de 1953.

Concepto de la violación:

Para el actor, el ejecutivo al dictar el decreto atacado excedió la potestad reglamentaria al convertirse en legislador; es decir, asumió funciones que no le corresponden y señaló requisitos que sólo puede establecer el Congreso de la República.

El Gobierno, concluye diciendo, no puede intervenir el sector económico sino por mandato de la ley (art. 5o. C.C.).

"En materia de hidrocarburos el art. 5o. del Decreto 1056 de 1953 vigente, prohíbe expresamente al Gobierno intervenir sobre el petróleo de propiedad privada."

Expediente No. 5942

Normas acusadas:

a) Art. 1o., parte final.

b) Art. 2o.

c) Art. 3o., ordinal "c".

Normas violadas:

Los arts. 30 y 120-3 de la C.N.; 28 de la Ley 153 de 1887 y; 1o. de la Ley 20 de 1969.

Concepto de la violación:

Observa el actor que:

"Con el pretexto de reglamentar la Ley 20 de 1969, que ya había sido reglamentada mediante el Decreto 797 de 1971, las disposiciones del Decreto 1994 que han sido acusadas en este proceso, entraron a definir lo que la ley reglamentada no define, a establecer nuevos conceptos en el reconocimiento que la ley que se dice reglamentar hace de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidados antes de entrar en vigencia ella y a establecer requisitos para el reconocimiento de la propiedad privada sobre yacimientos petrolíferos que la citada ley no consagra."

"....."

"Como claramente se ve y sin mayor esfuerzo interpretativo, las disposiciones del Decreto 1994 de 1989 que son acusadas en este proceso, vienen a cambiar totalmente el precepto del art. 1o. de la Ley 20 de 1969 en relación con el

reconocimiento que la norma legal hace de los derechos de propiedad sobre yacimientos de hidrocarburos que hubieren sido adquiridos válidamente por los particulares con arreglo a leyes anteriores.

"Siendo el carácter del Decreto 1994 de 1989 el de simple reglamento de la Ley 20 de 1969 y estableció cómo, so pretexto de reglamentar su procedió (sic) a alterar el contenido formal y material de la norma sustantiva, resultan evidentes las violaciones que las normas acusadas hacen de las disposiciones de carácter superior que ya han sido señaladas.

""En efecto:

""Primeramente se viola el ordinal tercero del art. 120 de la Constitución Nacional toda vez que el poder que se tribuye (sic) al Presidente de la República para reglamentar las leyes se limita en forma precisa a la expedición de las normas que las hagan operantes pero, en todo caso, circunscritas al contenido y alcance reales que tales leyes en sí mismas tengan.

""La potestad reglamentaria en ningún caso habilita a su titular para cercenar, adicionar, variar o contravenir la ley que se reglamenta y cuando ésto se hace, como es el caso de las normas acusadas del Decreto 1994 de 1989 que alteran el alcance de la ley que dicen reglamentar y disponen lo que ella no preceptúa, tales disposiciones simplemente reglamentarias son nulas dado que han sido formuladas en exceso de la potestad sobre la cual se fundamentan.

""El alcance de la potestad reglamentaria que fija el art. 120, ord. 3o. de la Constitución Nacional que, por cierto, ha sido objeto de profundos estudios por parte del H. Consejo, debe ser respetado en todos los casos en que tal potestad es utilizada. Cuando el Gobierno Nacional hace uso de ella y se extralimita está dejando de aplicar la norma Constitucional que la consagra (art. 120,3), máxime si se tiene en cuenta por expresa disposición de la misma Carta Fundamental solamente le es permitido realizar aquello para lo cual está facultado y conforme a la facultad que se le otorga." (fls. 323 a 324 C.1).

TRAMITE DE LA INSTANCIA.-

En el proceso radicado bajo el No. 5942 se solicitó la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, medida denegada según auto de 14 de junio de 1990, al cual se hará referencia más adelante (fls. 16 y ss. del C.1).

A la Nación-Ministerio de Minas y Energía se le notificó el auto admisorio de la demanda, que contestó mediante Procurador Judicial legalmente constituido para el efecto: en el escrito que obra a fls. 57 a 84 del C.2., solicita denegar las súplicas de la demanda; GUILLERMO GAMBA POSADA obra como coadyuvante en la demanda formulada por ALBERTO RESTREPO; la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL" interviene en la *litis* como parte impugnadora de la demanda.

En la oportunidad procesal que tuvieron para alegar de conclusión, el Ministerio de Minas y Energía presentó el escrito que obra a fls. 223 a 281; el Dr. JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA hizo llegar el escrito agregado a los fls. 282 a 284; GUILLERMO GAMBA POSADA allegó el memorial visible a los fls. 285 a 292 y; JESUS PEREZ GONZALEZ RUBIO hizo lo propio con el escrito que se acompaña a los fls. 293 a 308 del C.I.

Para la Doctora EDNE COHEN DAZA, Procuradora Segunda Delegada ante la Corporación, el decreto acusado se encuentra en un todo ajustado a la Constitución y a la ley y en tal virtud, no hay lugar a la anulación deprecada. En criterio de la delegada, la Ley 20 de 1969 "no hizo cosa distinta que reafirmar el principio Constitucional establecido entonces en el art. 202 estableciendo como excepción la posibilidad de que algunos particulares -dentro de un plazo de gracia- pudieran probar que tenían constituida a su favor la propiedad privada sobre unos yacimientos descubiertos.

El Decreto 1994 de 1989 acusado, agrega, guarda completa relación con la ley que reglamenta.

> "En ninguno de sus artículos encontramos principios diferentes o nuevos que no estuvieran contenidos en la ley o en la Constitución, por lo cual puede afirmarse que la potestad reglamentaria se ejercitó adecuadamente con arreglo a lo ordenado en nuestros principios legales y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia.
>
> "Cuando se hace mención de la jurisprudencia, es justamente porque existe pronunciamiento del Consejo de Estado en relación con la competencia del Gobierno para señalar los elementos que deben servir de fundamento para definir lo que debe entenderse por 'yacimientos descubiertos' ".

Ya para terminar, la Delegada del Ministerio Público enfatiza que la Ley 20 de 1969 ni el decreto reglamentario acusado consagran la retroactividad que se les atribuye en las demandas. No existe, concluye, ningún fundamento valedero para afirmar -como lo hacen los demandantes- que "al expedirse la norma última referenciada el Gobierno se extralimitó en el ejercicio de su facultad reglamentaria." (fls. 309 a 352 del C. cit).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la pretensión de nulidad formulada en las demandas no está llamada a prosperar; el Gobierno Nacional, al expedir el decreto acusado, no violó disposiciones de orden superior ni desconoció derechos adquiridos sino que, por el contrario, se ciñó los objetivos y fines previstos para el ejercicio de la facultad reglamentaria contemplada en el art. 120-3 de la Carta Política entonces vigente.

Como la Sala lo ha expresado, la potestad reglamentaria se ejerce para la debida ejecución de las leyes, como lo establecía el art. 120-3 del texto Constitucional de 1886 y así lo prevé el art. 189-11 de la Carta Política vigente.

Ella es de suyo una actividad inherente a la función administrativa atribuida al ejecutivo; omitirla o extralimitarse en su ejercicio, comporta una violación de la Constitución Política.

La potestad de expedir las órdenes, resoluciones y decretos para la cumplida ejecución de las leyes debe ceñirse no sólo al espíritu de la ley que reglamenta, sino a su letra y materia. Resulta oportuno, a manera de una mayor ilustración, hacer referencia a algunas precisiones hechas por la Corporación en esa materia, en cuanto expresa:

> **""POTESTAD REGLAMENTARIA-DESARROLLO.-**
>
> ""En la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse únicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la ley que se reglamenta sería la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica será también totalmente negativa". (Diccionario Jurídico XXII años de evolución jurisprudencial 1958-1981). (Sentencia de marzo 17 de 1994, Exp. No. 6361, Consejero Ponente: Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, pág. 9).

Para una mejor comprensión de la decisión que se adopta, es necesario hacer mención a las normas fundamentales que regulaban la materia. El artículo 202 de la Carta Política, imperante en la fecha en que se expidió la normatividad demandada, disponía que pertenecen a la República de Colombia los baldíos, minas y salinas que venían perteneciendo a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la Nación a título de indemnización.

La Ley 20 de 1969, arts. 1o. y 13o., concordantes con la orientación política fijada en la Carta Constitucional, reafirma el principio de que todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, sin desmedro de los derechos constituidos a favor de terceros, con la salvedad de que la excepción únicamente se refiere a las "SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS Y CONCRETAS DEBIDAMENTE PERFECCIONADAS Y VINCULADAS A YACIMIENTOS DESCUBIERTOS".

El artículo 3o. del mismo texto legal hoy derogado, disponía que los derechos que se hubieran consolidado a favor de particulares adquiridos por adjudicación, redención

a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa similar revierten a favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, en los siguientes casos:

> "a) Si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley, los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas, y
>
> "b) Si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año".

Preceptuaba el art. 5o. de la norma precitada, que al vencimiento de los plazos fijados por el art. 3o., el derecho existente sobre los respectivos yacimientos, expresión usada para referirse a los hidrocarburos, se extingue sin necesidad de providencia alguna que lo declare, si los titulares o quienes hagan sus veces no demuestran ante el Ministerio de Minas y Petróleos, durante el correspondiente período o dentro de los seis meses siguientes, que iniciaron en tiempo la explotación económica o que la suspendieron por causas legales.

La misma normatividad, art. 7. declaraba de utilidad pública e interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento, y como motivos de la misma naturaleza el desarrollo inmediato y eficiente de cualquiera de esas actividades..."

De acuerdo con la normatividad de orden superior y con el propósito manifiesto de propender a su cumplida ejecución, el Presidente de la República, en ejercicio de las potestades de que estaba investido por la Constitución Nacional, art. 120, numeral 3o., dictó las normas acusadas, decreto 1994 de 4 de septiembre de 1989, en cuyo considerando 5o. se precisa: "Que en la misma ley 20 de 1969 se encuentran los elementos que sirven para la definición de yacimiento descubierto, entre los cuales se destacan la explotación técnica de las sustancias económicamente explotables y la posibilidad de su aprovechamiento total."

La preceptiva contenida en el decreto en parte repite lo dicho en la ley que dice reglamentar y en el resto provee con sus precisiones a su cabal entendimiento y observancia, como puede colegirse de su tenor literal:

> "Artículo 1o. De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución Política y con los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación. Se exceptúan de esta regla general los derechos constituidos a favor de terceros. Dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, por un título específico de adjudicaciones de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica y que el 22 de diciembre

de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos.

"Artículo 2o. Para efectos de lo previsto en la Ley 20 de 1969 y en el presente Decreto, un yacimiento se reputa descubierto cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluídos.

"Artículo 3o. Con la solicitud para obtener la autorización de explotación de petróleo en yacimientos que se pretendan como de propiedad privada, el peticionario acompañará la prueba necesaria para acreditar:

"a) La existencia de un título específico de adjudicación de los hidrocarburos como mina, otorgado de conformidad con las disposiciones vigentes a la época en que tal adjudicación fue posible, siempre que tal título no hubiere caducado por cualquier causa,

"b) La existencia de un fallo que conserve su validez jurídica y reconozca o declare el derecho del interesado a la propiedad de los hidrocarburos que existan en el predio objeto de la solicitud, y

"c) Que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969.

"En la tramitación respectiva el procedimiento aplicable por el Ministerio de Minas y Energía es el consagrado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos.

"Artículo 4o. Subróganse los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 797 de 1971.

"Artículo 5o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación." (Diario Oficial No. 38.965, pág. 6).

Ninguna observación hay que hacerle al art. 1o. del Decreto 1994 de 4 de septiembre de 1989, pues en lo que es materia de las demandas sólo se limita, sin que fuera imprescindible hacerlo, a repetir con similares términos los eventos excluidos de la regla general de que las minas y los depósitos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, vale decir "que dicha excepción, a partir del 22 de diciembre de 1969 (fecha de entrada en vigencia de la ley que dice reglamentar, es decir, la Ley 20 de 1969), sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos."

Sobre el contenido y alcance de lo dispuesto en los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969, idéntico al del texto reglamentario, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corporación; como nada indica que deba modificarse, para esta oportunidad se

ratifica y reitera lo dicho al respecto en sentencia de 4 de marzo de 1994, expediente No. 7120, actor: Carlos Julio Zerda Bautista, con ponencia del Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, la Sala Expresó:

"Ahora bien, en cuanto respecta a la aplicación de la Ley 20 de 1969, cuyo artículo 1o. dispone que "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros" observa la Sala como ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte del demandante. Para aquel, prevalece el concepto de la Sala de Consulta y servicio Civil de fecha 11 de julio de 1988 que determinó: "a) La propiedad de las mismas, reconocida en actos administrativos, o en sentencias definitivas y la de los yacimientos de hidrocarburos reconocida en sentencias judiciales ejecutoriadas, anteriores al 22 de diciembre de 1969, no requieren la vinculación del derecho a yacimientos descubiertos ni la demostración de ese vínculo" y, "b) el artículo 3o. de la Ley 20 de 1969 no es aplicable a los depósito de hidrocarburos".

"De tales conclusiones, salvó su voto el señor Consejero doctor Humberto Mora Osejo, cuyos planteamientos en los actuales momentos comparte la Sala y en los pertinente les da cabida en esta providencia.

"Le asiste razón a la entidad demandada cuando sostiene que no puede conminársele para que acoja el concepto aludido, por cuanto el mismo no tiene carácter obligatorio y además fue rendido con anterioridad a la expedición del Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969, que precisó la fecha en que los yacimientos debían haber sido descubiertos y definió lo que debía entenderse por "yacimiento descubierto".

"Sin duda, como se sostuvo en la ponencia para primer debate del proyecto de ley en el Senado de la República, la norma del artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 "en realidad es la ratificación legal del artículo 202 de la Constitución nacional. En tal sentido no introduce principio jurídico nuevo o distinto de lo que ordenó el constituyente de 1886 pero aclara que los derechos constituidos a favor de terceros sólo comprenden las situaciones jurídicas concretas, específicas como son en la jurisprudencia y en la doctrina los derechos adquiridos. La norma, pues, es interpretativa y aclaratoria, no creativa del derecho".

"En la misma exposición de motivos se concluyó, como anteriormente se comentó, que desde la vigencia de la Constitución de 1886 la República recobró el dominio de todas las mismas que se hallaban en el territorio nacional, lo que significó volver al régimen de propiedad del subsuelo minero que existía antes del 22 de mayo de 1858 cuando se inició el régimen de la Federación. Igualmente, se advirtió, que las excepciones relacionada con los derechos constituidos a favor de terceros y los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de algunos yacimientos "se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito

minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubieren estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86..." (Historia de las leyes, Legislatura de 1969).

"Sobre el particular, se señala en el salvamento de voto aludido, que este régimen jurídico obedece a la finalidad expresada por don Miguel Antonio Caro en el Concejo Nacional de Delegatarios, de hacer que la Nación "conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos", de tal forma que el artículo 202 de la Carta, implicó en buena parte, sino una nacionalización, una restauración o recuperación del dominio del Estado sobre las minas y los yacimientos de carburos.

"De lo anterior, según el salvamento de voto mencionado, resulta que el artículo 1o., de la Ley 20 de 1969 no combalida situaciones ni derechos anteriores a la fecha de vigencia de la ley, sinó que a partir de esta exige que el derecho constituido se radique en un yacimiento descubierto con el objeto de poner en consonancia la legislación con el artículo 202 de la Constitución. En consecuencia, continúa "el precepto que se comenta no tiene carácter retrospectivo, ni menos retroactivo, qué permite interpretarlo como convalidante de las meras expectativas anteriores a su vigencia: la disposición exige ni más ni menos, que se cumpla el artículo 202 de la Constitución y que, por lo mismo, la excepción que contempla consiste en derechos constituidos en yacimientos descubiertos. En otros términos, antes y después de que entrara en vigencia la Ley 20 de 1969, las excepciones, en cuanto tienen idéntico fundamento constitucional, deben tener el mismo tratamiento en la ley."

"Los razonamientos anteriores de los cuales infiere la Sala que para la época de su reclamación el actor sólo contaba con una mera expectativa, más no con un derecho constituido en su favor, para así reclamar la propiedad del subsuelo de los terrenos cuya titularidad alega, encuentra mayor respaldo con la expedición del Decreto 1994 de 1989, reglamentario de la Ley 20 de 1969, en cuanto consagró que la acción derivada de los derechos constituidos en favor de terceros.,"a partir del 22 de diciembre de 1969, sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos. Se entiende que únicamente reúnen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la fecha citada, por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva, siempre que tales actos conserven su validez jurídica y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos."

"Con relación la norma antes referida, cuya implicación pretende el actor, estima la Sala que no le asiste razón al demandante, dado que dicha norma no hizo cosa diferente de aclarar el art. 1o de la Ley 20 de 1969; en armonía con el art. 202 de la Carta Política de 1886, sin que tal acto implique un criterio de la Sala, la

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

violación del art. 4o. de la actual Constitución, y del art. 332 *ibídem,* de acuerdo con las consideraciones anteriormente expresadas, al hacer referencia de los derechos constituidos." (fls. 45 a 49).

El artículo 2o. del decreto en cuestión, tampoco viola las normas superiores que enlista la censura. Si bien cuando se introdujeron las demandas, la legalización nacional no tenía precisado en qué condiciones se entendía que un yacimiento de hidrocarburos ya había sido descubierto, lo cual sólo vino a hacerse con la Ley 97 de 1993, también es cierto que en la materia que se analiza sólo puede hablarse de derechos adquiridos cuado ellos recaen sobre un depósito petrolífero cuya existencia esté comprobada por haber sido identificado en forma tangible y estar poseído físicamente.

Indudablemente, los yacimientos se descubren a través de los sistemas propios de la exploración y explotación de hidrocarburos y su prueba sólo se logra como lo consagra la norma en cuestión "mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades pretrofísicas y propiedades de los fluídos".

Así lo definió el Congreso de la República, en la Ley 97 de 1993, tópico sobre el cual se hace el siguiente análisis en el fallo antes citado:

"Con miras a evitar equívocos, dudas y contradicciones en la interpretación de los artículos 1o. y 13o. de la Ley 20 de 1969, el propio legislador mediante Ley 97 de 1993 fijó el derecho de concepto constituidos a favor de terceros como "las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de los cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969". En el artículo 2o., determinó que existe yacimiento descubierto de hidrocarburo "cuando mediante perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluídos".

"Por último, en el artículo 3o. de la Ley 97 de 1993 se determinó que "Las disposiciones contenidas en los artículos primero y segundo de la presente ley, constituyen la única interpretación autorizada de la Ley 20 de 1969, artículos primero y trece". (Expediente No. 7120, Consejero Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, actor: Carlos Julio Zerda Bautista, pág. 51).

La Corte Constitucional, en fallo de 29 de septiembre de 1994, ha declarado que la Ley 97 de 1993, por la cual se interpreta por vía de autoridad la Ley 20 de 1969 y se

dictan otras disposiciones, es exequible tanto por razones de forma como de fondo y para llegar a esa conclusión reflexiona de la manera siguiente:

"Se observa en la evolución legislativa sobre la materia, que el legislador, al expedir la Ley 20 de 1969, logró en los preceptos transcritos reproducir el orden superior por ese entonces vigente. Tal como se lee en la exposición de motivos, la finalidad del legislador fue justamente la de adecuar la legislación sobre el subsuelo al orden constitucional. En efecto, el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 reiteró el principio previsto en el artículo 202 de la Constitución nacional, ordenando la pertenencia de las mismas a la Nación, sin perjuicio del respeto de los derechos que se hubiesen constituido a favor de terceros, condicionando esta excepción a partir de la vigencia de la ley a la existencia de un yacimiento descubierto.

"En la exposición de motivos de la Ley 2o. de 1969, el doctor Carlos Gustavo Arrieta, quien entonces desempeñaba el Ministerio de Minas y Petróleos, afirmó:

""El artículo 202 de la Constitución Política de 1886, consagró el principio de que las minas son patrimonio de la Nación dejando a salvo los derechos constituidos a favor de terceros. Con fundamento en tal mandato en virtud del cual la propiedad cumple una función social que implica obligaciones, el Gobierno sometió al Congreso el proyecto que a la postre se convirtió en la Ley 20 de 1969, persiguiendo entonces entre otros, dos objetivos fundamentales: Adaptar la legislación minera al espíritu de la Constitución de 1986 y eliminar algunos obstáculos que desde hace más de un siglo han venido entorpeciendo el desarrollo de las actividades de exploración, explotación y beneficio de los recursos no renovables."

"Lo anterior permite aseverar que, desde la fecha de vigencia de la Constitución de 1886, quedó eliminado el criterio de que cierta clase de minas pertenecían al dueño del suelo, y en consecuencia ese privilegio se tradujo simplemente, por mandato del artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en un derecho de preferencia por el término de un año, para denunciar los yacimientos que se encontraran en las respectivas heredades. Igualmente desapareció como consecuencia necesaria de la referida norma legal.

"Sobre este particular, la Corte ha registrado la misma posición en fallo reciente:

""Para el caso de la propiedad minera en cabeza de particulares - que es excepcional tanto a la luz del artículo 202 de la Constitución de 1886, en cuya vigencia se expidió la Ley 20 de 1969, como bajo el régimen de los artículos 102 y 332 de la Carta de 1991-, el incumplimiento de la función social (artículo 58 C.N.) está expresamente contemplado por la norma legal transcrita, adoptada, para los fines de la extinción de dominio, por el *sub-exámine.*" (Cfr. sentencia C- 216/93 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

"Ahora bien, el conjunto normativo coherente en sus contenidos básicos, constituido por el artículo 202 de la Constitución Política y la Ley 20 de 1969, es interpretado por la Ley 97 de 1993.

"El artículo primero de la Ley 20 que se aplica también a hidrocarburos por mandato expreso del artículo 13, *ibídem*, contiene los siguientes elementos:

"-Como principio general, todas las minas y yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación.

"-Como excepción, no pertenecen a la Nación los derechos constituidos a favor de terceros, cuando respecto de ellos se den dos elementos:

"a. **Jurídico,** en la situación que reúna los siguientes requisitos:

"**1. Subjetivo,** es decir, clara identificación del titular del derecho; 2. **Concreto,** preciso en cuanto a la naturaleza objeto y alcance del derecho; 3. **Perfeccionado,** es decir, totalmente definida por haberse agotado el procedimiento y cumplido las formalidades sustanciales y adjetivas para la existencia misma de la situación jurídica.

"b. **Fáctico,** pues se trata de un yacimiento "descubierto" a cual esté vinculado, de manera directa el elemento jurídico. Constituyéndose en un concepto de materialidad del objeto, como lo indispensable para la constitución del derecho, y en consecuencia la tipificación de la excepción prevista en la ley.

"Por su parte, los artículos acusados, sin variar el contenido normativo de la ley anterior, establecen el reconocimiento excepcional del derecho de propiedad privada sobre hidrocarburos, definiendo "los derechos constituidos a favor de terceros", como las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina, o por una sentencia definitiva, y en ejercicio de los cuales se haya descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969, fecha de expedición de la ley interpretada.

"Disposición perfectamente lógica que define el objeto del derecho, por lo determinado y concreto, haciendo escapar de posibilidades ignoradas, o inexistentes antes del 22 de diciembre de 1969, inciertas situaciones jurídicas que no sólo limitaban irracionalmente el patrimonio nacional, sino que, además, por las riquezas del subsuelo, desconocían la función social, so pretexto del amparo de derechos particulares, dejando a un lado toda la concepción sobre la propiedad y su función social consagrada en la reforma de 1936 y reiterada en la Carta de 1991.

"En este mismo sentido, la Corte ha expresado lo siguiente en reciente sentencia:

""En relación con el componente privado de la propiedad minera, históricamente se registra la presencia de una función social, reiteradamente afirmada por los diferentes estatutos y normas, desde las ordenanzas de Felipe II en el siglo XVI hasta la fecha, y que se concreta en la exigencia de que el beneficiario de la mina, so pena de perderla, la explote y mantenga adecuadamente. En el siglo pasado, la función social de la propiedad minera se consagró en la Ley 38 de 1887. Retomando la misma veta histórica, que hace del derecho minero precursor, entre todos, de la función social de la propiedad por antonomasia ligada a la riqueza minera, la Ley 20 de 1969, en su artículo 3o. dispuso lo siguiente: "**Los derechos que tengan los particulares sobre minas adquiridas por adjudicación, redención a perpetuidad, accesión, merced, remate, prescripción o por cualquiera otra causa semejante, se extinguen a favor de la Nación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, a) si al vencimiento de los tres años siguientes a la fecha de la sanción de esta ley los titulares del derecho no han iniciado la explotación económica de las minas respectivas; y b) si la explotación, una vez iniciada, se suspende por más de un año**". (Sentencia C-006/93. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"Por su parte el artículo 2o. acusado, define que se entiende por **yacimiento descubierto de hidrocarburos,** indicando que se está en su presencia, cuando mediante "perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluídos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluídos. Se adopta pues una definición técnica del concepto, que igualmente se encontraba enunciado en la parte final del artículo primero de la Ley 20 de 1969, con lo que no se agregó ningún elemento adicional que varíe el contenido de la norma por la ley interpretativa, pues ésta, con apreciable tecnicismo, describe elementos de la primera, haciendo más explícitos y claros sus contenidos, y mostrando precisamente que se trata de una ley interpretativa en sentido estricto (págs. 25 a 29).

Sobre el punto atinente a la irretroactividad de la ley, el mismo fallo expresa:

"Tanto el artículo primero de la ley interpretada, como su homólogo de la ley interpretativa, se refieren a los mismos derechos constituidos sobre hidrocarburos. Podría suponerse que hubo un cambio del concepto de derecho constituido entre una y otra norma, lo cual no es cierto, pues en la primera se enuncia el concepto haciendo un señalamiento genérico de sus elementos, que no son contrariados en la norma interpretativa, sino descritos y precisados; luego, cómo puede haber retroactividad de la ley interpretativa cuando no hace más que precisar la naturaleza de los derechos constituídos, sin cambiar los contenidos de la ley interpretada?" (pág. 30).

"....."

" De lo anterior se desprende claramente que no existe retroactividad de la Ley 97 en sus artículos 1o., 2o. y 3o.,al interpretar el artículo 1o. de la Ley 20, ni violación de derechos constituidos o adquiridos bajo el régimen anterior a su vigencia, pues, se repite, se trata de los mismos derechos, que más aún son los mismos a que se refería, ya desde sus orígenes, la Constitución de 1886 en su artículo 202. Pues la Ley 20 de 1969 no reguló condiciones constitutivas de derecho distintas a las excepciones que estatuyó el tantas veces artículo 202, que por otra parte son reconocidas claramente en la nueva Carta Política (art. 332). Por tanto, la corte comparte esta hermenéutica de interpretación por vía de autoridad que realiza el legislador en la Ley 97 de 1993." (pág. 33).

Para la Corte Constitucional la interpretación por vía de autoridad hecha en la Ley 107 de 1993, es además de jurídica lógica y razonable y bajo esa óptica dice:

"Es aceptado que desde la época colonial ha regido entre nosotros la regla de la separación del suelo de la del subsuelo, y que desde el Decreto del 24 de octubre de 1824 expedido por libertador Simón Bolívar, todas las minas fueron nacionalizadas, salvo durante el breve intervalo centro federal y federal, en el que la Nación se desprendió de casi todas las minas en favor de los estados, menos de las de sal, gemas y esmeraldas; luego, por consiguiente, durante el mismo período, la Federación amplió su reserva sobre todas las minas ubicadas en terrenos baldíos, incluídos los depósitos de petróleo (Leyes 29 y 106 de 1873).

"Posteriormente, se tiene que la Carta Política de 1886 condujo a la expedición de la Ley 38 de 1187, por la cual se incorporó como legislador nacional el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, con el consecuente sometimiento de los yacimientos de petróleo existentes en inmuebles de propiedad privada al régimen de adjudicación, previo el denuncio de la mina dentro de los términos establecidos; después, el régimen de la adjudicación, se cambió por uno nuevo de concesión contractual especial, según se advierten la Ley 30 de 1903. Este último régimen tuvo vigencia solamente hasta la expedición del Código Fiscal de 1912, en el que se estableció de muevo uno de adjudicación para las minas de petróleo en terrenos baldíos o en terrenos adjudicados después de 1903 mientras que los yacimientos ubicados en terrenos privados seguían sometidos al régimen de concesión. Además, se encuentra que la Ley 160 de 1936, y luego el decreto 1156 de 1953, que contiene el Código de Petróleos, establecieron como de propiedad particular, el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier causa legal. En la mencionada codificación se estableció que también son de propiedad particular, los petroleros adjudicados legalmente como minas, durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en

este último caso, para efectos de los inciso primero y segundo del artículo 35 del mismo Código, presentar el título de adjudicación expedido por la autoridad competente, durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal.

"De otra parte, para la Corte Constitucional la Ley 20 de 1969 se expidió para llevar a la práctica el mandato constitucional, según el cual la propiedad privada es una función social que implica obligaciones, y en ella se definió que los derechos adquiridos por particulares sobre el subsuelo petrolero, debían estar vinculados a un yacimiento descubierto hasta el momento de la publicación de la misma; naturalmente, se trata de eliminar las trabas de los particulares a la explotación de uno de los recursos naturales no renovables más importantes en una economía como la nuestra. De esta intención del legislador existe suficiente documentación en los antecedentes legislativos de la mencionada Ley 20 de 1969, en especial en su exposición de motivos y en las ponencias correspondientes.

"Además, el actual Código de Minas contenido en el Decreto-Ley 2655 de 1988 reitera en sus artículos 3o. y 5o., lo señalado en la mencionada Ley 20 de 1969, en los términos en que se interpreta ahora por la Ley 97 de 1993, es decir, que la exención prevista en la mencionada ley sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas, vinculadas a yacimientos descubiertos válidos jurídicamente, antes del 22 de diciembre de dicho año.

"Esta Corporación encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido un régimen especial de la propiedad particular sobre el subsuelo y en especial sobre el petrolero, que implica que ella ha sido conferida por el Estado, y que se halla condicionada a las exigencias legales en cuanto a la continuidad del derecho de dominio; además, se encuentra que dicha propiedad no es extraña a las exigencias que sobre su ejercicio haga el legislador, ya que comporta buena parte de la riqueza pública de la Nación y del Estado, que debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad. Por ello resulta razonable la interpretación contenida en la ley demandada, que señala las excepciones reconocidas por la Ley 20 de 1969 son aquellas en las que los derechos particulares estaban vinculados a la existencia de yacimientos descubiertos, al momento de la expedición de la mencionada ley.

"Es cierto que la contenida en la Ley 97 de 1993 es una interpretación plausible y razonable de la voluntad del legislador mismo, que es competente para establecer los requisitos relativos al perfeccionamiento del derecho de dominio, y los que se deben cumplir y acreditar para conservarlo, así como las obligaciones que dimanan de la propiedad como función social que implica obligaciones." (págs. 36 a 38).

El artículo 3o. del decreto 1994, no desborda la ley que dice reglamentar y mantiene en esencia la misma redacción que sobre la materia traía el artículo 2o. del Decreto 797 de 1971, por el cual también se reglamentaba la Ley 20 de 1969 en relación con los

hidrocarburos. En la norma en cuestión se dispone que a la solicitud de autorización de explotación de petróleo en yacimientos cuya propiedad pretendan los particulares, el interesado debe acreditar: a).- La existencia de un título específico de adjudicación de los hidrocarburos como mina, otorgado conforme a las disposiciones legales vigentes a la fecha de su expedición y que no haya caducado; b).- La existencia de un fallo que reconozca o declare el derecho de los interesados en la propiedad de los hidrocarburos que existan en el predio objeto de la petición y; c).- En armonía con la Ley 20 de 1969, que el yacimiento materia del pedimento haya sido descubierto en fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley, es decir, antes del 22 de diciembre de 1969.

Ninguna incongruencia hay entre la ley reglamentada y el inciso final de la disposición que se examina, en cuanto dispone que las solicitudes que en ese sentido se hagan se tramitarán por el procedimiento consagrado en los artículos 35 y 36 del Código de Petróleos, por ser éste el estatuto que regulaba en su totalidad la actividad de búsqueda, exploración y explotación de yacimientos petrolíferos.

Algunos de los demandantes solicitan la anulación del artículo 4o. del Decreto 1994 de 1989, del que ya se hizo mención, en cuanto reza "subróganse los artículos 1o. 2o. y 3o. del Decreto 797 de 1971". Este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, porque en el ejercicio de la potestad reglamentaria la única violación que hace procedente la acusación recae sobre el texto constitucional; en procesos de esta naturaleza no hay lugar a la anulación por violación indirecta de la Carta Política o de la ley.

Como se observa en el texto reglamentario no se encuentran pautas, reglas o principios que contraríen o desconozcan los contemplados en la Carta Constitucional o en la ley en que debería fundarse y en tal virtud no prosperan las pretensiones de las demandas de que trata el plenario.

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:

DENIEGANSE las súplicas de las demandas acumuladas en este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE CUMPLASE 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 noviembre diez y siete (17) 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.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA/CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA POR CUANTIA/PROCESO DE UNICA INSTANCIA/ RECURSO DE APELACION-Improcedencia/**CAMBIO JURISPRUDENCIAL**

El artículo 184 del C.C.A., consagra la consulta en relación con sentencias de primera instancia y la cuantía para que los procesos contractuales tengan doble instancia, a partir del 1 de enero de este año, corresponde a la suma de $9'610.000., conforme a lo preceptuado por el Decreto 597 de 1988. La sala sienta nueva posición jurisprudencial alrededor del tema de la consulta de fallos condenatorios en contra de entidades de derecho público, precisando que se pueden presentar los siguientes eventos: Que el proceso tenga violación de dos instancias y al no ser apelado por el actor, pero la condena superar el límite de la única instancia, deberá sustituirse el grado jurisdiccional de consulta. Que la condena al momento de imponerla, sea inferior al límite señalado, para que el asunto se mire como de única instancia y ninguna de las partes intente apelación, a pesar de que originalmente el proceso se considerara con vocación de doble instancia. En ese caso no debe sustituirse el grado jurisdiccional de consulta, dado que las partes, al no recurrir en apelación, resuelven con su conducta, de manera inequívoca, que consienten o está de acuerdo con el monto de la sentencia condenatoria, a pesar de que inicialmente se hubiera calificado de doble instancia. En el caso concreto como ya se dijo el monto

histórico de la sentencia condenatoria ascendió a $ 160.000 que actualizado por el *a-quo* montaba una suma de $ 1.644.800, realidad que está reflejando que por no haber sido recurrida por ninguna de las partes, el asunto se trasformó de proceso de doble instancia que lo fue originalmente, a proceso de única instancia y por consiguiente no consultable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro(1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suarez Hernandez.*

Referencia: Expediente No. 10.221. Actor: Mario Vega Vahos. Demandado: Instituto Metropolitano de Valorización - Inval.

Al entrar a elaborar el proyecto de sentencia que decidirá la consulta de aquella proferida or el Tribunal Administrativo de Antioquia el 28 de abril de 1994, se encuentra que la decisión tomada en esa sentencia es del siguiente tenor:

"1.- Se declara que el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín incumplió parcialmente el contrato No. 31 de 1982, en la parte que se refiere a los trabajos que fue necesario hacer para construir la canalización y ocupar, demoler y alterar las edificaciones de la Policía Nacional y el Cuerpo de Bomberos."

"2.- Se modifican las resoluciones número 171, del 4 de agosto de 1983 y 220, del 27 de octubre del mismo año, por las cuales se aplicó una multa al contratista Mario Vega Vahos, en el sentido de que el atraso en la entrega de las obras fue de 24 días, no de 34 como lo decidió el demandado. La multa queda fijada, por tanto en la suma de $384.000.oo".

"3.- Las sumas que deban reembolsarse por razón de las multas ascienden a $1'644.800.oo, una vez aplicado el incremento del artículo 178 del C.C.A."

"4.- Niéganse las demás peticiones de la demanda-".

"5.- Se dará cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

La obligación que en esa sentencia se impone a cargo de la entidad pública demandada, corresponde a la suma de $1'644.800. Como las partes se conformaron con esa decisión, el proceso se envió a esa corporación para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, consagrado en el art. 184 del C.C.A., en favor de la entidad estatal que no apeló. La única decisión que en esta corporación podría tomarse, sería la de modificar, sólo para rebajar la condena impuesta, es decir, que la consulta se limita a la cuantía de $1'644.800.

Ahora bien, el art. 184 del C.C.A., consagra la consulta en relación con sentencias de primera instancia y la cuantía para que los procesos contractuales tengan doble instancia, a partir del primero de enero de este año, corresponde a la suma de $9'610.000, conforme a lo preceptuado por el Dto. 597 de 1988.

La Sala sienta nueva posición jurisprudencial alrededor del tema de la consulta de fallos condenatorios en contra de entidades de derecho público, precisando que se pueden presentar los siguientes eventos:

a) Que el proceso tenga vocación de dos instancias y al no ser apelado por el actor, pero la condena supera el límite de la única instancia, deberá surtir el grado jurisdiccional de consulta;

b) Que la condena al momento de imponerla, sea inferior al límite señalado para que el asunto se mire como de única instancia y ninguna de las partes intente apelación, a pesar de que originalmente el proceso se considerara con vocación de doble instancia. En ese caso no debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta, dado que las partes, al no recurrir en apelación, resuelven con su conducta, de manera inequívoca, que conscienten o están de acuerdo con el monto de la sentencia condenatoria, a pesar de que inicialmente se hubiera calificado de doble instancia.

En el caso concreto como ya se dijo el monto histórico de la sentencia condenatoria ascendió a $160.000 que actualizado por el *a-quo* montaba una suma de $1'644.800, realidad que está reflejando que por no haber sido recurrida por ninguna de las partes, el asunto se transformó de proceso de doble instancia que lo fue originalmente, a proceso de única instancia y por consiguiente no consultable.

Así las cosas la Sala se abstendrá de desatar la consulta, por improcedente, y, en su lugar declarará en firme la sentencia del Tribunal *a-quo*.

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

RESUELVE:

1) DECLARAR improcedente la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 28 de abril de 1994.

2) DECLARAR en firme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 28 de abril de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE. PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha, diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO/DAÑO ANTIJURIDICO/ NORMA CONSTITUCIONAL/ESTADO SOCIAL DE DERECHO/SENTENCIAS CONDENATORIAS-Causa/**DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA**-Respeto

Cómo dejar sin indemnización a las víctimas que padecen las consecuencias de los atentados contra personas recluídas en centros carcelarios y contra la dignidad de la persona humana, provenientes de las personas vinculadas a la administración? Cómo no indemnizar a las personas que padecen las consecuencias del daño antijurídico, cuando no están obligados a soportarlo? El universo que tiene el artículo 90 de la Constitución Nacional debe tener aplicación por los jueces, en todos los casos en que se vivencia que se ha dado la situación contemplada en la hipótesis normativa. No proceder así sería darle nuevos argumentos a los que piensan que tenemos una Colombia en el papel, y otra Colombia en la realidad. A esta tarea de frustración no puede contribuir la magistratura. A los jueces de la administración no les está faltando imaginación para dejar atrás las concepciones francesas, sobre la responsabilidad extracontractual. Quizás está ocurriendo el fenómeno contrario. Han podido dejar atrás ese mundo de conceptos, decantados en un país desarrollado, para realizar la justicia en un país en vía de desarrollo, con pretensiones de Estado Social de Derecho. El Derecho es justicia o no es. En este momento del discurso judicial debe quedar en claro que tampoco es cierto, como algunos lo predican, que el Estado tiene mal defendidos sus intereses. Lo que está mal, lo que está enfermo, es el estado mismo. Si resulta cierto que el país está en guerra

y que padece el terrorismo, las consecuencias que tal situación genere deben ser REPARTIDAS ENTRE TODOS LOS INTEGRANTES DE LA COMUNIDAD. No se aprecia una buena razón para que sólo un grupo reducido de personas tengan que soportar el daño. Por lo demás, la historia reciente demuestra que ese mismo Estado si pudo redimir el sector financiero, cuando entró en crisis. La guerra también tiene sus exigencias que se traducen en más y mejores armas, para hacerla. En más, y mejores hombres, para atenderla, sin embargo, el país parece resignarse a satisfacer el gasto que todo ello demanda. Hoy más que nunca parecen tener recibo las enseñanzas de HAURIOU cuando predicaba: "Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio". Frente a los sectores de opinión pública que se inquietan por la lluvia de condenas en contra del Estado, parece conveniente reiterar que el criterio que la Sala viene aplicando, para establecer la responsabilidad de la administración, sí se aviene con la realidad del país. Se afirma lo anterior, porque Colombia se define en la Constitución como un Estado Social de Derecho, esto es, de bienestar, predicamento que exige que tenga al día sus servicios públicos y que se ocupe del cuidado de los presos, de los ancianos, de los inválidos, y de los enfermos. El demanda, igualmente, que se respete la dignidad de la persona humana, en todo su universo. El recluido en una institución penitenciaria debe someterse a un Status especial que limita drásticamente su libertad pero que en ningún caso puede llevar a concluir que ha perdido su condición de persona.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 9885. Actor: Beatriz López de Ocampo. 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 **GRADO DE CONSULTA** de la sentencia calendada el día ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva, **D I S P U S O:**

"1.- DECLARASE A LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA) administrativamente responsable, de la muerte violenta del señor LUIS ARTURO

OCAMPO ZULETA, en hechos ocurridos en la Cárcel Nacional de BELLAVISTA del Municipio de Bello (Antioquia), el día 31 de mayo de 1989, de acuerdo con el análisis hecho en la parte motiva de este proveído.

"2.- CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA) a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES las siguientes cantidades:

"A BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO, en su calidad de esposa, la suma de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL VEINTISEIS PESOS ($9.252.026.oo).

"A YENIFER NATALIA OCAMPO LOPEZ, en su calidad de hija, la suma de UN MILLON QUINIENTOS VEINTITRES MIL TRESCIENTOS DIECIOCHO PESOS ($1.523.318.oo).

"A ESNEYDER ALEXANDER OCAMPO LOPEZ, en su calidad de hijo, la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS ($1.459.530).

"A EDISON DAVID OCAMPO LOPEZ, en su calidad la de hijo suma de UN MILLON DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOCE PESOS ($1.293.012.oo).

"A NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, en su calidad de hija, la suma de UN MILLON CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS ($1.145.169.oo).

"3.- CONDENASE A LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA), a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES las siguientes cantidades:

"A MARIA POLICARPA ZULETA ZAPATA en su calidad de madre, el equivalente a 1.000 gramos - oro.

"A ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA en su calidad de padre, el equivalente a 1.000 gramos-oro.

" A BEATRIZ ELENA LOPEZ JARAMILLO en su calidad de esposa, el equivalente a 1.000 gramos-oro.

"A YENIFER NATALIA OCAMPO LOPEZ en su calidad de hija, el equivalente a 1.000 gramos-oro.

"A ESNEYDER ALEXANDER OCAMPO LOPEZ en su calidad de hijo, el equivalente a 1.000 gramos-oro.

"A EDISON DAVID OCAMPO LOPEZ en su calidad de hijo, el equivalente a 1.000 gramos-oro

"A NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ en su calidad de hija, el equivalente a 1.000 gramos-oro.

"4.- Las anteriores sumas de dinero se pagarán de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República, sobre el valor del gramo-oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"5.- NIEGANSE LAS DEMAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

"6.- LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA) dará cumplimiento a este fallo en los términos previstos en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo." (fl. 202-203, c.l).

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

"La señora BEATRIZ ELENA LOPEZ JARAMILLO DE OCAMPO, personalmente y en representación de los menores YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, EDISON DAVID Y NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ Y MARIA POLICARPA ZULETA ZAPATA Y ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA, por conducto de abogado idóneo, en ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO consagrada en el artículo 86 del Decreto 01 de 1984 (modificado por el artículo 16 del Decreto 2304 de 1989), instauraron demanda contra LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA), y al efecto formulan las siguientes,

"P E T I C I O N E S:

"1.- La NACION (Ministerio de Justicia) es responsable de la **totalidad** de los daños y perjuicios causados a BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO, soltera JARAMILLO y a YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, EDISON DAVID Y NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, y a POLICARPA ZULETA ZAPATA y ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA, con la muerte de LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA, el 31 de mayo de 1989, como consecuencia múltiples heridas causadas con arma cortopunzante, mientras se encontraba detenido preventivamente en la cárcel nacional de **BELLAVISTA** del municipio de BELLO, Antioquia.

"1.1. Condénase a la NACION (Ministerio de Justicia), a indemnizar:

"A. A los demandantes BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO, soltera JARAMILLO y a YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, EDISON DAVID y NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, y a POLICARPA ZULETA ZAPATA y ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA.

"11.1 **Daños morales,** con el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos de oro-fino, para cada uno de ellos.

"11.2. **Daños patrimoniales.**

"112.1. por lo que les cueste el pleito, costo que se demanda como empobrecimiento consecuencial a la muerte de su esposo, padre e hijo, es decir, como un daño, incluyendo, claro está, el valor de lo que le deben pagar a los abogados, indispensables para hacer valer procesalmente sus derechos, fijado el monto, dándole aplicación a las tarifas de los Colegios Antioqueño de Abogados "COLEGAS", y de abogados de Bogotá, para esta especie de pleitos cuando se llevan a cuota-*litis*.

"**En subsidio:**

"**112.2** Los honorarios de los abogados se fijarán dándole aplicación a los artículos 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887 y 164 del C. de P. Civil.

"b.- A los demandantes BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO, soltera JARAMILLO y YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, EDISON DAVID y NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, se les indemnizarán, también, los perjuicios patrimoniales resultantes de la pérdida:

"112.3. de la ayuda económica que venían recibiendo de su protector muerto, capitalizadas las rentas de que fueron privados, en la fecha del infortunio y pagaderas, junto con los intereses compensatorios por la privación de su uso, desde entonces y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en pesos de valor constante, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso.

"Cuando alguno o algunos de los demandantes no necesiten la renta de que fueron privados, se ordenará su acrecimiento a aquél o aquéllos a quienes se les sigan debiendo.

"112.4. De la pérdida del derecho alimentario, considerado en abstracto, que tenían en relación con su esposo y padre;

"112.5. de la alteración de las condiciones materiales de existencia, y,

"112.6. de los daños a la vida de relación.

"**En subsidio:**

"112.6. si no hubiere bases suficientes en el expediente para hacer la cuantificación matemática de los que valen los perjuicios patrimoniales demandados en 112.3., 112.4., 112.5. y 112.6., el Tribunal, por razones de equidad, será servido de fijarlos en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de cuatro mil gramos de oro-fino, dos mil para la viuda y el resto para los hijos, por partes iguales, dándole aplicación a los artículos 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

"2.- La NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 177 y 178 del C.C. Administrativo."

"HECHOS:

"1.- LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA ingresó, a la cárcel nacional de BELLAVISTA, el 12 de mayo de 1989. A pesar de que apenas se encontraba preventivamente detenido, la Dirección Penal lo juntó con numerosos condenados en el patio Quinto violando, en esta forma, la obligación que le impone el Código Carcelario, de mantener separados los unos de los otros, donde dieciocho días después, personas hasta ahora desconocidas, le dieron muerte.

"2.- El señor OCAMPO ZULETA tenía al morir, 30 años de edad; era hijo de MARIA POLICARPA ZULETA ZAPATA y de ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA, todavía vivos. Estaba casado con la señora BEATRIZ ELENA LOPEZ JARAMILLO, y de la unión nacieron y sobreviven: YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, **EDISON** DAVID Y NAYIBE MARCELA, personas pobres y necesitadas, que dependían para su subsistencia, crianza, educación y establecimiento en la vida, de la ayuda económica que siempre les deparó su esposo y padre.

"3.- LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA era un pequeño comerciante que derivaba su sustento y el de sus hijos de la compra y venta de mercancía, se ganaba no menos del salario mínimo. La muerte de éste causó a los demandantes daños y prejuicios morales y patrimoniales.....

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"1.- En ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA pretenden las personas que acreditaron la legitimación en causa por activa, que se declare administrativamente responsable a LA NACION (MINISTERIO DE JUSTICIA), por los hechos ocurridos el 31 de mayo de 1989, en la Cárcel Nacional de Bellavista del Municipio de Bello (Antioquia), en los cuales perdió la vida el señor LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA.

"2.- Con el fin de determinar si se dan en el presente caso los elementos que estructuren la responsabilidad del Estado, se hará el siguiente análisis:

"2.1. En la investigación previa que se inició ante los organismos competentes en razón de la muerte de LUIS ARTURO ZULETA, ocurrida en la Cárcel Nacional Bellavista, el 31 de mayo de 1989, se lee:

"INSPECCION DE PERMANENCIA SEGUNDO TURNO. Mayo treinta y uno de mil novecientos ochenta y nueve.

"**VISTOS:**

"En la fecha siendo las 13:15 horas se tuvo conocimiento por llamada telefónica a este Despacho de la Cárcel Nacional de Bellavista que en dicho centro penitenciario se encuentra un cadáver motivo por la cual este Despacho.

"**RESUELVE:**

"1o.- Trasladarse el Despacho al lugar antes indicado con el fin de practicar diligencia de levantamiento cadáver.

"2o.- Oficiar al doctor PEDRO ANTONIO PATIÑO MARTINEZ, médico legista Hospital Marco Fidel Suárez a fin de que se sirva practicar diligencia de Necropsia.

"3o.- Practicar a prevención las diligencias contempladas en el Art. 334, Numeral 3o. del C. de P. Penal y todas las demás que se deriven de éstas.

"4o.- Ordenar el traslado del cadáver a la Morgue Municipal del Hospital Marco Fidel Suárez a fin de dar cumplimiento al contenido del numeral Segundo de esta resolución..." (fl. 135).

"El Inspector de Permanencia Segundo Turno se trasladó a la Cárcel con el fin de practicar la diligencia de levantamiento de un cadáver y efectivamente en la enfermería de dicho centro penitenciario, se encontró el cuerpo sin vida de una persona de sexo masculino. En cuanto a los móviles y hechos manifiesta que sólo se pudo establecer que el occiso fue lesionado a eso de las 12:30 horas desconociéndose móviles y sindicados. Según datos suministrados por la Sección Jurídica de la Cárcel, el occiso quien respondía al nombre de LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA, había ingresado el día 12 de mayo de 1989 por cuenta del Juez Cuarto de Orden Público de Medellín por violación al Decreto 180 de 1988 (fl. 135 vuelto).

"2.2. El Asesor Jurídico (Egdo), con el visto bueno del Director de la Cárcel, el 5 de junio de 1989, formuló denuncia en los siguientes términos:

"Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Procedimiento, me permito formular denuncia contra quien pueda resultar responsable por el delito de HOMICIDIO.- Occiso CAMPO ZULETA LUIS ARTURO T.R. 3193788.

"Se desprende del informe realizado por el Guardián Luis Alfonso Gómez G., quien comunica que el día 31 de mayo del presente año, al dirigirse a la parte interna del patio se encontró el cuerpo sin vida del arriba citado, quien murió en forma violenta.

"SITUACION JURIDICA DEL OCCISO

"OCAMPO ZULETA LUIS ARTURO. TR.No. 19378

"Ingresó en mayo 12 del/89, sindicado del delito de VIOLACION AL DCTO. 180/88 por cuenta del Juez 4o. de Orden Público.

"Registraba única entrada y sin requerimiento ni denuncias pendientes." (fl. 142).

"2.3. Obran en el proceso los correspondientes registros civiles de nacimiento y de defunción del señor LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA (fl. 6 y 7).

"2.4. En el acta correspondiente a la diligencia de necropcia, se lee:

"DIAGNOSTICO MACROSCOPICO:

"Múltiples heridas por arma cortopunzante, hemotórax **bilateral,** pulmones colapsados, heridas de ambos pulmones, herida de pericardio, hemopericardio, herida transfixiane de la arteria pulmonar en su nacimiento, hemoperitoneo, heridas de yeyuno y de mesenterio; hígado y bazo exangues.

"CONCLUSION:

"Por los anteriores hallazgos conceptuamos que el deceso de quien en vida respondió al nombre de LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA fue consecuencia natural y directa del shock hipovolémico debido a las heridas viscerales por arma cortopunzante, y tuvieron en conjunto un efecto de naturaleza esencialmente mortal. En condiciones normales de existencia y a juzgar por el aspecto macroscópico de las visceras, conceptuamos la supervivencia en 39 años más".

"3.- El artículo 90, inciso 1o. de la Constitución Nacional, dice:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". (Las subrayas son de la Sección).

"4.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado, sostuvo que cuando las autoridades capturan a un ciudadano y lo ponen, contra su voluntad y la de sus parientes, bajo su guarda y vigilancia, debe entenderse que existe un depósito necesario, que genera una obligación de resultado en el sentido de devolverlo al ciudadano sano y salvo o, de lo contrario, comprometen su responsabilidad, en forma que sólo se exoneran si demuestran fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima (proceso 2.750 Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango).

"En sentencia de diciembre 6 de 1988, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, la misma Sección consideró desafortunada la asimilación al depósito necesario, para afirmar que se trata simplemente del cumplimiento de un deber legal.

"En sentencia de octubre 25 de 1991, esa alta Corporación sostiene que frente a las personas detenidas por la autoridad o sometidas a conscripción o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en los

centros de enseñanza, la administración debe responder por su vida e integridad personal y devolverlas - luego de la detención o instrucción-, en condiciones de salud similares a las que tenían cuando ingresaron; de lo contrario se presume la falla en el servicio y deberá responder el Estado por los perjuicios causados.

"5.- En conclusión, la administración penitenciaria no cumplió con su deber legal de mantener la vida y la integridad personal del detenido, en condiciones similares a aquella en que ingresó, para devolverlo sano y salvo. De acuerdo con todo lo expuesto, se infiere la responsabilidad que puede atribuirse a LA NACION". (fl. 184-193, C.l).

-II-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia **CONSULTADA** 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.

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 *a-quo* aprecia el informe que el día 31 de mayo de 1989, esto es, el mismo día en que ocurrió la tragedia, rindieron los agentes Nro. 1063 y 1081 al señor Inspector de Permanencia, en el cual, y en lo pertinente, se lee:

"Por medio del presente nos permitimos, enviarle el siguiente informe relacionado sobre Homicidio, en la cárcel de Bellavista, quinto patio, en la persona que en vida respondía a LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA, de 30 años de edad, casado, residente en Copacabana, de electricista, hijo de Otoniel y María Policarpa.

"El día de hoy sesó de las 13:00 horas, dieron muerte con arma blanca en el patio quinto, presentaba varias lesiones en todo el cuerpo.

"Este se encontraba por cuenta del juzgado cuarto de Orden público por el delito, de Viol. Decretp 180/88." (fl. 138, C.l).

La realidad anterior encuentra también apoyo en el Acta que de la diligencia de levantamiento del cadáver, suscribió la inspectora de Permanencia, Segundo Turno, de cuya lectura se desprende que la tragedia tuvo lugar en la Cárcel Nacional de Bellavista. En lo pertinente de la misma se destaca:

"...se trasladó el despacho hacia la cárcel Nacional de Bellavista con el fin de practicar diligencia de levantamiento de un cadáver; y efectivamente allí se llegó a eso de las 13.50 horas, y en la enfermería de dicho centro penitenciario sobre

una camilla metálica y ésta a su vez sobre el piso, se encontró el cuerpo sin vida de una persona de sexo masculino en posición de cúbito dorsal con la cabeza al oriente y los pies al occidente.... Según datos suministrados por la sección jurídica de la cárcel de Bellavista, el occiso respondía al nombre de LUIS ARTURO OCAMPO ZULETA, de 30 años de edad, de profesión electricista, ...sin documento de identificación **el cual había ingresado a dicho centro penitenciario el día 12 de mayo del año en curso y estaba por cuenta del JUEZ 4o. de ORDEN PUBLICO de Medellín** (Ant.), por violación al Dto: 180/88. Es de anotar que al occiso se le observó en la mano izquierda, que le faltaba la primera falange de los dedos índice y medio y tenía una canoa y gasa en el brazo izquierdo **ESTABA INTERNO EN EL PATIO QUINTO (5o.) de la cárcel de Bellavista"**. (fl. 135 vuelto). (subrayas de la Sala).

En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se dejo sentada en el expediente No. 8335, actor Luz del Socorro López García, con ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta:

"Dentro del anterior marco se tiene que la falla del servicio se presentó por la falta de protección al detenido, estando privado de su libertad. En la materia que se estudia la Corporación ha predicado que, respecto de los reclusos, los establecimientos penitenciarios asumen una obligación de seguridad, que es de RESULTADO, y no de MEDIOS. Este enfoque jurídico lleva a concluir que la administración tiene la obligación de devolver al detenido, en el momento en que recupera su libertad, en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó, salvo los deterioros normales y explicables de ella, a la luz de la ciencia médica. Si así no ocurre, se produce el DAÑO ANTIJURIDICO, fuente de la obligación de indemnizar el daño causado, máxime cuando el demandado no logra demostrar una causal eximente de responsabilidad, como la Fuerza Mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la victima".

B) Para la Sala resulta realmente preocupante el universo que tiene el informe que el señor Ministro de Justicia rindió al Tribunal Administrativo de Antioquia (C.1, fol. 92), de cuya lectura se desprende que el número de muertos, en forma violenta, en el citado centro penitenciario, fue el siguiente:

1988	19
1989	56
1990	23
TOTAL	98

Se agrega en la citada comunicación, y a manera de explicación de la conducta de la administración, que en el programa de atención a los reclusos dementes se han invertido $51.606.000.oo, en asistencia social al recluso $113.388.000.oo en dotación de la industria carcelaria y de capacitación $305.360.000.oo en prestación de servicio asistencial al menor $47.310.000.oo, en dotación de elementos de Sanidad

$324.633.000.oo. Ocurre, sin embargo, que no obstante tales esfuerzos, ellos vienen resultando realmente insuficientes, pues como lo destacó el Director de Prisiones, en publicación que hizo el periódico el Colombiano, el día 12 de enero de 1985, "Bellavista es una bomba de tiempo", pues en ella aparecen detenidos 3.014 presos donde sólo caben 700. Y que la afirmación no carece de fundamentos fácticos, se vivencia de la circunstancia de que con posterioridad a la tragedia, que da lugar a la presente condena, esto es, en Enero 11 de 1990, hizo explosión una granada en el patio No. 4, con el resultado de 35 reclusos heridos y la muerte de otro (C.l, fol. 21).

La realidad que se deja analizada permite concluir que si el Estado no hace frente a la situación que se le viene presentando en los centros carcelarios, tendrá que pagar, por concepto de condenas en favor de los damnificados, sumas superiores a las que demanda una adecuada solución de todos los problemas que hoy existen.

Frente a los sectores de opinión pública que se inquietan por la lluvia de condenas en contra del Estado, parece conveniente reiterar que el criterio que la Sala viene aplicando, para establecer la responsabilidad de la administración, sí se aviene con la realidad del país. Se afirma lo anterior, porque Colombia se define en la Constitución como un Estado Social de Derecho, esto es, de bienestar, predicamento que exige que tenga al día sus servicios públicos y que se ocupe del cuidado de los presos, de los ancianos, de los inválidos, y de los enfermos. El demanda, igualmente, que se respete la dignidad de la persona humana, en todo su universo. El recluido en una institución penitenciaria debe someterse a un Status especial que limita drásticamente su libertad pero que en ningún caso puede llevar a concluir que ha perdido su condición de persona. Por ello Jesús González Pérez, recuerda:

"La condición de persona y la dignidad a ella inherente acompañará al hombre en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare **aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria.**

"Ha costado siglos entenderlo así, a través de una lenta y progresiva humanización del régimen penitenciario de los distintos países...La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 (1/1979) subraya el respeto debido al recluso, en razón a su condición de persona. "El penado -dice el preámbulo- no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico. En congruencia con este principio, el art. 3 de la ley dirá que "la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluídos".

Como si lo anterior fuera poco, el artículo primero de la Constitución Nacional afirma que ese estado Social de Derecho se funda en la dignidad de la persona humana y en **LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS** que la integran. De ésta se ha enseñado que es el verdadero lazo social del mundo moderno "Bajo su égida los hombres se agrupan juntos o se oponen a otros grupos...Y a veces la conciencia de la

solidaridad abre el camino a un heroísmo auténtico...La noción de solidaridad implica, por lo tanto, la idea de una comunidad de intereses...Puede existir solidaridad auténtica entre gente que no se conoce, que ni siquiera se interesa por los otros pero tiene con ellos intereses en común....El mismo estado moderno ha dejado de ser una comunidad, una patria, para convertirse en un tejido de solidaridades. En la historia de la humanidad, se conocerá probablemente el siglo xx como el siglo de la solidaridad..." (la Comunicación de las Existencias, pág. 54 y ss.ss. Ignace Lepp).

Dentro de la anterior filosofía, cómo dejar sin indemnización a las víctimas que padecen las consecuencias de los atentados contra la dignidad de la persona humana, provenientes de las personas vinculadas a la administración? Cómo no indemnizar a las personas que padecen las consecuencias del daño antijurídico, cuando no estén obligados a soportarlo? El universo que tiene el artículo 90 de la Constitución Nacional debe tener aplicación por los jueces, en todos los casos en que se vivencia que se ha dado la situación contemplada en la hipótesis normativa. No proceder así sería darle nuevos argumentos a los que piensan que tenemos una Colombia en el papel, y otra Colombia en la realidad. A esta tarea de frustración no puede contribuir la magistratura.

A los jueces de la administración no les está faltando imaginación para dejar atrás las concepciones francesas, sobre la responsabilidad extracontractual. Quizás está ocurriendo el fenómeno contrario. Han podido dejar atrás ese mundo de conceptos, decantados en un país desarrollado, para realizar la justicia en un país en vía de desarrollo, con pretensiones de Estado Social de Derecho. El Derecho es justicia o no es.

En este momento del discurso judicial debe quedar en claro que tampoco es cierto, como algunos lo predican, que el Estado tiene mal defendidos sus intereses. La situación puede darse, pero tampoco es la regla. Lo que está mal, lo que está enfermo, es el Estado mismo. Si resulta cierto que el país está en guerra, y que padece el terrorismo, las consecuencias que tal situación genere deben ser REPARTIDAS ENTRE TODOS LOS INTEGRANTES DE LA COMUNIDAD. No se aprecia una buena razón para que sólo un grupo reducido de personas tengan que soportar el daño. Por lo demás, la historia reciente demuestra que ese mismo Estado sí pudo redimir el sector financiero, cuando entró en crisis. La guerra también tiene sus exigencias que se traducen en mas, y mejores armas, para hacerla. En más, y mejores hombres, para atenderla. Sín embargo, el país parece resignarse a satisfacer el gasto que todo ello demanda. Hoy más que nunca parecen tener recibo las enseñanzas de HAURIOU cuando predicaba: "Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actué, pero que obedezca a la ley; que actué, pero que pague el perjuicio."

En la materia que se estudia es necesario ATERRIZAR, pero ese mensaje no puede ser para la justicia contenciosa administrativa, que ha mucho tiempo tocó

pista sin perder el manejo de los valores y de los principios que informan la bella ciencia del derecho, y que permiten también decolar cuando sea necesario. La invitación a hacer un derecho a la medida del país no podrá entenderse nunca como "medida de lo arbitrario", de lo "injusto", de lo "violento", porque cuando se trata de tomar tales medidas no aparecen mensajes muy alentadores. El juez colombiano, si quiere ser justo, tiene que volar más alto, porque el medio social en que se mueve no es paradigma de las mejores virtudes sociales.

C) La LEGITIMACION POR ACTIVA quedó bien demostrada. Por ello se confirmará la condena que por PERJUICIOS MORALES hizo el sentenciador de instancia en favor de BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO (cónyuge), de YENIFER NATALIA, ESNEYDER ALEXANDER, EDISON DAVID y NAYIBE MARCELA LOPEZ (hijos) y de MARIA POLICARPA ZULETA ZAPATA y ANTONIO ELIAS OCAMPO BENJUMEA (padres), por un mil gramos de oro fino para cada uno.

Se confirmará también la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el tribunal en favor de las personas indicadas en la parte resolutiva del fallo de primera instancia, esto es, la cónyuge del occiso y los cuatro hijos relacionados en el fallo de primera instancia, pero su monto se actualiza por el período comprendido entre el primero (1) de abril y el 31 de octubre de 1994, quedando así:

-Para BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO (esposa), la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($9.875.512.18).

-Para YENIFER NATALIA OCAMPO LOPEZ, la suma de UN MILLON SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.625.973.10). (hija).

-Para ESNEIDER ALEZANDER OCAMPO (hijo), la suma de un MILLON QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.557.886.48).

-Para EDISON DAVID OCAMPO LOPEZ (hijo), la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.380.146.98).

-Para NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, la suma de UN MILLON DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.222.340.96).

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.) **CONFIRMASE** los numerales primero (1o.), tercero (3o.), cuarto (4o.), quinto (5o.) y sexto (6o.) de la sentencia calendada el día ocho (8) de abril de mil

novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro.

2o.) REVOCASE el numeral segundo (2o.) del mismo fallo, el cual quedará así:

2o.- Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las sumas de dinero que a continuación se indican y a las personas que se relacionan, así:

-Para BEATRIZ ELENA LOPEZ DE OCAMPO (esposa), la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DOCE PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($9.875.512.18).

-Para YENIFER NATALIA OCAMPO LOPEZ, la suma de UN MILLON SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.625.973.10). (hija).

-Para ESNEIDER ALEXANDER OCAMPO (hijo), la suma de UN MILLON QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.557.886.48).

-Para EDINSON DAVID OCAMPO LOPEZ (hijo), la suma de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.380.146.98).

-Para NAYIBE MARCELA OCAMPO LOPEZ, la suma de UN MILLON DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($1.222.340.96).

3o.) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A; para tal fin expídanse copias del mismo a los apoderados de las partes y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para lo de su cargo, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en el sentido que respecto de los reclusos los establecimientos penitenciarios asumen una obligación de resultado y no de medio, por lo que la Administración debe responder por el daño antijurídico que los detenidos llegaren a sufrir, según la tesis establecida en la sentencia del 4 de noviembre de 1993 en el proceso No. 8335.

CONTRATO DE OBRA/SUSPENSION DEL CONTRATO/LIQUIDACION DEL CONTRATO/PRINCIPIO DE LA MUTABILIDAD INTERPRETACION DE LA CONDUCTA HUMANA/BUENA FE-Inexistencia

El centro de imputación jurídica demandado no fue fiel a la palabra empeñada; no actuó de buena fe, y se apartó de los principios de la AUTODETERMINACION y de la AUTOVINCULACION EN LOS CONTRATOS, destruyendo la CONFIANZA que había suscitado en el CONTRATISTA. Y se predica lo anterior, porque resulta cierto que el Contrato No. 016 de 1986 fue sometido a un largo viacrucis, por culpa exclusiva del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, el cual se inició el mismo día en que se suscribió esto es, el 19 de marzo de 1986, y vino a culminar al menos, parcialmente para el demandante, el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), cuando el acto jurídico se terminó, por mutuo acuerdo entre las partes. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, como reiteradamente lo ha predicado la Sala se vivencia que la del demandante tiene facetas positivas, pues en todo momento se mostró como una COLABORACION DE LA ADMINISTRACION. Por ello atendió sus sugerencias y aceptó que la suspensión del contrato lo fuera por un período tan amplio, que prácticamente quedaba indefinidamente a voluntad de ella. En el Acta en que se tomó tal determinación se dijo que ella iría hasta el momento en que "...el Fondo Rotatorio de Aduanas haya ordenado a la firma PLINIO NAVARRO Y CIA. LTDA. la elaboración de los nuevos diseños de la Red de Aguas lluvias y Canales y Red de Aguas Negras". Más am-

plitud, imposible. Por lo demás, el CONTRATISTA entendió bien que los contratos de la administración se informan en el PRINCIPIO DE LA MUTABILIDAD, en virtud del cual ella tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando, como lo enseña el Profesor Héctor Jorge Escola, su ejecución y "...variando las prestaciones debidas por cocontratante particular...". En la materia que se estudia también tiene aplicación la filosofía que informa la liquidación del contrato y que ha llevado a la Corporación a predicar que cuando ella se suscribe por las partes, sin observaciones, las obliga, pues es un real corte de cuentas, en el cual se define quién debe a quién y cuánto. Cuando la administración hizo el proyecto de liquidacion, que sometió al contratista, contrariando su comportamiento negocial anterior, DEFRAUDO LA CONFIANZA que antes había suscitado en el CONTRATISTA, con lo cual violó el mandamiento ético que enseña que ella no debe ser defraudada. Tanto el Acta de Pre-Acuerdo como el Acta que da cuenta de la terminación del contrato, por mutuo acuerdo, generaron CONFIANZA en el demandante y también ha debido producir el mismo efecto en el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, a través de sus directivos. El ordenamiento jurídico, y los jueces a través de sus fallos, tienen el deber de proteger LA CONFIANZA, porque poder CONFIAR ES CONDICION FUNDAMENTAL para una pacífica vida colectiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C. diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 10.040. Actor: Julio Eduardo Herrera Gutiérrez. Demandada: Fondo Rotatorio de Aduanas Dirección Central de Aduanas.

-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 de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 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, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"El señor JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción relativa a contratos presentó demanda ante esta Corporación el día 19 de febrero de 1990- véase folio 21 del cuaderno 1-, en contra del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:

"PRETENSIONES:

"PRIMERO: Que se declare incumplido por el Fondo Rotatorio de Aduanas el contrato No. 016/86 celebrado con el Ingeniero JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ, relativo a la construcción de redes de aguas lluvias y canales del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá, fechado en marzo 19 de 1986, junto con el Adendo de fecha mayo 6 de 1986, el acta de pre-acuerdo y el acta de terminación del mismo.

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del aludido contrato por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas, se declare que éste debe pagar el contratista demandante ingeniero civil Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, la suma de $10'667.852.35, más los reajustes aplicables correspondientes a la indexación por inflación o desvalorización de la moneda, calculados desde el 5 de septiembre de 1988, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, teniendo en cuenta las jurisprudencias del H. Consejo de Estado y de ese propio Tribunal, las disposiciones de ley y la desvalorización monetaria, (De mi parte afirmo que para la fecha de presentación de esta demanda dicha condena, en pesos a Enero de 1990, corresponde a la suma de $ 15'000.000.oo).

"TERCERA O PRIMERA SUBSIDIARIA.- Que en el evento de que la anterior condena no se pudiera precisar en los términos solicitados, se proferirá en tal evento fallo condenatorio en abstracto contra el Fondo Rotatorio de Aduanas - Dirección General de Aduanas, y a favor del Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, para que mediante incidente de regulación de perjuicios se precise el *quántum,* de conformidad con lo preceptuado por los artículos 307 y 308 del C.P.C., fijándose así mismo las bases de tal regulación de perjuicios y fijación de *quántum* en el respectivo fallo.

"CUARTA.- Si se diera el caso de mora en el pago de las sumas a que sea condenado el Fondo Rotatorio de Aduanas, se generarán en su contra y a favor del actor, los intereses previsto en el artículo 177 del C.C.A. (Decreto 01/84), dentro de las modalidades correspondientes a dicha disposición. (Véanse folios 2 y 3 del cuaderno 1).

"II. ANTECEDENTES:

"1) Mediante contrato No. 0016 celebrado por el Fondo Rotatorio de Aduanas por una parte (Contratante) y por la otra el Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez (Contratista) el 19 de marzo de 1986, éste se comprometió a ejecutar

para el Fondo, por el sistema de precios unitarios, la construcción de la red de aguas lluvias y canales del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá.

"2) El 6 de Mayo de 1996 se pactó entre las partes contratantes el adendo mediante el cual se convinieron, entre otras estipulaciones, las relativas a la sujeción a las apropiaciones presupuestales, comprometiéndose el Fondo Rotatorio de Aduanas a reservar con destino al contrato la suma de $14'037.786.oo.

"3) En septiembre 30/86 las partes contratantes, de común acuerdo, pactaron el acta de suspensión del contrato, debido a causas completamente ajenas a la responsabilidad del contratista, y consistentes fundamentalmente en los cambios de diseños ordenados por el Fondo respecto de los colectores, estipulándose en dicha acta que cesaran las causas de la suspensión, se resolvería lo pertinente a la fecha de reiniciación del contrato.

"4) El contrato quedó suspendido por acuerdo de las partes, tal como ya se dijo, hasta junio de 1988, es decir por tiempo aproximado de dos años, sin que el Fondo diera ningún paso para su reanudación. Durante este lapso de suspensión el contratista insistió numerosas veces, mediante comunicaciones escritas, para que se le diera solución al problema de su contrato sin terminar en su ejecución por culpa directa del Fondo. Por otra parte, siempre estuvo listo y atento a reanudar las obras contratadas, manteniendo equipos y materiales en el sitio de la obra. En el mes de mayo de 1988 sorpresivamente vino a descubrir que el Fondo Rotatorio de Aduanas, aprovechando materiales y equipos suyos, había contratado los servicios de otro contratista para que finalizara la obra contratada, por él iniciada y adelantada, y luego suspendida como ya se indicó.

"5) Así mismo, en mayo de 1988 el Fondo Rotatorio de Aduanas, sorprendido por el contratista en tan extraña como censurable conducta administrativa, llamó al Ingeniero Contratista, hoy demandante, para buscar soluciones que pusieran fin a la situación creada por el propio Fondo buscándose una liquidación amigable del contrato, previa la evaluación de la parte construida por el actor, y del monto de los perjuicios económicos graves sufridos por éste. Al efecto el Fondo Rotatorio de Aduanas designó a dos funcionarios suyos para que en unión del contratista, buscaran los respectivos puntos de acuerdo. Como resultado de la evaluación comentada, se convino y redactó el documento denominado "pre-acuerdo para la liquidación del contrato", en el cual se reconoció a favor del contratista la suma de $10'667.852.35. Este documento indiscutiblemente constituye la base de liquidación del contrato, y fue suscrito por el ingeniero contratista Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, el arquitecto Luis Alfredo Angarita Parra, Jefe de la Sección de Interventoría del Fondo, y el Interventor de la Obra Arquitecto Alejandro Jiménez Gómez y lleva como fecha la del 29 de Junio de 1986 (sic. 1988) estando numerada bajo el serial 140988.

"6) Con fundamento en lo acordado en el documento de pre-acuerdo precedentemente indicado, y posteriormente a él, se pactó en septiembre 5 de 1988 la denominada "Acta de terminación del contrato" en la cual intervinieron en su calidad de funcionarios del Fondo, su Director General Gustavo Restrepo Pérez, el ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, Jefe de la División de Construcciones; el arquitecto Rafael Bolívar Borda, Jefe de la Sección de diseño; la Jefe (e) de la Oficina Jurídica Leonor E. de Villalobos; el arquitecto Alfredo Angarita Parra, Jefe de la sección de interventoría, y el Arquitecto Alejandro Jiménez Gómez, Interventor de la obra. Por parte del contratista firmó el Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez. Se convino en dicha acta de terminación del contrato 016/86 lo siguiente: ""a) al declarar terminado de común acuerdo el contrato 016/86... y proceder a su liquidación. b) Fijar el plazo de 30 días para efectuar la liquidación del contrato. c) Si fijado el término convenido en el literal b) del presente acuerdo no se hubieran elaborado el acta final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis (documento de pre-acuerdo que señaló la suma de $10'667.852.35, **servirá como base para dicha liquidación,** la cual una vez perfeccionada, será exigible de pagar previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista." (He subrayado).

"7) Posteriormente, el Fondo designó como liquidador al mismo Interventor de la obra, arquitecto Rafael Bolívar Borda, quien citó mediante oficio 064/86 de octubre 13 de 1988, suscrito igualmente por el Ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, Jefe de la División de Constructores del Fondo, oficio con el que se ratificó lo dicho en el 06383 del día anterior (oct. 12/88) suscrito por el Ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, Jefe de la División de Construcciones, en el que citaba para el día 13 al Contratista para firmar el acta de liquidación, presentándole un documento en el que se desconocían tanto las bases de liquidación pactada en el documento de pre-acuerdo, como lo pactado en el documento de terminación del contrato. Es obvio que ante tal desconocimiento unilateral de obligaciones contractuales por parte del Fondo, el contratista rechazó directa e inmediatamente la firma de la (sic) tal documento proyectado.

"8) El contratista como ya se dijo, rechazó el proyecto del acta de liquidación, por cuanto en él el Fondo unilateralmente desconocía o incumplía, tanto el acta de pre-acuerdo, como el documento de terminación del contrato, y para responder a las modificaciones que se le hicieron a la liquidación del Contrato, en oficio de octubre 21 de 1988 dirigido al Fondo, manifestó las omisiones graves que en su perjuicio cometía el Fondo en el proyecto de acta de liquidación, sañalando las irregularidades en que incurrieron tanto el Fondo como sus funcionarios, por violación de normas legales y por violación del contrato, es decir explicando de manera amplia y documentada el proyecto de acta de liquidación y enviando una propia suya que si tenía en cuenta las consideraciones propias del pre-acuerdo

para la liquidación del contrato, y del acta de liquidación del contrato, de fechas respectivas junio 29 de 1988 y septiembre 5 de 1988, señalando al efecto la suma de $10'667.852.35 como saldo liquidado a su favor, y obviamente apoyándose en documentos firmes celebrados con el Fondo, relacionados en puntos precedentes. La radicación de dicho documento se efectuó el 31 de octubre de 1988, según sello pertinente puesto por el Fondo, sin que el contratista haya recibido respuesta del Fondo para la fecha de elaboración y presentación de la presente demanda.

""9) Aunque no es un hecho contractual, propiamente dicho, conviene en este apartado hacer mención de que el Decreto 2649 del 22 de Diciembre de 1988, publicado en el diario oficial de la misma fecha indica que el Fondo Rotatorio de Aduanas pasó a ser administrado directamente por el Director General de Aduanas, quien con arreglo a dicha normatividad ejerce no sólo la dirección, sino también la representación legal de dicho Fondo, habiéndolo definido el artículo 53 *Ib.*como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y con domicilio legal en la ciudad de Bogotá". (Véanse folios 3 a 6 del cuaderno 1). (folios 224 a 228 del cuaderno número 1).

"(...)

"VIII. CONSIDERACIONES:

""Corresponde a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidir las pretensiones procesales formuladas por el señor JULIO EDUARDO HERRERA CIFUENTES.

"A. EL MATERIAL PROBATORIO:

"1.- Contrato 0016 de **marzo 19 de 1986**, celebrado entre el Fondo Rotatorio de Aduanas y el Señor JULIO EDUARDO HERRERA CIFUENTES, por medio del cual el contratista se obligó a ejecutar a precios unitarios señalados en su propuesta, **el suministro de equipos de materiales, mano de obra y demás elementos para la ejecución de las obras de CONSTRUCCION DE LA RED DE AGUAS LLUVIAS Y CANALES** DEL PRIMER MODULO DE BODEGAS DE LA ADUANA INTERIOR DE BOGOTA ubicada en la Avenida El Dorado No. 105-05 de esta ciudad. (Documento público, folios 23 a 35 del cuaderno 1, 33 y ss. del cuaderno 2).

"2. Adendo de **6 de mayo de 1986,** el contrato 0016 de marzo de 1986 para dar cumplimiento al artículo 46 del Decreto 222 de 1983, y aclarar algunas cláusulas (Documento público, folios 47 y 48 del cuaderno 2).

"3.- Acta de **iniciación de obra** de **julio 1o. de 1986** (Documento público, folios 29 a 31 del cuaderno 2).

"4.- Acta de **suspensión de obra de Septiembre 30 de 1986**. Esta tuvo como causa, la necesidad de modificar el proyecto hidráulico y sanitario

efectuado para el proyecto arquitectónico inicial que comprendía 2 módulos de bodegas y el edificio administrativo, con el objeto de adecuarlo para las necesidades del primer módulo de bodegas; causales de suspensión no imputables al contratista. (Documento público, folios 40 y 41 del cuaderno 1).

"5.- Oficio de **9 de septiembre de 1987,** del Jefe de División de Construcciones del Fondo Rotatorio de Aduanas, dirigido al contratista, comunicándole que "...el próximo 15 de los corrientes se iniciarán las obras de movimiento de tierra y rellenos del patio de Maniobras. Por lo tanto me permito solicitarle nos comunique las implicaciones que tiene esta obra con su contrato a fin de la coordinación pertinente para evitar contratiempos posteriores." (Documento público, folio 43 del cuaderno 1).

"6.- Comunicación de **junio 1 de 1988,** del contratista al Fondo, haciendo un balance del contrato a la fecha. (Documento privado, folios 45 a 47 del cuaderno 1).

"7.- Comunicación de **Junio 24 de 1988,** del contratista al Fondo, remitiéndole un proyecto de liquidación del contrato. (Documento privado emanado del actor, y aportado por él con el de presentación de la demanda, folio 44 del cuaderno 1).

"8.- Preacuerdo **para la liquidación del contrato de Junio 29 de 1988,** entre el Fondo y el contratista. Este contiene varios acápites:

". **Antecedentes:** El valor del contrato $14'037.786, el valor de la obra recibida $7'052.405.73, valor del anticipo $5'615.114.40, anticipo amortizado $2'820.962.29, plazo inicial 120 días calendario, fecha de iniciación julio 1o. de 1986, fecha de suspensión septiembre 30 de 1986).

". Valores con cargo al contrato: Valor de las obras por ejecutar a precios de 1986, costos directos e indirectos a febrero de 1986 $6'985.380.27.

"Actualización del costo del contrato a mayo de 1988 $12'785.816.51, costos indirectos del 27% $3'452.170.46.

"Materiales en la obra -hierro de refuerzo, formaleta, recebo- a la fecha de suspensión $679.834.oo.

"Costo del lucro cesante de equipos -mezcladora, vibrocomputador rana, vibrador de concreto, motobomba, equipo de ingeniería, palas, picas, carretilla, se **describen- $9'330.000.oo.**

". Total acuerdo para la liquidación: $13'462.004.46, menos cancelación anticipo $2'794.152.11. Total liquidación a favor del contratista según acuerdo, $10'667.852.35. (Documento público, folios 47 y 48 del cuaderno1).

"9.- Acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato 0016 de 1988, suscrita el **14 de Septiembre de 1988.** Se estudiaron los siguientes puntos:

"**Antecedentes del contrato:** firma del contrato, adendo, anticipo pagado, acta de iniciación, acta de suspensión.

"**Estado de suspensión del contrato a Septiembre 30 de 1986** -cuando se suspendió-.

"Valor del contrato	$14'037.786.oo
"Valor del pago por anticipo	$ 5'615.114.40
"Valor obra ejecutada y pagada	$ 7'052.405.73
"Valor amortizado anticipo	$ 2'794.152.11
"Valor anticipo amortizar	$ 2'820.962.29
"Valor obra por ejecutar	$ 6'985.380.27

"**Conclusiones y resoluciones:**

". El adendo suprimió los reajustes para los precios unitarios.

". No es posible terminar las obras materia del contrato a precios de la propuesta, por cuanto no es posible hoy sostener dichos precios.

". No es posible adicionar para esa fecha, el contrato, pues excedería de los márgenes establecidos en el Decreto-Ley 222 de 1983 para la contratación de obras públicas.

". No es posible suscribir contratos accesorio, pues no se dan los supuestos del artículo 114 del Decreto-Ley 222 de 1983.

". Se integran a esta acta, la comunicación de julio 1o. de 1988 del contratista, referente a las pretensiones de éste, como también la de reclamación y terminos, de fecha 29 de agosto de 1988. (PUNTO SEIS).

"**Se llegó al siguiente acuerdo:**

". Declarar terminado de común acuerdo el contrato 0016 de marzo 19 de 1986.

". Fijar un plazo de 30 días para efectuar la liquidación del contrato.

". Si vencido éste termino, "no se hubiere elaborado el acta final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis, servirá como base para dicha liquidación, la cual una vez perfeccionada, será exigible y pagadera previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista". (Documento público, folios 49 a 56 del cuaderno 1).

"10.- Resolución No. 1576 de **septiembre de 1988**, por medio de la cual se designa un liquidador para el contrato 0016 de 1986. (Documento público, folio 211 del cuaderno 2).

" 11.- Memorando interno de **octubre 7 de 1988** del Jefe Sección de Diseño al Jefe de División de Construcciones del Fondo, con referencia al contrato 016 de 1986 y a la comunicación del contratista de 24 de junio del mismo año. Se indican entre otros:

". Que las obligaciones de los cocontratantes, mientras está suspendida la obra cesan totalmente.

".Que es incongruente liquidar costos indirectos - honorarios - sobre obras no ejecutadas.

". Que en cuanto a materiales la entidad sólo es responsable cuando el Fondo los haya recibido, sino, estarán bajo custodia y responsabilidad del contratista, los cuales éste deberá ampararlos con póliza de una compañía aseguradora durante el tiempo que dure la suspensión; que de otra puede ser que los materiales fueron adquiridos con el anticipo o precios de la época, y entonces cómo liquidarse aquellos con precios de diciembre de 1987?.

". Que además y en cuanto a los equipos, si estos durante la suspensión fueron dejados en las bodegas éstos lo fueron por voluntad del contratista, "no por ser solicitud de la entidad o compromiso contractual". Por qué el lucro cesante de éstos se calculó a marzo de 1987?.

".Que la liquidación de lo que falta por ejecutar, no tiene relación causal alguna pues el contrato se terminó por mutuo acuerdo.

". Que se han incluído en el pre-acuerdo de liquidación, obras no previstas en el contrato, y mayores cantidades de obras a las pactadas en éste.

". Que en los costos directos, en la liquidación se incluye valor del hierro, y éste según el interventor, ya estaba incluído en las obras que ya fueron recibidas y canceladas.

". Que en cuanto a los otros materiales, el fondo no solicitó o exigió que permanecieran en la obra ni a disposición, tampoco impidió que fueran retirados, "por tanto el contratista es quien asume o decide si permanecen o los retira".

". Que no hay lugar a que el Fondo tenga que pagar el tiempo cesante del residente de la obra, pues el contrato dispuso que el personal que el contratista dispusiera estaría bajo su cuenta.

"Se concluye que el fondo no tiene que cancelar nada de lo que solicita el contratista en el balance hecho por él. (Documento público, folios 6 a 11 del cuaderno 2).

"12.- Oficio de **octubre 12 de 1988**, del Jefe de División de Construcciones del Fondo, dirigido al Contratista, citándole para el 13 de los mismos mes y año,

para proceder a la liquidación del contrato 0016 de 1986. (Documento Público, folio 59 del cuaderno 1).

"13.- Comunicación de **octubre 13 de 1988**, del contratista al Fondo, presentándole un proyecto de liquidación de acuerdo con lo acordado con el acta de terminación. (Documento privado, folio 60 del cuaderno 1, con recibo del demandado).

"14.- Proyecto de liquidación final del contrato presentado por la administración con fecha **13 de octubre de 1988**. Se indican las actas suscritas, el contrato y sus modificaciones por valor de $14'037.786. y 120 días de plazo. **Total recibido por el contratista** $9'846.557.84**, saldo por amortizar por el contratista** $2'794.152.11, **saldo a cargo del contratista y a favor del Fondo** $2'794.152.11 (Folios 57 y 58 del cuaderno 1).

"15.- Comunicaciones del ahora actor, remitidas al Fondo, recibidas por éste **el 31 de octubre de 1988**, en donde aquel le expresa el segundo, que ya casi fenecen los treinta días que fijaron como plazo para la liquidación del contrato, que l no está de acuerdo con el proyecto de liquidación de la administración (Documento privado, folios 61 a 71 del cuaderno 1).

"16.- Oficio recibido por el Tribunal el **26 de septiembre de 1991**, remitido por el Fondo mediante el cual se informa, que de acuerdo con la constancia expedida por la tesorera del Fondo el 13 de agosto de 1991, se cancelaron a cargo del contrato 0016 de 1986, a Julio Eduardo Herrera las siguientes partidas:

"Junio 18 de 1986	$5'615.114.40
Agosto 25 de 1986	$2'202.850.90
Noviembre 28/86	$2'028.592.54
"Total	$9'846.557.84

""...

""...por necesidades urgentes, de continuar y terminar la obra correspondiente a la construcción de la red de aguas lluvias y canales, este fue ejecutado por la firma ANIBAL FRANCO GOMEZ INGENIEROS, mediante contrato accesorio al contrato principal No. 084 de 1982..." (Documento público, folios 105 y 106 del cuaderno 2).

"17.- Contrato accesorio del No. 84 de 1982, celebrado el día **19 de septiembre de 1988,** entre el SEÑOR ANIBAL FRANCO y el FONDO. En virtud del contrato 84 de 1982, aquellos celebraron un contrato para la construcción del patio de maniobras, accesorios y acabados del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá; que el contrato accesorio se celebró, ya que para la debida ejecución de ese contrato era indispensable acometer la construcción de

confinamiento rellenos patio de maniobras, acabados perimetrales y protección de la estructura metálica, según concepto técnico del interventor del contrato (Artículo 114 del Decreto-Ley 222 de 1983; que técnicamente es conveniente que el mismo contratista de rellenos y pavimento ejecute los confinamientos a fin de que sea un sólo contratista quien responda la totalidad del patio de maniobras y se mantenga la unidad el mismo; que hubo autorización de la Junta Directiva previos estudios, para que el Gerente celebrara el contrato. (Documento público, folios 264 y siguientes del cuaderno 2).

"18.- En el cuaderno 2. obran además otros antecedentes del contrato 0016 de 1986, referentes a autorización para contratar, trámites, garantías, aprobación de éstas, contratos y adendos-repetidos-, contrato accesorio al No. 084 de 1982 celebrado el **19 de septiembre de 1988,** con Aníbal Franco y relaciones contractuales con éste.

"B. EL CASO SUB-JUDICE:

"Primera pretensión:

"Observa el Tribunal, que el demandador propende **EN LA PRETENSION PRIMERA** la declaración de incumplimiento por parte del FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, del contrato de 0016 de 1986, del adendo de éste, como también de las actas de preacuerdo y de terminación por mutuo acuerdo del contrato primeramente mencionado.

"1.- **La demanda.-** En el acápite de antecedentes del litigio, el pretensor enunció como hechos, constitutivos del incumplimiento deprecando, que:

"EN EL HECHO 4, **"Por otra parte, siempre estuvo listo y atento a reanudar las obras contratadas, manteniendo equipos y materiales en el sitio de la obra. En el mes de mayo de 1988 sorpresivamente vino a descubrir que el Fondo Rotatorio de Aduanas, aprovechando materiales y equipos suyos, había contratado los servicios de otro contratista para que finalizara la obra contratada, por él iniciada y adelantada, y luego suspendida como ya se indicó".**

"EN EL HECHO 5. "**...previa la evaluación de la parte construida por el actor, y del monto de los perjuicios económicos graves sufridos por éste. Como resultado de la evaluación comentada, se convino y redactó el documento denominado ""pre-acuerdo para la liquidación del contrato", en el cual se reconoció a favor del contratista la suma de $10'667.852.35.**

"EN EL HECHO 6, que en el acta de terminación de mutuo acuerdo se dispuso, **"a) declarar terminado de común acuerdo el contrato 016/86 ...y proceder a su liquidación. b) Fijar el plazo de 30 días para efectuar la liquidación del contrato. c) Si fijado el término convenido en el literal b)**

del presente acuerdo no se hubiere eleborado el acta final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis (documento de pre-acuerdo que señaló la suma de $10'667.852.35), servirá como base para dicha liquidación, **la cual una vez perfeccionada, será exigible de pagar previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista."**

"EN EL HECHO 7, se afirma que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS incumplió el acta de terminación del contrato, por mutuo acuerdo, **al presentarle "un documento en el que se desconocían tanto las bases de liquidación pactada en el documento de pre-acuerdo, como lo pactado en el documento de terminación del contrato".**

"EN EL HECHO 8, **El contratista como ya se dijo, rechazó el proyecto del acta de liquidación, "por cuanto en él el Fondo unilateralmente desconocía o incumplía, tanto el acta de pre-acuerdo, como el documento de terminación del contrato, y para responder a las modificaciones que se le hicieron a la liquidación del contrato, en oficio de octubre 21 de 1988 dirigido al Fondo, manifestó las omisiones graves que en su perjuicio cometía el Fondo en el proyecto de acta de liquidación señalando las irregularidades en que incurrieron tanto el Fondo como sus funcionarios, por violación de normas legales y por violación del contrato, es decir explicando de manera amplia y documentada el proyecto de acta de liquidación y enviando una propia ... señalando al efecto la suma de $10'667.852.35 como saldo liquidado a su favor, y obviamente apoyándose en documentos firmes celebrados con el Fondo, relacionados en puntos precedentes".**

"2.- Para la Sala: Los incumplimientos que achaca el demandador, al demandado no tienen verdad jurídica.

"a.- En cuanto al que mira, a que el actor, en mayo de 1988 sorpresivamente vino a descubrir "que el Fondo Rotatorio de Aduanas. aprovechando materiales y equipos suyos, había contratado los servicios de otro contratista para que finalizara la obra contratada, por él iniciada y adelantada, y luego suspendida como ya se indicó".

"El Tribunal observa en primer lugar, que no se demostró dentro del proceso, que materiales del contratista hayan sido utilizados por otro contratista para la finalización de la obra; por otra parte la demanda está carente de enunciación fáctica sobre la **clase y cantidades** de materiales "suyos" que fueron utilizados por otro contratista; tampoco se demostró en este juicio propiedad sobre materiales -legitimación en la causa-.

"Con documentos públicos se demostraron en esta contienda, los hechos relativos a la celebración del contrato 0016 de 1986 entre el hoy actor y el Fondo

Rotatorio de Aduanas **(prueba 1)**, el acta de iniciación **(prueba 3)**, el acta de suspensión **(prueba 4).**

"Así mismo se estableció que el 29 de Junio de 1988 **(prueba 8),** los cocontratantes firmaron un documento llamado preacuerdo en el cual se sentaron datos de cómo se inicio el negocio contractual, plazo, iniciación, suspensión, pagos hechos anticipo, amortización, no amortizado, y cancelación-, como también se incorporó al **documento de preacuerdo,** otro documento proveniente del hoy actor en el cual se concluía, que a raíz de la suspensión de obra se le ocasionaron perjuicios al contratista, que éste estima en "13'462.004.46, suma a la cual debía deducirse por concepto de amortización de anticipo $2'794.152.11, es decir, que quedaría a favor del contratista $10'667.852.35. Ese documento fue llamado pre-acuerdo.

"Ese documento, no puede tenerse como acto jurídico, es decir que involucre decisión alguna y que además tenga eficacia; no puede tenerse como convenio, pues de su propio contenido se deduce que no hay acuerdo, sino preacuerdo, es decir proyecto de lo que puede ser; además no tiene efectos de oponibilidad entre quienes lo suscribieron.

"De manera que lo afirmado allí sobre materiales que de propiedad del hoy actor se utilizaron por un nuevo contratista del Fondo, no es prueba de que ello sea verdad. Sumándose a esto último, que el demandador no demostró según asevera, que para el mes de mayo de 1988, la administración tuviera otro contratista para continuar obras que él estaba desarrollando y estuvieran suspendidas.

"Se estableció diferente a lo que sostiene la parte actora, que la administración celebro un contrato accesorio al número 84 de 1982 con el ingeniero Aníbal Franco, el **día 19 de septiembre de 1988,** pero con objeto diverso al celebrado con el aquí actor.

"El de éste tenía como objeto el de **suministro de equipos de materiales, mano de obra y demás elementos para la ejecución de las obras de CONSTRUCCION DE LA RED DE AGUAS LLUVIAS Y CANALES** DEL PRIMER MODULO DE BODEGAS DE LA ADUANA INTERIOR DE BOGOTA ubicada en la Avenida el Dorado No. 105 - 05 de esta ciudad.

"El contrato **accesorio** celebrado entre el Fondo y Aníbal Franco, tuvo un objeto diferente al descrito en el párrafo que antecede. En efecto: En virtud del contrato 84 de 1982, FONDO y ANIBAL FRANCO, celebraron de un contrato para la construcción del patio de maniobras, accesorios y acabados del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá; el contrato accesorio se celebró, ya que para la debida ejecución de ese contrato era indispensable acometer la construcción de confinamiento rellenos patio de maniobras, acabados perimetrales y protección de la estructura metálica, según concepto técnico del interventor del contrato (Artículo 114 del Decreto Ley 222 de 1983, puede

técnicamente era conveniente que el mismo contratista de rellenos y pavimento ejecutara los confinamientos a fin de que sea un solo contratista quien respondiera por la totalidad del patio de maniobras y se mantuviera la unidad del mismo.

"No se probaron entonces los hechos afirmados, situación esta que imposibilita al Tribunal a adentrarse en el estudio, de si los mismos eran constitutivos de incumplimiento contractual.

"b. En cuanto a los hechos afirmados en los antecedentes fácticos de la demanda, Nos. 5, 6, 7 y 8 concernientes a que los hoy parte demandante y demandada, habían acordado a favor del contratista la suma de $10'667.852.35, que la administración presentó un proyecto de liquidación del contrato diferente al pre-acuerdo, y que por tanto modificó éste:

"Observa la Sala, que esas aseveraciones de la demanda no son ciertas.

"Con posterioridad a la suspensión de obras de 30 de septiembre de 1986, y casi dos años después, las partes cocontratantes suscribieron un preacuerdo, del que ya se ha hecho mención, y en el cual las partes **preacordaron** que al contratista quedaría a su favor, la suma de $10'667.852.35. Para la obtención de esta, el contratista indicó valores por perjuicios causados, por perdida de materiales, lucro cesante de maquinaria y personal que tenía a su cargo, valor del contrato no ejecutado y actualización de valores, y además descontó a ese gran total el valor del anticipo no amortizado por él.

"Luego, de ese pre-acuerdo, el **14 de Septiembre de 1988,** las partes de común acuerdo dieron por terminado el contrato **(prueba 9).** En ese convenio, se pactó entre otros, fijar un plazo de 30 días para efectuar la liquidación del contrato; así mismo se anotó, que si vencido éste término, "no se hubiere elaborado el acta final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis, servirá como base para dicha liquidación, la cual una vez perfeccionada, será exigible y pagadera previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista".

"En el punto seis, se mencionaba el documento del contratista en el cual se afirmaba que el valor de los perjuicios causados por la administración a aquel eran de $10'667.852.35.

"De lo anterior, nótese que las partes habían acordado, que lo dispuesto en el punto seis tendría eficacia, siempre y cuando "**no se hubiere elaborado el acta final de liquidación**",dentro de los treinta días siguientes al acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato.

"El acta de terminación por mutuo acuerdo se suscribió **(véase prueba 9) el día 14 de Septiembre de 1988,** y la administración citó al contratista el día **12 de octubre de 1988 (prueba 12)** para liquidar el contrato **el día 13 del mismo,**

mes y año, es decir, antes del vencimiento de los treinta días, que acordaron las partes para liquidar el contrato.

"Hay prueba en el expediente del proyecto elaborado por la administración de liquidación del contrato, prueba que sumada a la demostración del hecho relativo a la citación al hoy actor, antes del vencimiento de los treinta días para **"elaboración"** del acta final de liquidación, hacen concluir que la suma de $10'667.852.35, no era la base para la liquidación del contrato.

"Observa el Tribunal, interpretando el querer del demandador, que en el evento hipotético que la suma de $10'667.852.35, fuera la suma base para la liquidación del contrato 0016 de 1986, no podía tenerse esa suma como a favor del contratista, en razón a que las propias partes cocontratantes, habían acordado, que para que ella fuera oponible, requería de perfeccionamiento.

"Aquellas acordaron que "...servirá como base para dicha liquidación, la cual una vez perfeccionada, será exigible y pagadera previa presentación de la cuenta cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista".

"Halla así mismo esta Corporación de justicia, que en el evento hipotético que el acta de liquidación hubiese dispuesto a favor del contratista la suma precitada, el demandador tenía la acción ejecutiva para perseguir el cobro de la acreencia a su favor.

"De lo anterior concluye la Sala en primer lugar, que el demandador no demostró que lo afirmado en los hechos sustento de la pretensión, tuvieran verdad, y además que de serlo, **es decir que tuviera un título ejecutivo a su favor,** tampoco podría ocasionar la declaración judicial de incumplimiento contractual, pues ello daría lugar al ejercicio de una acción ejecutiva; si existiera título ejecutivo a favor del demandador, correspondería a éste ejecutar a la Administración, por la obligación expresa y exigible.

"Se define entonces, que los hechos sobre los cuales basa el demandador, el incumplimiento contractual por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas, no tuvieron demostración, y por tanto las súplicas de la demanda habrán de ser denegadas.

"C. OBSERVACIONES:

"1.- Si bien el apoderado judicial del accionante, en el acápite de fundamentos de derecho, afirma que él suscribió el pre-acuerdo, y el acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato 0016 de 1986, fundándose en que la suma que allí se había anotado como a favor suyo sería la fijada, ese es punto que no corresponde estudiar a este fallador, pues los ruegos hechos en la demanda se enmarcan

dentro de la petición de validez o invalidez de esos acuerdos, sino sobre los relativos a declaratoria de incumplimiento de aquellos y del contrato y adendo, del 0016 de 1986, y la consecuencial indemnización.

"2.- Advierte el Tribunal, de la interpretación que hace de los hechos enunciados en la demanda, que si el demandante consideró que el demandado le ocasionó perjuicios con la suspensión de obras, y que aquel dispuso de materiales "que eran de su propiedad", debió haber pedido la declaratoria de responsabilidad contractual con base en aquellos, y deprecar en consecuencia la indemnización de perjuicios." (folios 233 a 246)

- II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 255 y siguientes del cuaderno número 1, obra el escrito en el cual el mandatario judicial del 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, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"1) El Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, celebró con el Fondo Rotatorio de Aduanas el contrato No. 016/86 relativo a la construcción de redes de aguas lluvias y canales del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá, el cual fue fechado el 19 de marzo de 1986.

"2) Mediante adendo del 6 de mayo de 1986, pactaron las partes lo relativo a la sujeción a las apropiaciones presupuestales, comprometiéndose el Fondo Rotatorio de Aduanas a reservar con destino al contrato la suma de $14'037.786.oo.

"3) En septiembre de 1986, las partes contratantes convinieron un acta de suspensión del contrato, debido a causas completamente ajenas a la responsabilidad del contratista, consistente en los cambios de diseño ordenados por el Fondo, respecto de los recolectores; estipulándose en dicho documento de suspensión, que, tiempo más adelante, se resolvería lo pertinente a la fecha de reiniciación del contrato.

"4) El contrato citado quedó así suspendido hasta el mes de junio de 1988; es decir por un lapso aproximado de dos años, sin que el Fondo tomara medida alguna para su reanudación, desoyendo las peticiones del contratista, de las cuales hay constancias escritas que obran en el proceso. Por otro aspecto, el demandante estuvo siempre listo a reanudar las obras contratadas, inclusive manteniendo equipos y materiales en el sitio de la obra. En el mes de mayo de 1988, el actor fue sorprendido al descubrir que el Fondo Rotatorio de Aduana utilizando, sin su consentimiento, materiales y equipos de propiedad del contratista, había convenido la ejecución de las mismas obras materia del contrato 016, con un tercero, con el cual se finalizó la obra contratada, iniciada y adelantada por mi mandante, y suspendida, como ya se indicó.

"Para disimular su conducta, o mejor aún, para "maquillarla", el Fondo Rotatorio de Aduanas, en mayo de 1988 citó al Ingeniero contratista para buscar con él una liquidación convenida del contrato, previa evaluación de la parte construida por el actor y del monto de los perjuicios económicos graves e injustos sufridos por éste. El Fondo Rotatorio de Aduanas designó a dos funcionarios suyos para que con el contratista fijaran los puntos de acuerdo. Fue así como se redactó y convino el documento arrimado a los autos, denominado "pre-acuerdo" para la liquidación del contrato", en el cual se estableció a favor del contratista, la suma de $10'667.852.35. Este documento, se convino, sería la base de la liquidación del contrato y fue suscrito, a más del contratista-demandante, por el arquitecto Luis Alfredo Angarita Parra, Jefe de la Sección de Interventoría del Fondo y por el Interventor designado por el Fondo para el contrato 016, arquitecto Alejandro Jiménez Gómez, celebrándose el 29 de junio de 1986 bajo el número 140988.

"6) En desarrollo del antecitado documento, y subsiguiente a él, se pactó el 5 de septiembre de 1988, la denominada "Acta de terminación del contrato", en la cual intervinieron, en calidad de funcionarios del Fondo Rotatorio de Aduanas, su Director General Gustavo Restrepo Pérez, el Ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, Jefe de la División de construcciones, el arquitecto Rafael Bolívar Borda, Jefe de la Sección de Diseño, la Jefe (e) de la oficina Jurídica, Leonor E. de Villalobos, el arquitecto, Alfredo Angarita Parra, Jefe de la Sección de Interventoría y el arquitecto Alejandro Jiménez Gómez, Interventor de la Obra. Por parte del Contratista, obvia y únicamente firmó el Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez.

"En dicha acta de liquidación del contrato se determinó principalmente.

"a) Declarar terminado de común acuerdo el contrato 16/86 (...) y proceder a su liquidación;

"b) Fijar el plazo de 30 días para efectuar la liquidación del contrato;

"c) Se estipuló además, que si terminado el plazo convenido en el literal b) del acuerdo no se hubiere elaborado el acta final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis (documento de pre-acuerdo que señaló la suma de $10'667.852.35), este "...servirá como base para dicha liquidación, la cual una vez perfeccionada será exigible de pagar previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del título a favor del contratista".

"7) Posteriormente el Fondo designó como liquidador del mencionado contrato, al mismo Interventor de la Obra, Arquitecto Rafael Bolívar Borda, quien con la firma del Ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, Jefe de la División de Construcciones del Fondo, oficiaron bajo el número 064/86 de octubre 13 de 1988, para el día 13 de los mismos el contratista para firmar el acta de liquidación. Con dicho oficio se ratificaba lo expresado en el oficio No. 063/86 del día anterior (octubre 12/88), suscrito por el propio Ingeniero Gonzalo Córdoba Gómez, jefe de la

División de Construcciones del Fondo Rotatorio de Aduanas. Con extrañeza, el actor se encontró entonces, frente a un documento en el que, con extraño proceder, se desconocían las bases de liquidación pactadas en el documento de preacuerdo, así como también lo establecido en el documento de terminación del contrato. Con ello el Fondo Rotatorio de Aduanas desconoció unilateral y sorpresivamente sus obligaciones contractuales con el contratista, quien se negó, a la firma de tal endriago contractual.

"8) El contratista no sólo rechazó el documento que insólitamente se le presentaba por el Fondo, sorpresivamente, para su firma, sino que también se dirigió al Fondo, por escrito, manifestando las razones de su desacuerdo, señalando las irregularidades en que incurrieron en su contra el propio Fondo Rotatorio de Aduanas y sus funcionarios, que ostensiblemente violaban los documentos contractuales y simultáneamente la ley. Es evidente que el contratista se sintió asaltado en su buena fe y así lo manifestó en documentos que obran en el expediente, radicados ante el Fondo, y de los cuales no mereció respuestas satisfactorias.

"9) A lo largo del proceso se demostraron los extremos de la demanda. La prueba recaudada fue vasta y demostrativa documentalmente de las afirmaciones que arriba se hacen.

"El libelo de la demanda invocó, al folio 6, las normas de derecho en que se apoyaban y en los folios subsiguientes, el concepto mediante el cual se explicaba la vulneración del contrato y de las normas jurídicas invocadas en que incurrió el Fondo Rotatorio de Aduanas, con grave e injusto perjuicio para los intereses económico patrimoniales de mi mandante. Otros documentos y constancias oficiales se solicitaron y se incorporaron al proceso, con los cuales se demuestran los intereses aplicables en Colombia y las actualizaciones valorativas que deberán hacerse de las pretensiones de la demanda. Infortunadamente el H. Tribunal de instancia parece haberlos considerado apenas.

"10) El H. Tribunal dio curso a la petición del Fondo Rotatorio de Aduana formulada en su alegato de conclusión para aplicar la Ley 6/92, en el parágrafo del artículo 107, y así consideró "desistido" el proceso. Dicha decisión fue apelada por la parte que represento, y mereció su infinación por parte de esa Honorable Sala falladora Corte Constitucional declaró, mediante sentencia, inexequible dicha disposición. Con todo, el Fondo, mediante tan extraño procedimiento obtuvo la prolongación del proceso por un término adicional, al puramente procesal considerablemente largo.

"11) Es evidente que el principio de la buena fe con la que se deben ejecutar los contratos, por una parte, y por otra, con el que debe actuar la administración pública por mandamiento constitucional, han sido demeritados con la conducta del Fondo Rotatorio de Aduanas en este caso, pues al contratista se le puso a firmar un acta de pre-acuerdo y un acta de liquidación, sobre la base de unos presupuestos económicos que luego se le negaron. Pero no fue esto sólo, sino que

estuvo precedido del acto abusivo, sin su autorización, de utilizar sus elementos y materias primas adquiridas para la ejecución de la obra y no utilizados por éste, para ejecutar los trabajos con un tercero, sin haber previamente satisfecho su precio, ni por otra parte, liquidado el convenio anterior existente. Es una conducta administrativa que merece censura, y que lamentablemente el Honorable Tribunal considera improbada, negándole causalidad adecuada a los documentos arriba referidos.

"Mediante unos argumentos que ciertamente no comparto, aunque respeto por su origen, se negligieron del todo las pruebas adicionadas al proceso, y los documentos que no fueron redarguidos de falsos, originarios del propio Fondo Rotatorio de Aduanas y que comprometen a dicha entidad y a los que ya se hizo mención antes, negándoles alcance jurídico, como si el principio de la buena fe no debiera presidir las relaciones de los contratantes, aún siendo parte de ellas el Fondo Rotatorio de Aduanas." (folios 255 a 259 del cuaderno número 1).

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Como el mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado, al contestar la demanda, propuso la **EXCEPCION DE PAGO,** La Sala se ocupará de fallarla, antes de entrar a desatar el fondo de la ***litis.***

La realidad fáctica en que se sustenta el anterior medio exceptivo se recoge así en la contestación de la demanda:

"El demandante pretende en la pretensión 2a. que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del aludido contrato por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas, se declare que ése debe pagar al contratista, la suma de $10'667.852.35, más los reajustes aplicables correspondientes a la indexación por inflación o desvalorización de la moneda, calculados desde el 5 de septiembre de 1988, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

""Como ya se dijo en las razones de la defensa de la presente demanda el demandante pretende con la declaratoria del incumplimiento del contrato, se pague la suma antes descrita por el lucro cesante, por el período o tiempo de dos años, mientras estuvieron los equipos en la obra.

"En el acta de liquidación del contrato se aprecia claramente un saldo por amortizar del contratista a cargo del Fondo Rotatorio de Aduanas y que es el siguiente:

"RECIBOS DE OBRA VALOR AMORTIZACION ANTICIPO

ANTICIPO (JUNIO DE 1986) $5'615.114.40.....

RECIBO DE OBRA No. 1

Agosto/86 $3'671.418.17 $1'468.567.27

RECIBO DE OBRA No. 2		
Sept/86	$3'380.987.56	$1'352.395.02
TOTAL RECIBIDO POR EL CONTRATISTA	$9'846.557.84	
TOTALES	$12'667.519.73	
SALDO POR AMORTIZAR DEL ANTICIPO A CARGO DEL CONTRATISTA EN FAVOR DEL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS.....	$2'794.152.11.	

"Como bien puede observarse del Total del anticipo recibido por el contratista, el Fondo Rotatorio de Aduanas presenta un saldo a su favor de $2'794.152.11. Así se aprecia que el Actor pretende cobrar una suma por incumplimiento del contrato, que en su Acta de liquidación del Contrato presentada al Fondo Rotatorio la describe como Lucro cesante de equipos por valor de $9'330.000.oo, menos la cancelación del anticipo descrito. Como puede observar, honorable Magistrada el Actor pretende cobrar un lucro cesante por unos equipos que no son del Fondo ni estaban bajo la responsabilidad del Fondo, conforme al Contrato 016, y al Decreto 222 de 1983; por esto solicito declarar probada la excepción de pago y condenar al demandante en los respectivos perjuicios y costas." (folio 88 del cuaderno número 1).

Para la Sala la excepción formulada no tiene vocación de prosperidad, pues en el **ACTA DE PRE-ACUERDO PARA LA LIQUIDACION DEL CONTRATO,** suscrita por los representantes de las partes, de fecha junio 29 de 1988 (cuaderno número 1, folio 47), y en el **ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO,** de cinco (5) de septiembre del mismo año, suscrita por el Director General del Fondo de Aduanas y por el contratista, Ingeniero **JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ,** quedó claramente definido que el Contratista adeudaba al demandado la suma de **DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS CON ONCE CENTAVOS ($2'794.152.11),** por concepto del anticipo. Este monto, como se vivencia de la lectura de tales documentos, fue descontado del total acordado para hacer la liquidación, esto es, de la cantidad de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATRO PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS ($13'462.004.46),** quedando así un saldo a cargo del **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** y a favor del demandante, por la suma de **DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA**

Y CINCO CENTAVOS ($10'667.852.35), cuyo pago se exige en la pretensión segunda del libelo. Así las cosas, ninguna suma debe el señor **JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ,** realidad que explica bien la causa o motivo por la cual se anticipó que la excepción no prosperaba.

Como a lo largo de esta sentencia se volverá sobre el tema, no se considera necesario abundar en más razones para llegar a la anterior conclusión.

B) Entrando en el estudio del acervo probatorio, con el fin de definir, a la luz de la ley y el derecho, el presente conflicto de intereses, la Corporación encuentra debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. - Que el día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Coronel (r) **HERNANDO FORERO GOMEZ,** en representación del **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** y debidamente autorizado por la Junta Directiva de esa institución, celebro con el Señor **JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ** un contrato, cuyo objeto era la ejecución "...a los precios unitarios señalados en su propuesta, el suministro de equipos, materiales, mano de obra y demás elementos para la ejecución de las obras de **CONSTRUCCION DE LA RED DE AGUAS LLUVIAS Y CANALES DEL PRIMER MODULO DE BODEGAS DE LA ADUANA INTERIOR DE BOGOTA,** ubicada en la Avenida El Dorado (sic) No. 105-05 de esta ciudad, de acuerdo con las cantidades de obra, condiciones, descripción planos y especificaciones previamente aprobadas, que se anexan como parte del mismo, y bajo las condiciones estipuladas en este Contrato. La propuesta presentada por el CONTRATISTA forma parte integrante del presente contrato" El valor de la obra se fijó en la suma de CATORCE MILLONES TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS ($14'037.786.oo) moneda corriente.

EL PLAZO para la iniciación y la entrega de la obra se fijó así:

"**DECIMA**.....El plazo máximo aceptable para la construcción y entrega de las obras será de ciento veinte (120) días calendario según su propuesta que forma parte integrante de este contrato contados a partir de la fecha del Acta de iniciación de los trabajos.

"**SEGUNDA.**-Que el día seis (6) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), las partes suscribieron un **ADENDO** al citado contrato, en el cual se aclararon algunas cláusulas.

Las razones para la firma del mismo se recogen en el documento y a través de la siguiente literatura:

> "Que en razón a que la División Delegada de Presupuesto ante el Fondo Rotatorio objetó el contrato 016 por las razones expuestas en su oficio No. 284 dirigido al Representante Legal de la Entidad, **en cuanto se omitió el Registro Presupuestal que exige la ley para los contratos administrativos, operación que debía cumplirse una vez suscrito el contrato al tenor de lo preceptuado en el artículo 46 del Decreto**

222 de 1983, se incurrió en una de las causales de nulidad relativa de que trata el artículo 79 del mismo decreto, norma ésta que a su vez prevee la ratificación expresa de las partes para sanear el vicio y omisión" (Destacado de la Sala).

TERCERA.-Que el día primero (1o.), de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) se suscribió el **ACTA DE INICIACION DE OBRA** (cuaderno número 2, folio 30), en la cual las partes dejaron en claro que el plazo para la ejecución de la misma era de **CIENTO VEINTE (120) DIAS CALENDARIO,** que vencían el día veintiocho (28) de octubre del mismo año.

CUARTA.- Que el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986) las partes suscribieron el **"ACTA DE SUSPENSION DE OBRA "** (cuaderno número 1, folio 40), en la cual y en lo pertinente, se lee:

"...con el objeto de suspender las mencionadas obras teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"a) Que el primer módulo de Bodegas, cuya construcción se encuentra en proceso, forma parte de un proyecto general que contempla la construcción del Edificio para la Administración de la Aduana Interior y un Segundo Módulo de Bodegas.

"b) Que los proyectos de Servicios se resolvieron para la totalidad de la obra lo cual obliga a modificar la red para que funcione el primer módulo de bodegas en forma independiente y permite la conexión posterior cuando se ejecute la obra del Edificio y Segundo Módulo de Bodegas.

"c) Que el proyecto inicial contempla la conexión de la red de aguas lluvias y Aguas negras en la Red Pública; como estas no se han construido, se hace necesario canalizar las aguas lluvias y desaguar en el vallado de la Avenida El Dorado y las aguas depositarlas en un pozo séptico.

"d) Que como se construirá el patio de maniobras para funcionamiento del Primer Módulo de Bodegas, se hace necesario reubicar las canales de aguas lluvias para que se recoja la totalidad de las mismas y rediseñar las secciones para adecuarlas a las necesidades reales.

"e) Que las anteriores modificaciones de diseño deben ser ejecutadas por la firma PLINIO NAVARRO Y CIA. LTDA., quienes fueron los proyectistas iniciales, y que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS no ha ordenado a dicha firma ejecutar las modificaciones antes mencionadas." (folios 40 y 41 del cuaderno número 1).

Quinta.- Que el día 29 de junio de 1988 el Interventor de la Obra, el Jefe de la Sección de Interventoría, de un lado, y el Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, del otro suscribieron un **ACTA** en la cual recogen el **"PRE-ACUERDO PARA LA LIQUIDACION DEL CONTRATO".**

En lo pertinente del mismo se registra la siguiente realidad:

"I. ANTECEDENTES:

"1.1. Relación de los antecedentes del Contrato.-

Valor del Contrato Original	$14'037.786.oo
Valor Obra recibida	7'052.405.73
Valor Anticipo	5'615.114.40
Anticipo amortizado	2'820.962.29
Plazo Inicial	120 días calendario
Fecha iniciación	Julio 1 de 1986

Fecha de suspensión Acta de Septiembre 30 de 1986.

"VALORES CON CARGO AL CONTRATO.-

II. Liquidación costos indirectos del Contrato.

2.1. Valor obras por ejecutar con precios del contrato Feb/86; Así:

Costos Directos.	$5'500.299.57
Costos Indirectos	$1'485.080.70
Valor obras a feb/86	$6'985.380.27

Actualización del costo del Contrato con Indices de Camacol: de Feb/86 a mayo/88

Factor de aumento = 1'830.368 X $6'985.380.27

Costos a mayo/88	12'785.816.51
Costos Indirectos 27% 3'452.170.46	$3'452.170.46

"III. INVERSIONES DE OBRA.

3.1. Hierro en refuerzo a precios originales feb/86 kg 2.600 X $123.59	$321.334.oo
3.2. Formaleta M^2 160X$1.300	$208.000.oo
3.3. Materiales en obra a la fecha de suspensión Recebo etc.	$150.500.oo
Sub. total materiales...	$679.834.oo

"IV. COSTO DEL LUCRO CESANTE DE EQUIPOS

4.1. Mezcladora $3.500 X 20X30	$2'100.000
4.2. Vibrocompactador rana.	
Son: $3.200X20X30	1'920.000

4.3. Vibrador en concreto.	
Son $2.500X20X30	$1'500.000
4.4. Motobomba 03" $2.200X20X30	$1'320.000
4.5. Equipo de Ingeniería:	
Son $4.000X20X30	$2'100.000
4.6. Palas, picas, carretillas, etc.	
Son 650X20X30	390.000
SUB. total	$ 9'330.000
Total acuerdo para Liquidación	$13'462.004.46
Menos cancelación anticipo	$ 2'794.152.11
TOTAL LIQUIDACION A FAVOR DEL CONTRATISTA SEGUN ACUERDO	$10'667.852.35

"El anterior estudio y evaluación se llevó a cabo, con los funcionarios del Fondo Rotatorio de Aduanas Dres. Luis A. Angarita, Jefe de Interventoría y Alejandro Jiménez C. Interventor de las Obras, con el Contratista Ing. Julio E. Herrera G." (folios 47 y 48 del cuaderno número 1).

SEXTA.- Que el día cinco (5) de septiembre de 1988, los representantes del **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** incluído el Dr. Gustavo Restrepo Pérez Director General del mismo, y el Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, contratista, acordaron **DAR POR TERMINADO EL CONTRATO, Y PROCEDER A SU LIQUIDACION.**

Dada la importancia de este documento, se transcribe en lo pertinente, para la mejor comprensión del asunto. En él se lee:

"Se estudiaron los siguientes puntos:

"1. ANTECEDENTES DEL CONTRATO:

"a) Presentación de la Propuesta
b) Firma del Contrato: Marzo 19 de 1986
c) Adendo del Contrato firmado por el Contratista el 6 de mayo de 1986
d) Anticipo: Pagado el 18 de junio de 1986
e) Acta de Iniciación de Obra suscrita el 1o. de julio de 1986
f) Acta de Suspensión de obra: 30 de septiembre de 1986.

"2. ESTADO DEL CONTRATO EN SEPTIEMBRE 30 DE 1986

"a) Valor del Contrato: $14'037.786.oo

b) Valor pagado al Contratista por concepto de anticipo $5'615.114.40

c) Valor Obra ejecutada recibida y pagada al Contratista $7'052.405.73

d) Valor amortizado al anticipo $2'794.152.11

e) Valor anticipo para amortizar a cargo del Contratista. $2'820.962.29

f) Valor Obra por ejecutar $6'985.380.27

"La suspensión del contrato se debió a la necesidad de modificar el proyecto Hidráulico y Sanitario efectuado para el proyecto Arquitectónico inicial que comprendía 2 módulos de bodegas y el edificio administrativo, con el objeto de adecuarlo para las necesidades del Primer Módulo de Bodegas, solamente, causales de suspensión no imputables al Contratista.

"Después de analizar cuidadosamente y discurrir diferentes alternativas en orden a la solución definitiva de las relaciones contractuales entre las partes, se llega a las siguientes conclusiones y resoluciones:

"1. El Adendo que forma parte del Contrato suprimió los reajustes para los precios unitarios de la propuesta.

"2. No es posible terminar las obras materia del contrato a precios de la propuesta, por cuanto no es posible hoy sostener dichos precios.

"3. No es posible hoy adicionar el contrato, puesto que se excedería los márgenes establecidos en el Decreto 222/83 para la contratación de las obras públicas.

"4. No es posible, a juicio del Fondo, suscribir un contrato accesorio, por cuanto el Art. 114 Decreto 22/83 establece que debe celebrarse y además porque se excedería los márgenes establecidos.

"5. Con el fin de conocer la pretensión del Contratista, el Fondo le solicitó la presentación de una pro-forma contentiva de sus reclamaciones, la cual fue recibida con fecha julio 1/88 y que bajo Anexo No.1 se incorpora a la presente como parte integrante de la misma.

"6. Con el fin de analizar, evaluar, realizar trabajos de investigaciones y formular contrapropuesta se integró una subcomisión de funcionarios del Fondo, con los Dres. Luis A. Angarita (Jefe de la Sección de Interventoría) y Alejandro Jiménez Gómez (Interventor de la obra), quienes con intervención del Contratista realizaron los estudios respectivos como preacuerdo que en forma de balance presenta el contratista y como Anexo No. 2 se incorpora a la presente, igual que la comunicación de reclamación y términos de fecha 29 de Agosto/88 presentada por el Contratista y recibida por el Fondo.

"7. Se concluye por tanto que las partes contratantes ya tienen estudiadas y definidas sus posiciones respecto a la terminación y liquidación del contrato objeto de este estudio, y en consecuencia, el FONDO ROTATORIO DE

ADUANAS, y el Ingeniero JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ llegan al siguiente acuerdo:

"a. Declarar terminado de común acuerdo el contrato No. 016 de marzo 19 de 1986 del cual se ha hecho mérito en el presente escrito, y proceder a su liquidación.

"b. Fijar un plazo de 30 días para efectuar la liquidación del Contrato.

"c. Si vencido el término convenido en el literal b) del presente acuerdo, no se hubiere elaborado el Acta Final de liquidación, la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis, servirá como base para dicha liquidación, la cual una vez perfeccionada, será exigible y pagadera previa presentación de la cuenta de cobro que formará parte integrante de este acuerdo para la conformación del titulo a favor del contratista.

"No siendo más el objeto de la presente se firma y acepta por quienes en ella intervinieron a los catorce (14) días del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988)," (folios 49 a 51 del cuaderno número 1).

SEPTIMA.- Que el día 13 de octubre de 1.988 el señor RAFAEL BOLIVAR BORDA liquidador del Contrato, con el visto bueno del Jefe de la División de Construcciones del Fondo Rotatorio de Aduanas, enviaron al Ingeniero Julio Eduardo Herrera Gutiérrez, la nota 06486, en la cual remitieron el proyecto de **ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO** (cuaderno número 1, folio 60), en la cual ya no resulta un saldo a favor del **CONTRATISTA** DE **DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS ($10'667.852.35),** como aparece en el **PRE-ACUERDO PARA LA LIQUIDACION,** sino uno a su cargo por **DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS CON ONCE CENTAVOS ($2'784.152.11)** (cuaderno número 1, folio 58).

La anterior nota fue respondida por el demandante el día 20 de octubre de 1988, manifestando al demandado que no la aceptaba, pues ella se apartaba del alcance que tenía el **ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO.**

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, que es practicamente el único de interés que obra dentro del informativo, pues no se recepcionaron testimonios, no se solicitaron interrogatorios de parte, no se practicaron inspecciones judiciales, ni se solicitó dictamen pericial alguno, la Sala encuentra que la sentencia impugnada debe ser **REVOCADA,** pues resulta bien probado que el centro de imputación jurídica demandado no fue fiel a la palabra empeñada; no actuó de buena fe, y se apartó de los principios de la **AUTODETERMINACION** y de la **AUTOVINCULACION EN LOS CONTRATOS,** destruyendo la **CONFIANZA** que había suscitado en el **CONTRATISTA.** Y se predica lo anterior, porque resulta cierto que el Contrato No.

016 de 1986 fue sometido a un largo viacrusis, por culpa exclusiva del **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** el cual se inició el mismo día en que se suscribió, esto es, el 19 de marzo de 1986, y vino a culminar al menos, parcialmente para el demandante, el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), cuando el acto jurídico se terminó, por mutuo acuerdo entre las partes.

El primer desfase de conducta a la administración se registra al **OMITIR EL REGISTRO PRESUPUESTAL** que exige la ley, operación que ha debido cumplirse **"...UNA VEZ SUSCRITO EL CONTRATO ...**" como se lee en el **ADENDO** al mismo. Esta situación demoró la iniciación de la obra, con todas las consecuencias que ello suele generar para el Contratista.

El segundo desfase se presentó cuando la administración solicitó la **SUSPENSION DE LA OBRA,** la cual se acuerda en el documento suscrito el 30 de septiembre de 1986. Y por que causa, motivo o razón se toma tal determinación? Porque como se consigna en el **ACTA DE SUSPENSION,** era necesario codificar la red de servicios para que pudiera funcionar el primer módulo de las bodegas en forma independiente y "...permita la conexión posterior cuando se ejecute la obra del Edificio y Segundo módulo de Bodegas", el proyecto inicial contemplaba "...la conexión de la red de aguas lluvias y aguas negras en la Red Pública..." y como éstas no se habían construído, se hacía imperioso "...canalizar las aguas lluvias y desaguar en el vallado de la Avenida El Dorado y las aguas negras depositarlas en un pozo séptico..."; porque era necesario "...reubicar las canales de aguas lluvias para que se recoja la totalidad de las mismas y rediseñar las secciones para adecuarlas a las necesidades reales", circunstancias todas que se recogen el **ACTA DE SUSPENSION.** Por ello en este documento el actor acepta que el acto jurídico se suspendía "...hasta tanto el Fondo Rotatorio de Aduanas haya ordenado a la firma PLINIO NAVARRO Y CIA. LTDA. la elaboración de los nuevos diseños de la red de Aguas Lluvias y Canales y Red de Aguas Negras" (Destacado de la Sala).

En este momento del discurso judicial el sentenciador se pregunta: Cómo pudo **LA JUNTA DE LICITACIONES,** desde el 21 de febrero de 1986, proceder a recomendar la construcción de la **RED DE AGUAS LLUVIAS Y CANALES** (cuaderno número 2, folio 216) al demandante **JULIO EDUARDO HERRERA G.,** sin estar cierta de que tales obras podían llevarse a cabo en forma ordenada, funcional, y razonable? Acaso ella ignoraba, o podía ignorar, toda la problemática que dio lugar a la suspensión del contrato? Una junta de Licitaciones, y un Director General, pueden proceder a contratar obras sin verificar previamente si es posible llevarlas a cabo, o si es menester **"REDISEÑAR LAS SECCIONES PARA ADECUARLAS A LAS NECESIDADES REALES",** como se lee en el Acta de Suspensión? La respuesta tiene que ser necesariamente negativa. La administración está obligada a recuperar sus **POSIBILIDADES DE ANTICIPACION,** con el fin de que pueda asegurar "...el sereno establecimiento de prioridades, con vistas a obtener la máxima eficacia y la coordinación y coherencia en la actividad administrativa....", como lo pregona el Profesor Sebastian Martín Retortillo y Baquer, en su obra "Reto de una Administración

Racionalizada", Editorial Civitas, Pág. 83), Al no proceder así, de entrada a situaciones de conflicto como la que ahora se define, que se convierten en fuente de indemnización de perjuicios.

Si se examina la conducta del contratista, en el momento en que se suspende el contrato, se encuentra que hasta el 30 de septiembre de 1986, no había sido multado ni requerido para que actuara mejor en el frente de trabajo. Hasta ese momento, en el tiempo físico, había entregado obra por un valor de $7'052.405.73, y llevaba tres meses laborando. Le faltaba pues, treinta días, para culminar la tarea a la cual se había comprometido. La valoración de esta realidad fáctica permite concluir, en principio, que estaba atrasado en la ejecución de la obra, pues el valor de esta sólo llegaba a un cincuenta (50%) del precio tal de la misma. Sin embargo, el sentenciador carece de elementos de convicción que le permitan concluir que en los treinta días restantes no podía gastar el saldo pendiente para llegar al tope de la obra. Así las cosas, resulta imposible hablar de **INCUMPLIMIENTO NEGOCIAL** por parte suya.

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, como reiteradamente lo ha predicado la Sala, se vivencia que la del demandante tiene facetas positivas, pues en todo momento se mostró como una **COLABORACION DE LA ADMINISTRACION**- Por ello atendió sus sugerencias y aceptó que la suspensión del contrato lo fuera por un período tan amplio, que practicamente quedaba indefinidamente a voluntad de ella. En el Acta en que se tomó tal determinación se dijo que ella iría hasta el momento en que "...el Fondo Rotatorio de Aduanas haya ordenado a la firma PLINIO NAVARRO Y CIA. LTDA. la elaboración de los nuevos diseños de la Red de Aguas Lluvias y Canales y Red de Aguas Negras". Más amplitud, imposible. Por lo demás, el **CONTRATISTA,** entendió bien que los contratos de la administración se informan en el **PRINCIPIO DE LA MUTABILIDAD,** en virtud del cual ella tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando, como lo enseña el Profesor Héctor Jorge Escola, su ejecución y "...variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular...". Al discurrir dentro de esa perspectiva, el tratadista citado enseña:

> "En el derecho privado, como es conocido, la situación es totalmente diferente, ya que por aplicación del clásico principio ***"PACTA SUNT SERVANDA",*** recogido por disposiciones legislativas como el art 1134 del Código de Napoleón o el art. 1197 de nuestro Código Civil, impera el criterio de la inmutabilidad de las convenciones, que se mantiene como norma general fundamental, a pesar de los embates del "dirigismo contractual" y la "publicación" del contrato. De tal modo, desprestigiada la regla ***"REBUS SIC STANTIBUS"*** del derecho canónico de la Edad Media, en el derecho privado se acepta que lo que se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente, y debe cumplir tal como fue convenido, ya que lo que el ***MUTUUS CONSENSUS*** ha establecido, sólo el ***MUTUUS*** **DISSENSUS** puede modificarlo, puesto que ninguno de los contratantes puede unilateralmente alterar el contrato.

"En el derecho administrativo, si bien inicialmente existieron algunas opiniones autorizadas que se opusieron a esta posibilidad, **PREDOMINA EL PRINCIPIO DE QUE EN LOS CONTRATANTES ADMINISTRATIVOS ES ADMISIBLE LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARA VARIAR POR SI SOLA LO QUE HAYA SIDO FIJADO EN LAS CONVENCIONES CONTRACTUALES,** existiendo por esa vía una alteración de las precisiones y de las condiciones como deben cumplirse. Ello se trasunta en una menor estabilidad de las situaciones individuales originadas por el contrato administrativo, lo que es tanto más evidente desde que se acepta que esas alteraciones así dispuestas por la administración **SON OBLIGATORIAS PARA SU COCONTRATANTE"** (Tratado Integral de los Contratos Administrativo. Volumen I. Parte General. Depalma, págs. 391 y siguientes) (Destacado de la Sala).

Dentro de la misma orientación jurídica discurre Miguel Angel Bercaitz, en su obra Teoría General de los Contratos Administrativos. En ella, y en lo pertinente, se lee:

"El cocontratante **debe cumplir las órdenes que le imparta la Administración pública relativas al modo en que ejecutará las prestaciones que el contrato le impone, aun cuando introduzca modificaciones en lo convenido, quedándole SIEMPRE A SALVO EL DERECHO DE RECLAMAR LAS INDEMNIZACIONES QUE CORRESPONDAN, o la RESCISION DEL CONTRATO.** Y si tales modificaciones fueran arbitrarias o contrarias a derecho, recurrir jurisdiccionalmente, demandando su anulación y el respeto de lo pactado, si ello fuere materialmente posible" (Obra Citada, pág. 367).

Dentro del marco fáctico y jurídico que se deja estudiado, la Sala no encuentra censura que hacer a la forma como el **CONTRATISTA** ejecutó la relación contractual hasta el momento en que, por mutuo acuerdo entre las partes, se dió por terminada.

C) Para la Sala la conducta de la administración registra un tercer desfase, cuando procedió a hacer la liquidación del contrato con olvido de lo que había aceptado en las **ACTAS "PREACUERDO PARA LA LIQUIDACION DEL CONTRATO" Y "ACTA DE TERMINACION DEL CONTRATO"** cuyo universo quedó ya transcrito. Y se afirma lo anterior, porque en el primer documento se suscribió, con el siguiente temperamento:

"Total acuerdo para Liquidación	$13'642.004.46
Menos cancelación anticipo	$2'794.152.11
TOTAL LIQUIDACION A FAVOR DEL CONTRATISTA SEGUN ACUERDO	$10'667.852.35

Tampoco se hizo reservas cuando firmó la segunda acta en la cual y en su numeral séptimo (7.) se consigna:

> "Se concluye por tanto que las partes contratantes **ya tienen estudiadas y definidas sus posiciones respecto a la terminación y liquidación del contrato objeto de este estudio, y en consecuencia, el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, y el Ingeniero JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ** llegan al siguiente acuerdo:
>
> "a. Declarar terminado de común acuerdo el contrato...
>
> "b. Fijar un plazo de 30 días para efectuar la liquidación del Contrato
>
> "c. Si vencido el término convenido en el literal b) del presente acuerdo, no se hubiere elaborado el Acta Final de Liquidación, **la cuantificación final y total que aparece en el documento mencionado en el punto seis, SERVIRA COMO BASE PARA DICHA LIQUIDACION..."**

En este momento del discurso judicial se pregunta nuevamente la Sala: Qué razones jurídicas llevaron al demandado a hacer un proyecto de liquidación que se aparta completamente de lo previamente definido? Tiene recibo presentarle al **CONTRATISTA** una liquidación sobre la base de que es éste el que le adeuda a la administración la suma de **DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS CON ONCE CENTAVOS ($2'794.152.11),** cuando en el Acta de Pre-Acuerdo, y en el Acta de Terminación del Contrato, siempre se habló de que era el **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS** el que debía al demandante la suma de **DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS** ($10'667.852.35) En la materia que se estudia también tiene aplicación la filosofía que informa la liquidación del contrato y que ha llevado a la Corporación a predicar que cuando ella se suscribe por las partes, sin observaciones, las obliga, pues es un real corte de cuentas, en el cual se define quién debe a quién y cuanto.

Las dos actas, a que en antes se hizo referencia, son para el sentenciador fruto del acuerdo libre de las partes. Por lo mismo, se informan en todo su universo, en los **PRINCIPIOS DE LA AUTODETERMINACION** y de la **AUTO-VINCULACION** que rigen los contratos, tanto en su etapa de formación como en la de ejecución. Si las partes deciden comprometerse, es porque desean autodeterminarse; o como lo enseña el maestro Karl Larenz: "Se vincula, porque sabe que sólo bajo este presupuesto el otro se vincula también y puede **CONFIAR** en lo que el otro le promete" (Derecho Justo. Editorial Civitas, pág. 67). En el caso en comento no hay espacio para la duda que impida concluir que el demandante Ingeniero **JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ** no habría suscrito las dos actas si no hubiese quedado definido que la administración le adeudaba la suma cuyo pago se demanda. Haber dicho en el acta de **PRE-ACUERDO: "Total liquidación a favor**

del contratista según acuerdo", fue, en puridad de verdad, una liquidación del contrato, aunque luego, en el acuerdo de terminación del mismo, se introdujeran modalidades accidentales, pero dentro del mismo temperamento que había permitido el acercamiento de las partes.

Por todo lo que se deja expuesto se impone concluir que cuando la administración hizo el proyecto de liquidación, que sometió al contratista, contrariando su comportamiento negocial anterior, **DEFRAUDO LA CONFIANZA** que antes había suscitado en el **CONTRATISTA,** con lo cual violó el mandamiento ético que enseña que ella no debe ser defraudada. Tanto el Acta de Pre-Acuerdo como el Acta que da cuenta de la terminación del contrato, por mutuo acuerdo, generaron **CONFIANZA** en el demandante y también han debido producir el mismo efecto en el **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** a través de sus directivos.

El ordenamiento jurídico, y los jueces a través de sus fallos, tienen el deber de proteger **LA CONFIANZA,** porque poder **CONFIAR ES CONDICION FUNDAMENTAL** para una pacífica vida colectiva, como lo recuerda el mismo **LARENZ.** Y que el demandado también tambien tuvo **CONFIANZA** en tales acuerdos, se vivencia de la lectura de la comunicación que el Director General de Aduanas, dirigió al Tribunal (cuaderno número 2. folio 106), en uno de cuyos apartes se lee:

> "No obstante lo anterior el contratista suscribió el acta de terminación del contrato respectivo, de fecha septiembre 5 de 1988, y el preacuerdo para la liquidación del contrato, de fecha junio 29 de 1998, documentos que se anexan para su conocimiento" También en el texto de la resolución No. 01576, expedida por el Director General del Fondo Rotatorio de Aduanas, en virtud de la cual se designó al Arquitecto Rafael Bolívar Borda, para que interviniera en la liquidación del contrato se destaca:
>
> ""Que mediante Acta de Terminación del Contrato de septiembre 5 de 1988 y aceptada por las partes el 14 de septiembre de 1988, se dió por terminado el contrato por mutuo Acuerdo"

En la contestación de la demanda el apoderado del Fondo Rotatorio de Aduanas afirma que el "...pre-acuerdo para la liquidación no tiene fuerza de ley para las partes, toda vez que el Director del Fondo no lo firmó..." Olvida quien así razona que este alto funcionario si firmo el Acta de terminación del Contrato, en cuyo numeral 6o. se hace remisión a "...los estudios respectivos como pre-acuerdo que en forma de balance presenta el contratista y como anexo 2 se incorpora al presente ...", para luego concluir en el numeral 7o. del mismo documento: "...las partes contratantes ya tienen estudiadas y definidas sus posiciones respecto a la terminación y liquidación del contrato". Así las cosas, la tesis de que la citada acta no tiene fuerza de ley carece de respaldo jurídico. D) Con apoyo en la argumentación que se deja precisada en los literales anteriores, se **CONDENA AL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS** (Hoy Dirección General de Aduanas), a pagar al Ingeniero JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ,

la suma de **DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS ($10'667.852.35),** suma que se considera debida desde el cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), esto es, cuando vencieron los treinta (30) días que las partes habían pactado para efectuar la liquidación del contrato.

Ese monto histórico se actualizará, por el período comprendido entre el cinco (5) de octubre de 1988 y hasta el treinta (30) de noviembre de 1994, siguiendo las orientaciones fijadas en la Ley 80 de 1993, y la filosofía que informa **LA EQUIDAD.**

Sobre el monto histórico se reconocen intereses del uno por ciento (1%) mensual, los cuales se liquidan siguiendo también las orientaciones fijadas en la citada ley.

Dentro del marco anterior, la condena se concreta así:

AÑO	IPC	VALOR HISTORICO $10'667.852.35	VALOR INTERES 12%
1988	6.63%	$11'375.130.96	$ 322.295.37
1989	26.12%	$14'346.315.16	$1'721.557.81
1990	32.36%	$18'988.782.74	$2'278.653.92
1991	26.82	$24'081.574.27	$2'889.788.91
1992	25.13%	$30'133.273.88	$3'615.99286
1993	22.60	$36'943.393.77	$4'433.207.25
1994	21.66%	$44'945.332.86	$4'943.986.61
SUBTOTAL		$44'945.332.86	$20'205.482.73

TOTAL.....$65'150.815.59

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.) REVOCASE la sentencia calendada el día veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca), dentro del proceso del rubro, y en su lugar, **RESUELVE:**

A) Declárase que el **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** hoy Dirección General de Aduanas, incumplió el contrato No. 016/86 celebrado con el Ingeniero **JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ,** el cual tenía objeto la construcción de redes de aguas lluvias y canales del primer módulo de bodegas de la Aduana Interior de Bogotá, fechado el Día 19 de marzo de 1986, lo mismo que el Adendo suscrito por las mismas partes el día seis (6) de mayo de 1986, por las razones que se dejaron analizadas en los considerandos de este fallo.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, **CONDENASE** al **FONDO ROTATORIO DE ADUANAS,** hoy **DIRECCION GENERAL DE ADUANAS,** a pagar al **INGENIERO JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ,** la suma de **SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS QUINCE PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS ($65'150.815.59)** de la cantidad histórica debida que es el monto actualizado, con sus respectivos intereses, y por los conceptos que se dejaron estudiados en los considerandos de esta sentencia.

C) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

D) Declárase no probada la excepción de pago propuesta.

E) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 1767 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Para tal fin, expídanse las copias del fallo, con destino a los interesados, por conducto de sus apoderados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Envíese una copia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para lo de su cargo.

2o.) Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE Y 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.

CONTRATO DE ENSAMBLAJE-Naturaleza Jurídica/**CONTRATO ADMINISTRATIVO/CONTRATO PRINCIPAL/CONTRATO DE EXPORTACION**-Naturaleza Jurídica/**CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/CONTRATO ACCESORIO/CLAUSULA DE CADUCIDAD/CONTRATO DE ENSAMBLAJE**-Régimen aplicable

El contrato de ensamblaje celebrado el 29 de diciembre de 1983 entre el señor Presidente Belisario Betancur C. y la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. Colmotores, es un típico contrato administrativo, gobernado por la legislación especial (Decretos 177 de 1959, 434 de 1976, 3218 de 1983 y Ley 38 de 1981). Contrato al cual, en principio, pese a la fecha de su celebración, no podía aplicársele el Decreto 222 de 1983, ni la clasificación que de contratos administrativos hacía en su art. 16, porque lo listado en éste, tal como en forma reiterada lo sostuvo la jurisprudencia, no era taxativo sino meramente enunciativo. En cambio, el contrato de exportación celebrado entre la Sociedad de Co-mercialización Internacional Colmotores S.A. y el INCOMEX el 9 de julio de 1984, en desarrollo del ensamblaje suscrito entre la Nación y la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. Colmotores de 29 de diciembre de 1983 y que dio lugar a la expedición del acto administrativo que impuso la multa aquí discutida, no es más que un contrato privado de la administración dotado de cláusula de caducidad. Se afirma este carácter, pese a que podría sostenerse que es administrativo por seguir la suerte del principal, o sea el de ensamble. La Sala considera que es privado, pues su objeto (cumplir unas cuotas de exportación por otra persona principal obligada, o sea

de la Fábrica Colombiana de Automotores Colmotores S.A.), impone una serie de obligaciones de naturaleza comercial que permite calificarlo como mandato comercial, en los términos del Código de Comercio (arts. 1262 y ss.).

CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/CLAUSULAS EXORBITANTES/PODER EXORBITANTE/MULTAS-Improcedencia

Los poderes exorbitantes son reglas de excepción y como tales de interpretación restrictiva. De allí, que so pretexto de que el Incomex poseía estos poderes inusuales en el contrato de exportación 1.002, no podía imponer unilateralmente multas a la persona incumplida; porque esta potestad, que podía ejercerse sin discusión en los contratos administrativos con apoyo en los arts. 72 y 73 del citado Decreto 222, no operaba en los privados de la administración, así estuvieran dotados de cláusula de caducidad. La cláusula quinta del contrato Incomex C-I-Colmotores, es núla en cuanto permite la imposición unilateral de la sanción, en los términos previstos en los arts. 71 y 73 del Decreto 222. Y lo es porque viola el art. 60 del mismo decreto, el que permitía que en los contratos de derecho privado con cláusula de caducidad podía declararse ésta y podía así mismo ejercer la administración los poderes exorbitantes contenidos en el título IV del tantas veces citado Decreto 222. La nulidad aparece palpable en forma como está concebida la cláusula. Y es nula no porque se hayan pactado multas por incumplimiento (pacto válido incluso en cualquier contrato de derecho privado). Sino porque la cláusula le permite a la administración ejercer una potestad que no tiene en este tipo de contratos; o sea la de calificar unilateralmente el incumplimiento del contratista por acto administrativo, por hacerlo merecedor a la sanción, con efectos ejecutorios y exigible por jurisdicción coactiva, en otras palabras es nula, porque como está concebido el contrato le quita a la jurisdicción la competencia no sólo para calificar ese incumplimiento sino para la sanción de acuerdo con lo aprobado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera.– Santafé de Bogotá D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia.: Expediente No. 7879 - Contratos. Actor: Sociedad de Comercialización Internacional COLMOTORES S.A. Demandado: Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 30 de julio de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- Declárase la nulidad absoluta de la Cláusula Quinta del Contrato de Exportación No. 1002 C.X.E.A. de 9 de julio de 1984, suscrito entre el Instituto

Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX- y la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A.

"SEGUNDO.- Declárase la nulidad de las resoluciones Nos. 3566 de 20 de octubre de 1987 y 0482 de 12 de febrero de 1988, proferidas por la Dirección del Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX-

"TERCERO.- Condénase al Instituto Colombiano de Comercio Exterior a reintegrar a la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A., la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DIEZ PESOS CON SETENTA CENTAVOS (135'675.010.70) M/CTE., suma ésta cancelada por la mencionada sociedad en cumplimiento de las resoluciones Nos. 3566 de 1987 y 0482 de 1988.

"CUARTO.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

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

En la demanda formulada el 11 de junio de 1988, expresamente se pidió:

"2.1. Que es nula la resolución 3566 del 20 de octubre de 1987, del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, "por medio de la cual se declara el incumplimiento de un contrato y se ordena hacer efectiva una multa a la firma C.I. COLMOTORES S.A. (sic)".

"2.2. Que es nula la resolución 0482 de 12 de febrero de 1988, "por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición a la Comercializadora Internacional Colmotores S.A." (sic).

"2.3. Que una vez declarada la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se proceda en la sentencia a dictar una nueva disposición en relación con la multa acomodada a las normas legales y a lo que resulta probado en el expediente.

"2.4. Que se ordene la devolución del dinero pagado en exceso a título de multa."

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 9 de julio de 1984 se suscribió entre la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A. (C. I. Colmotores) e Incomex, el contrato de exportación No. 1002.

2) Que en dicho contrato la Sociedad asumió el compromiso de exportación de autopartes u otros productos metalmecánicos diferentes en porcentajes variables a través del tiempo y como compensación del valor de la importación de material CKD que efectúe la fábrica Colmotores, todo de acuerdo con la cláusula quinta del citado contrato.

3) Que el compromiso fue incumplido parcialmente por la Comercializadora, concretamente por la posición de desventaja en razón de la legislación vigente; por falta de crecimiento del sector externo exportador colombiano; y por la crítica situación de C. I. Colmotores.

4) Que Incomex mediante la resolución 3566 de 1987 impuso a la Comercializadora una multa por incumplimiento parcial de las obligaciones correspondientes al año de 1986, que asciende a US$497.835; suma liquidada a la tasa de cambio vigente al día del pago.

5) Que la resolución antecitada fue confirmada mediante la No. 0482 de febrero 12 de 1988; allí el Incomex se negó a reconocer la crítica situación de la demandante.

6) Que C. I. Colmotores pagó la multa impuesta.

En la demanda se citaron como normas violadas los arts. 34 de la Constitución (vigente a la sazón, se entiende), 248 y 249 del dec. 444 de 1967.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el tribunal decidió en la forma indicada atrás.

Inconforme la entidad demandada, apeló y como no sustentó el recurso, éste se declaró desierto (ver auto a fls. 443). Esta circunstancia, dada la condena impuesta en contra de la entidad pública, impuso el trámite de la consulta, el cual se evacuó oportunamente. El ministerio público conceptuó, tal como se observa a folios 446 y ss., y solicitó la revocatoria de la sentencia consultada y la denegación de las súplicas de la demanda.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Como se desprende del fallo consultado, el tribunal declaró, en forma oficiosa, la nulidad absoluta del contrato 1002-C.X.E.A. en su cláusula quinta; y encontró que las resoluciones impugnadas igualmente estaban afectadas de ilegalidad y debían también anularse.

Para la sala las razones expuestas por el tribunal son atendibles para confirmar el fallo consultado. Y aunque en asunto similar (Proc. 9288 C. I. Omega Ltda.) se presentaron discrepancias frente a la motivación, la decisión final que aquí se tomará, salvo en cuanto a la nulidad parcial del contrato de exportación en su cláusula quinta, será semejante, aunque por una vía diferente.

Sostuvo el *a-quo* en lo pertinente:

> "II. La parte actora formula cargos de ilegalidad tanto frente a la Cláusula Quinta del Contrato de Exportaciones No. 1.002-C.X.E.A., aunque no formula como pretensión su declaratoria de nulidad, como frente a las resoluciones Nos. 3566 de 1987 y 0482 de 1988 cuya declaratoria de nulidad es materia de pretensión.
>
> "Como la Sala encuentra plenamente comprobada la existencia de causales de nulidad absoluta de la mencionada Cláusula, procederá a declararla oficiosamente y como, de otra parte, halla configurados los mismos cargos de infracción frente a los actos acusados y con relación a disposiciones contenidas en la Ley

19 de 1982 y en el Decreto-Ley No. 222 de 1983, centrará su análisis en dichos cargos, y por no considerarlo necesario, se abstendrá de examinar los restantes cargos planteados.

"a.- Precisa en primer término la Sala que, si bien, en el Contrato de Exportación No. 1.002-C.X.E.A., suscrito con fecha 9 de julio de 1984, por el INCOMEX y la actora, se invoca el Decreto No. 886 de 1984, ello debe entenderse referido, como es apenas obvio, a las normas contempladas en el mismo o a las materias que allí se reglamentan, mas no a instituciones jurídicas que en manera alguna son objeto de regulación en tal Estatuto, como equivocadamente lo plantea la actora.

"En efecto, el Decreto mencionado se contrae a disponer, en su artículo 1o., que es al INCOMEX a quien compete suscribir, vigilar y controlar los contratos de exportación que deban celebrarse en ejecución de las políticas de comercio exterior, en su artículo 2o., que en tales contratos se contendrán la cláusula de caducidad y los principios de interpretación, modificación y terminación unilaterales a que se refiere la Ley 19 de 1982 y el Decreto No. 222 de 1983 y, en su artículo 3o. y último, regla la vigencia del mismo decreto.

"En parte alguna el Decreto citado hace relación a la cláusula de multas, razón por la cual no puede válidamente afirmarse que la Cláusula Quinta del contrato en mención, en la que se pacta la facultad del Contratante de imponer a su Contratista multas por incumplimiento parcial de su compromiso de exportación y de hacerlas efectivas conforme a lo previsto en los artículos 71 y 73 del Decreto No. 222 de 1983, tenga su apoyo o fundamento legal en el referido decreto.

"Como consecuencia de lo anterior, entiende la Sala que los cargos de ilegalidad que se formulan frente a la Cláusula en referencia y a los actos demandados por violación de la Ley 19 de 1982 y el Decreto No. 222 de 1983, haciendo para ello relación a la ilegalidad del artículo 2o. del Decreto 886 mencionado, deben desligarse de esta última, razón para que la sentencia de 22 de septiembre de 1989, expediente No. 970, Actor: Rafael Bernal Salamanca, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, que declaró la nulidad de la mencionada disposición, no tenga incidencia alguna en el presente proceso.

"b. Las resoluciones Nos. 3566 de 1987 y 0482 de 1988, encuentran su sustento jurídico en la Cláusula Quinta del Contrato y con relación a lo previsto en la Cláusula Primera del mismo, esta última reguladora del objeto del Contrato.

"A su vez, la Cláusula Quinta del Contrato invoca los artículos 71 y 73 del Decreto-Ley No. 222 de 1983.

"Reza textualmente la Cláusula en mención: "En caso de incumplimiento parcial del compromiso de exportación pactado en la cláusula primera del presente contrato, el INCOMEX podrá imponer multas al CONTRATISTA hasta por

una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor dejado de exportar. El pago de las multas se hará en pesos colombianos para lo cual se aplicará el tipo de cambio oficial vigente en el momento de hacerse efectivo dicho pago. PARAGRAFO: La imposición y aplicación de la multa se someterán a las normas previstas en los artículos 71 y 73 del Decreto No. 222 de 1983".

"c.- De conformidad con los artículos 1o. y 80o. del Decreto-Ley No. 222 de 1983, este Estatuto Contractual es aplicable, en su integridad, a los contratos "que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos" del orden nacional. Se aplicará, también "a los que celebre la Superintendencia por conducto de los Ministerios a los cuales se hallen adscritos" y que por su objeto sean o se clasifiquen como de "obras públicas, de consultoría, de suministro, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros".

"Como se desprende de los apartes de las normas transcritas, los contratos de exportación que suscriba el Estado Colombiano, hoy en día por conducto del INCOMEX, no están sujetos a la regulación del Decreto-Ley No. 222 de 1983 y, por tanto, no puede en ellos hacerse uso de las prerrogativas allí contempladas y pactarse las cláusulas exorbitantes en él previstas, so pena de desbordar las competencias o facultades que se atribuyen a las autoridades en la celebración de los mismos. De otra parte, no existe norma legal que prevea para los contratos de exportación del Estado, la facultad del Contratante -Administración- de imponer y de hacer efectivas multas al Contratista - Exportador-, en forma unilateral.

"Si bien es cierto que en los contratos sujetos a la normación del derecho privado, en su totalidad, por ser concluídos entre particulares, o en todo o en parte, por intervenir en su conclusión un Ente Público, pueden las partes contratantes pactar la cláusula de multa por incumplimiento parcial o mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, no es menos cierto que la imposición y efectividad unilateral de la misma tiene el carácter de prerrogativa o facultad exorbitante que solamente compete a la autoridad pública como tal, siempre y cuando la ley se la haya otorgado. En otras palabras y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, principio general orientador del negocio jurídico y, no existiendo norma que lo prohíba, bien pueden las partes contratantes pactar multas para sancionar el incumplimiento o la mora en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Pero lo que no puede pactarse es la imposición unilateral de las mismas cuando el contrato ha sido concluído entre particulares, por ser tal poder de imposición prerrogativa que corresponde en forma exclusiva al Estado como manifestación del ejercicio del Poder Público, como tampoco puede hacerse aun cuando una de las partes contratantes sea un Ente Público si no existe norma legal que así

lo autorice, pues se estaría violando el principio Constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la ley le autorice y por tanto estaría actuando por fuera de la órbita de su competencia.

"Si como ya se dijo, en los contratos de exportación que concluya el Estado, no está autorizada ni prevista la inclusión de la cláusula que permita a la Administración -Contratante- la imposición y efectividad unilateral de la multa, el pactarla o incluírla en el contrato, en tales condiciones o con tales características, implica la incurrencia en una causal de nulidad absoluta por objeto ilícito por contravenir normas de orden público.

"En efecto, de conformidad con los artículos 1.519 y 1.741 del C.C. "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación" y "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita... son nulidades absolutas". Considera la Sala que la expresión contravención "al derecho público de la nación" debe entenderse referida al orden público en sentido jurídico -no material-, es decir, como infracción a normas reguladoras de materias que conciernen al interés público, colectivo o social. Es evidente que las normas atributivas de competencias a las autoridades públicas son, en este sentido, normas de orden público, como que delimitan, nada menos, que el campo de acción de las mismas frente a los administrados.

"La Constitución Nacional de 1886, vigente para la época de celebración del Contrato de Exportación No. 1.002 C.X.E.A., en sus artículos 20 y 63, hoy artículos 6o. y 122 de la Carta Política de 1991, consagran el principio a que se ha venido haciendo relación y según el cual la autoridad pública solamente puede hacer aquello que la ley le autoriza, mientras los particulares pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe.

"Cuando la Administración Pública hace uso de facultades, de poderes que la ley no le atribuye, está obrando contra prohibición constitucional y violando normas de orden público y, por tanto, afectando de nulidad el acto jurídico así producido, sea éste un acto administrativo o un negocio jurídico o contrato.

"Anota la Sala que si bien el artículo 78 del Decreto-Ley No. 222 de 1983, literales b) y c), consagra las causales de nulidad absoluta a que se ha venido haciendo relación y en su parágrafo faculta expresamente al Juez para declarar de oficio tales nulidades, las normas que sirven de sustento a la Sala para declararla, en este caso, son las contenidas en el Código Civil y no en el Estatuto Contractual mencionado, por las razones que se expusieron y que conciernen a la inaplicabilidad de este al caso en estudio.

"Siendo manifiesta la nulidad absoluta de la Cláusula Quinta del Contrato en que se basaron los actos demandados, conforme a lo que se ha expresado, en aplicación del artículo 2o. de la Ley 50 de 1936 procede declararla en forma oficiosa.

"d. Adoleciendo la Cláusula Quinta del Contrato No. 1.002 C.X.E.A. de nulidad absoluta, los actos administrativos acusados, resoluciones Nos. 3566 de 20 de octubre de 1987 y 0482 de 12 de febrero de 1988, que encuentran en ella su sustento jurídico, también se hallan afectados de ilegalidad, al configurarse las causales de violación directa de la ley, incompetencia y falsa motivación frente a los artículos 1o. y 80o. del decreto, y No. 222 de 1983, en armonía con los artículos 60 y 71 del mismo Estatuto y 20 y 63 de la Carta Política de 1886, por las razones atrás expresadas, razón para que proceda declarar su nulidad.

"III.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados y hallándose acreditada la cancelación de la multa por ellos impuesta, se ordenará la devolución de la misma. No se ordenará la actualización del anterior valor, por no haber sido solicitada en la demanda."

Sostuvo la Sala en su sentencia de 21 de octubre del presente año, con ponencia del señor consejero Daniel Suárez Hernández, sobre la naturaleza del contrato de exportación celebrado entre el Incomex y la Sociedad Comercializadora Internacional Omega Ltda., similar al celebrado entre el mismo Incomex y la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A., lo siguiente:

"El contrato de exportación celebrado entre las partes en vigencia del Decreto 222/83 no está incluído en la relación que de los contratos administrativos hizo el Art. 16 de ese ordenamiento, en consecuencia, es un contrato de derecho privado justiciable en sede de lo Contencioso Administrativo, por haberse pactado en él la cláusula de caducidad, para con aplicación del derecho sustancial de índole privado, como es el Código de Comercio y el Código Civil. Esta orientación la ha reiterado la Sala, entre otros en proveídos del 8 de septiembre de 1987, Proceso No. 4955, Actor: Centro de Cómputo de Nariño, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 25 de julio de 1991, proceso No. 6471, Actor: Sociedad Proviseguros Ltda., Asesores de Seguros, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández".

Y sobre la facultad de imponer multas, en ese mismo fallo se lee:

"3o. **La Facultad de Imponer Multas**

"En la cláusula quinta se incluyó en favor del INCOMEX la posibilidad de sancionar con multas a la contratista, en el evento de presentarse incumplimiento en las cuotas de exportación. Se redactó así esa cláusula:

"QUINTA.- En caso de incumplimiento parcial del compromiso de exportación pactado en la cláusula primera del presente contrato, el INCOMEX podrá imponer multas al CONTRATISTA hasta por una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor dejado de exportar para los incumplimientos del primer año, quince por ciento (15%) para los incumplimientos del segundo año, doce por ciento (12%) para los del tercer año y seis por ciento (6%) para los incumplimien-

tos de los años siguientes. Estos porcentajes serán revisados con el fin de hacerlos equivalentes a los que se establezcan para incumplimiento de los compromisos de exportación de las otras ensambladoras del sector automotor. El pago de las multas se hará en pesos colombianos, para lo cual se aplicará el tipo de cambio oficial vigente en el momento de hacerse efectivo dicho pago. PARAGRAFO.- La imposición y aplicación de la multa se someterán a las normas previstas en los artículos 71 y 73 del Decreto 222 de 1983".

"En relación con la facultad que se consagró en favor del INCOMEX de imponer multas, se dispuso que esta se aplicaría conforme a los artículos 71 y 73 del Decreto 222/83, estatuto de contratación administrativa vigente al momento de celebrarse el contrato. Esta normatividad sólo es aplicable, por disposición de su Art. 1o., a las entidades estatales, en relación con los contratos previstos en el Art. 16 *ibídem,* en cuya enumeración no está incluído el de exportación, por consiguiente, éste no se regula por el Decreto 222/83 sino por las normas comerciales sobre la materia, según dispone expresamente la misma norma.

"Ahora bien, el Art. 71 del Decreto 222/83 señala que en los contratos administrativos la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial. Esa facultad es una manifestación del poder coactivo de que goza la administración frente a los particulares, en este caso los contratistas, con el fin de lograr el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado. Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

"No es la importancia de la materia del contrato, en este caso las exportaciones, ni lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes. Este establecimiento público demandado sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222/83, pero no en uno que no esté incluído en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo pueda ser decretado por los jueces, como es el caso de autos.

"Ahora bien, dentro de la autonomía que las partes mantienen en los contratos regidos por el derecho privado, entendiéndose entre ellos los que de antaño se llamaron de derecho privado de la administración, resulta conveniente precisar si es viable pactar multas periódicas y sucesivas por el incumplimiento a las obligaciones del contratante y si quien se considera acreedor de las mismas puede aplicarlas por sí, y ante sí, es decir, directamente, o, si por el contrario, lo que debe es aducir el referido incumplimiento y la respectiva estipulación, origen de las multas, para que el Juez del contrato sea quien decida tales aspectos.

"Al respecto se tiene que conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.", resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas.

"Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tornen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio.

"Con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar directamente a la otra por supuestos o reales incumplimientos de sus prestaciones debidas, dado que no se puede ser Juez y parte a la vez en dicha actividad negocial. Le corresponde por consiguiente al Juez del contrato, de acuerdo a lo alegado y probado, determinar si se dan los supuestos fácticos y jurídicos que justifiquen la imposición de la referida multa. Adicionalmente, en cada caso, el Juez ponderará si la cuantía y modalidad de las multas son razonables, equitativas y compensatorias al incumplimiento total o parcial, y aún en el caso del cumplimiento tardío, o defectuoso, o si por el contrario, aquellas resultan extremas, desproporcionadas o inequitativas, lo cual le permitirá mirarlas como ineficaces total o parcialmente, reducirlas, y, en fin, atemperarlas a las justas proporciones del caso.

"4o. **La Nulidad Solicitada**

"Visto como está que en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular sí es posible el pacto de multas, aunque con la precisión de que estas deben ser controladas y corregidas por el Juez del contrato, no le asiste razón al *a-quo* al esforzarse por declarar nula, de nulidad absoluta, la cláusula quinta del contrato, so pretexto de que ésta es una facultad exclusiva y propia del contrato administrativo y no del contrato de derecho privado. Por esta razon habrá de revocarse la sentencia en este punto. En cambio se confirmará en relación con la nulidad de las resoluciones demandadas, por cuanto la administración carecía de competencia para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponer las multas.

"En materia de facultades excepcionales de la Administración éstas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en ésta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables.

"Vale la pena resaltar que el artículo 17 del Decreto 222/83 permite incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración; y, que el art. 60 del mismo estatuto, a la letra dice:

""... Asimismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto..."

"Ahora bien este título IV, artículos 18 y 24 del Decreto 222/83, hace referencia a los poderes excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, en beneficio de la administración. Por parte alguna se menciona allá, o en estas disposiciones, la facultad de que la administración por sí y ante sí, pueda imponer multas a su contratista. Esto implica que sea el Juez del contrato quien durante la actividad jurisdiccional correspondiente determine la viabilidad de las multas, la modalidad, intensidad y la cuantificación de las mismas.

"Dicho de otra manera, en los contratos de derecho privado de la administración, ésta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub-júdice,* imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los artículos 71 a 73 del Decreto 222/83. Ya se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía contractual".

Planteadas así las cosas, la sala considera que el asunto merece algunas precisiones, porque estima que la cláusula quinta del contrato celebrado entre el Incomex y la Comercializadora sí es nula; como nula es la resolución que impuso la multa en desarrollo de la misma. En estos extremos se considera que la sentencia del *a-quo* merece confirmación, porque:

Primero. El contrato de ensamblaje celebrado el 29 de diciembre de 1983 entre el señor Presidente Belisario Betancur C. y la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. Colmotores, es un típico contrato administrativo, gobernado por una legislación especial (decs. 177 de 1956, 434 de 1976, 3218 de 1983 y ley 38 de 1981). Contrato al cual, en principio, pese a la fecha de su celebración, no podía aplicársele el dec. 222 de 1983, ni la clasificación que de contratos administrativos hacía en su art. 16, porque lo listado en éste, tal como en forma reiterada lo sostuvo la jurisprudencia, no era taxativo sino meramente enunciativo.

Segundo. En cambio, el contrato de exportación celebrado entre la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A. y el Incomex el 9 de julio de 1984, en desarrollo del de ensamblaje suscrito entre la Nación y la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. Colmotores de 29 de diciembre de 1983 y que dio lugar a la expedición del acto administrativo que impuso la multa aquí discutida, no es más que un contrato privado de la administración dotado de cláusula de caducidad.

Se afirma este carácter, pese a que podría sostenerse que es administrativo por seguir la suerte del principal, o sea el de ensamble.

No obstante esto, la sala considera que es privado, pues su objeto (cumplir unas cuotas de exportación por otra persona principal obligada, o sea la Fábrica Colombiana de Automotores Colmotores S.A.), impone una serie de obligaciones de naturaleza comercial que permite calificarlo como de mandato comercial, en los términos del código de comercio (arts. 1262 y ss.).

Aunque la sala estima que en el contrato Incomex-C.I. Colmotores S.A. no tenía porqué intervenir dicho Instituto, la voluntad de las partes iniciales plasmada en el contrato de ensamble que aparece como causa del aquí cuestionado, le dio entrada a ese organismo por ser, de un lado, el competente para el manejo del comercio exterior del país o ejecutor de la política del Gobierno en dicho campo; y por el otro, como el órgano contralor por excelencia de las obligaciones de exportación contraídas por la ensambladora involucrada en este proceso.

Tercero. Definido que el contrato Incomex - C.I. Colmotores S.A. es de derecho privado con cláusula de caducidad, este sí sometido al régimen del dec. 222, debe concluirse que el Instituto tenía ciertos poderes exorbitantes, pero sólo los de declararlo caducado por incumplimiento y los demás contemplados en el título IV del antecitado decreto (arts. 18 a 24). Restricción en la exorbitancia que se desprende del mandato contenido en el art. 60 del aludido estatuto.

Los poderes exorbitantes son reglas de excepción y como tales de interpretación restrictiva. De allí, que so pretexto de que Incomex poseía estos poderes inusuales en el contrato de exportación 1.002, no podía imponer unilateralmente multas a la persona incumplida; porque esta potestad, que podía ejercerse sin discusión en los contratos administrativos con apoyo en los arts. 72 y 73 del citado dec. 222, no operaba en los privados de la administración, así estuvieran dotados de cláusula de caducidad.

Cuarto. Si las multas se hubieran impuesto a la ensambladora, la sala no estaría cuestionando el poder exorbitante de imposición unilateral de multas. Pero como así no sucedió, no puede pensarse que ese incumplimiento sea exigible de la persona que no fue destinataria del acto administrativo que impuso la sanción. Las partes así lo quisieron y desplazaron la responsabilidad hacia la sociedad mandataria.

Leídos los dos contratos (el de ensamble y el de exportación) cabe afirmar que la persona primeramente obligada no era la Comercializadora, sino la Fábrica Colombiana de Automotores S.A. Colmotores S.A.

Quinto. La relación causal existente entre los dos contratos, imponía que la cláusula de multa contemplada en estos fuera idéntica o similar, lo que no sucede en el presente evento; y que le pone un motivo adicional de nulidad a la cláusula quinta del contrato No. 1002 por violación de la cláusula quinta del contrato matriz.

Sexta. Fuera de lo dicho, la cláusula quinta del contrato Incomex C.I. Colmotores es nula en cuanto permite la imposición unilateral de la sanción, en los términos previstos en los arts. 71 y 73 del dec. 222. Y lo es porque viola el art. 60 del mismo decreto, el que permitía que en los contratos de derecho privado con cláusula de caducidad podía declararse ésta y podía asimismo ejercer la administración los poderes exorbitantes contenidos en el título IV del tantas veces citado dec. 222.

La nulidad aparece palpable en la forma como está concebida la cláusula. Y es nula no porque se hayan pactado multas por incumplimiento (pacto válido incluso en cualquier contrato de derecho privado), sino porque la cláusula le permite a la administración ejercer una potestad que no tiene en este tipo de contratos; o sea la de calificar unilateralmente el incumplimiento del contratista por acto administrativo, para hacerlo merecedor a la sanción, con efectos ejecutorios y exigible por jurisdicción coactiva.

En otras palabras es nula, porque como está concebido el contrato le quita a la jurisdicción la competencia no sólo para calificar ese incumplimiento sino para imponer la sanción de acuerdo con lo probado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada de julio 30 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE Y PUBLIQUESE EN LOS ANALES.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión de fecha quince (15) de diciembre de 1994.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO-Declaración de Oficio/(Aclaración de Voto)

El Tribunal declaró la nulidad absoluta de la Cláusula Quinta del Contrato de Exportación No. 1002 C.X.E.A. del 9 de julio de 1984, sin tener competencia para ello, puesto que ella tan sólo se limitaba a juzgar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos deprecados y el consecuencial restablecimiento del derecho. Las pretensiones de la demanda debían prosperar, como en efecto prosperaron, pero debió modificarse la sentencia de primer grado para revocar el punto primero de la misma en cuanto declaró de oficio, la nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato que originó la *litis*.

Aclaración de Voto del Doctor Daniel Suárez Hernández

Santafé de Bogotá, D.C., enero dieciocho de mil novecientos noventa y cinco.

Referencia Expediente No. 7879. Nulidad con restablecimiento de la Sociedad de Comercialización Internacional Colmotores S.A. Vs. Instituto Colombiano de Comercio Exterior.-

Voté favorablemente la decisión contenida en la sentencia de 16 de diciembre de 1994, dentro del proceso del rubro, aunque anuncié que aclararía mi voto, por las siguientes razones:

1) El Tribunal declaró la nulidad absoluta de la Cláusula Quinta del Contrato de Exportación No. 1002 C.X.E.A. del 9 de julio de 1984, sin tener competencia para ello, puesto que ella tan sólo se limitaba a juzgar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos deprecados y el consecuencial restablecimiento del derecho.

2) En sentencia de octubre 21 de 1994, proferida en el expediente No. 9288, actor: Sociedad Comercializadora Internacional OMEGA LTDA. contra el Instituto Colombiano de Comercio Exterior INCOMEX, la Sala por mayoría falló proceso similar al presente y allí se dijo:

"Visto como está que en los contratos de derecho privado entre particulares o entre un ente público y un particular si es posible el pacto de multas, aunque con la precisión de que estas deben ser controladas y corregidas por el Juez del contrato, no le asiste razón al *a-quo* al esforzarse por declarar nula, de nulidad absoluta, la cláusula quinta del contrato, so pretexto de que ésta es una facultad exclusiva y propia del contrato administrativo y no del contrato de derecho privado. Por esta razón habrá de revocarse la sentencia en este punto. En cambio se confirmará en relación con la nulidad de las resoluciones demandadas, por cuanto la administración carecía de competencia para declarar por sí mismo el incumplimiento e imponer las multas.

"En materia de facultades excepcionales de la administración estas dependen de la ley y son de manera privativa las que se precisan en ésta, pues bien sabido es que el fenómeno de la competencia es del resorte exclusivo del legislador y no puede tener origen en estipulaciones negociables.

"Vale la pena resaltar que el artículo 17 del Decreto 222/83 permite incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración; y, que el art. 60 del mismo estatuto, a la letra dice:

"...Asimismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto...".

"Ahora bien, este título IV, artículos 18 y 24 del Decreto 222/83, hace referencia a los poderes excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales, en beneficio de la administración. Por parte alguna se menciona allá, o en estas disposiciones, la facultad de que la administración por sí y ante sí, pueda imponer multas a su contratista. Esto implica que sea el Juez del contrato quien durante la actividad jurisdiccional correspondiente determine la viabilidad de las multas, la modalidad, intensidad y la cuantificación de las mismas.

"Dicho de otra manera, en los contratos de derecho privado de la administración, ésta no puede, como de hecho lo efectuó el INCOMEX en el caso *sub-iudice,* imponer las multas debatidas. Ni siquiera so pretexto de que la cláusula quinta del contrato de exportación así "lo autorice" al referirse expresamente a la aplicación de los artículos 71 a 73 del Decreto 222/83. Ya se advirtió que la competencia de la administración depende exclusivamente de la ley y nunca de la autonomía contractual.

"La Sala no entrará a analizar la cláusula quinta del contrato de exportación No. 1001 C.X.E.A., en cuanto respecta a su legalidad y proporcionalidad, dado que al prosperar la totalidad de las pretensiones principales, no debe ocuparse de las

subsidiarias que son las que tocan en este tema. Se limitará pues a confirmar la sentencia del *a-quo* en lo restante, aunque por las razones expuestas en este proveído y con la aclaración de que de haberse pagado el valor de las multas, si el pago se hizo en dólares, la devolución deberá hacerse en dólares; y, si se hizo en pesos, la suma efectivamente pagada se actualizará con el I.P.C., desde la fecha en que se realizó el pago hasta el momento en que se haga la devolución. Además, sobre el valor histórico se reconocerá un interés del 6% anual, durante el mismo período que corresponde a la actualización".

Lo anterior pone de presente que las pretensiones de la demanda debían prosperar, como en efecto prosperaron, pero debió modificarse la sentencia de primer grado para revocar el punto primero de la misma en cuanto declaró de oficio, la nulidad absoluta de la cláusula quinta del contrato que originó la *litis*.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

LAUDO ARBITRAL/RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Requisitos/**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**-Sustentación/**NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL**-Régimen Aplicable

Basta confrontar el texto del artículo 112 de la ley 23/91 con el escrito mediante el cual se interpuso recurso de anulación, para darse cuenta de que el recurrente se limitó apenas a nombrar los ordinales contentivos de las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, sí que esa sola relación del impugnante puede considerarse suficiente para satisfacer las exigencias legales reguladoras del recurso, dado que en el *sub-júdice,* además de relacionarlas, le correspondía al recurrente enunciarlas, es decir, expresarlas en forma breve y sencilla, en forma sucinta, con miras a que el juzgador pueda cumplir con la calificación preliminar acerca de la viabilidad de la impugnación, al tenor de la parte final del primer inciso del artículo 112 de la Ley 23 de 1991. Desde la vigencia de la Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993), las causales de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, son las previstas en el art. 72 de tal preceptiva y no las consignadas en el Decreto 2279 de 1989, art. 38, como equivocadamente lo señala el recurrente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Tercera.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 10378 - Anulación Laudo Arbitral. Actor: Fábrica de Licores del Tolima.

El apoderado de la Fábrica de Licores del Tolima interpuso el 6 de octubre de 1994 recurso de anulación contra el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por la Fábrica de Licores del Tolima y Francisco de Paula Hernández, de fecha 29 de septiembre de 1994.

El recurso lo interpuso el mandatario de la empresa mencionada en los siguientes términos:

> "Obrando como mandatario judicial de la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA, a la Sra., Presidente del Tribunal de la referencia y estando dentro del término correspondiente, atentamente interpongo RECURSO DE ANULACION contra el Laudo proferido por dicho Tribunal y de fecha 29 de septiembre de 1994 y de esta manera surta dicho recurso de alzada para ante el H. Tribunal Administrativo del Tolima.
>
> "Son causales de ANULACION las contenidas en los numerales: 4o., 6o., 8o. y 9o. del artículo 38 D.E., 2279/89.
>
> "Causales que en su debido momento sustentaré ente (sic) el Superior, ya que las enunciadas prolijan (sic) el derecho al debido proceso; un Laudo en derecho y acorde con las pretensiones, como en general, sujeto a las pretensiones de las partes plasmadas en un contrato".

Considera este Despacho que el recurso de anulación interpuesto debe rechazarse de plano, por las siguientes razones:

Dispone el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 112 de la Ley 23 de 1991:

> "El tribunal superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición, es extemporánea o cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.
>
> "En el auto por medio del cual el tribunal superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente y, a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la secretaría.
>
> "Parágrafo: Si no sustenta el recurso el tribunal lo declarará desierto.".

Ahora bien, basta confrontar el texto de la anterior disposición con el escrito mediante el cual se interpuso recurso de anulación, para darse cuenta que el recurrente se limitó apenas a nombrar los ordinales contentivos de las causales de anulación contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, sin que esa sola relación del impugnante pueda considerarse suficiente para satisfacer las exigencias legales reguladoras del recurso, dado que en el *sub-iudice,* además de relacionarlas, le correspondía al recurrente enunciarlas, es decir, expresarlas en forma breve y sencilla, en forma suscinta, con miras a que el Juzgador pueda cumplir con la calificación preliminar acerca de la viabilidad de la impugnación, al tenor de la parte final del primer inciso del artículo 112 de la Ley 23 de 1991.

Vienen a propósito para el caso que se examina, lo expresado por la Sala, con ponencia del suscrito Consejero, en proveído del 11 de agosto de 1994, expediente No. 9494, al decidir el recurso ordinario de súplica contra el auto del Consejero Sustanciador que rechazó de plano el recurso de anulación del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento ARINCO S.A. - FONDO AERONAUTICO NACIONAL. Allí en lo pertinente se dijo:

> "El Tribunal Superior o el Consejo de Estado, según el caso, rechazarán de plano el recurso de anulación, vale decir, no admitirán dicho medio de impugnación, cuando resulte ostensible la extemporaneidad en su interposición. O sea, cuando se hubiere presentado el escrito por fuera de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. También procederá a inadmitirlo 'cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en el artículo anterior'. Esta última expresión lleva implícito el que al momento de interponer el recurso, deberán precisarse las causales sobre las cuales se fundamentará el recurso, pues, de otra manera no le sería posible al Juez cumplir con esta calificación preliminar sobre la viabilidad de la impugnación.
>
> "5.- Así, es indispensable que en el escrito de interposición del recurso se haga precisión sobre la causal o causales que el recurrente ampliará y razonará al sustentar el recurso. Dicho de otra forma, la norma tan sólo exige **enunciar** las causales que se harán valer posteriormente al sustentar el recurso. No es como lo pregona el recurrente que el auto suplicado exija enunciar y sustentar, a la vez, las causales y el recurso. Son momentos bien distintos los que corresponden a una y otra carga procesales: se **enunciarán** las causales al interponer el recurso y se sustentará este posteriormente, una vez admitido, durante el término de cinco (5) días que el Juez señalará para tal efecto.
>
> "La ley 80 de 1993, en punto relacionado con las cargas procesales atrás anotadas, nada dijo al respecto. Por consiguiente, la Sala entiende que se encuentra en pleno vigor el artículo 112 de la Ley 23 de 1991".

Adicionalmente, la Sala observa que desde la vigencia de la ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993) las causales de anulación de laudos arbitrales originados en Contratos Estatales, son las previstas en el artículo 72 de tal preceptiva y no las consignadas en el Decreto 2279 de 1989, artículo 38, como equivocadamente lo señala el recurrente.

De acuerdo con lo anterior, considera el Despacho que el recurrente no satisfizo las exigencias legales aludidas en cuanto al recurso de anulación contra laudos arbitrales se refiere.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

RECHAZASE de plano el recurso de anulación interpuesto por el apoderado de la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA contra el Laudo proferido por el Tribunal

de Arbitramento constituído por la FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA y FRANCISCO DE PAULA HERNANDEZ, calendado el 29 de septiembre de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE.

Publíquese en los Anales.

Daniel Suárez Hernández

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial proveído del 11 de agosto de 1994, expediente 9494, al decidir el recurso ordinario de súplica contra el auto del consejero sustanciador que rechazó de plano el recurso.

SECCION CUARTA

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Restricción/CONCEJO MUNICIPAL/CONTRIBUCION DE VALORIZACION/OBRA DE INTERES PUBLICO

La Constitución de 1886 en su artículo 43 establecía la competencia de los concejos municipales para imponer contribuciones, previsión que con más precisión y técnica en la material, igualmente se consagró en el artículo 338 de la Nueva Carta. Dicha competencia impositiva debía ejercerse con fundamento en el ordenamieno que sobre la citada contribución hubiese expedido el Congreso, por tratarse de una competencia derivada y no autónoma. Fue así como el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1604 de 1966 hizo extensiva la contribución de valorización a toda clase de obras de interés público que beneficien a la propiedad inmueble, estableciendo un concepto genérico de dichas obras y eliminando la enumeración de las mismas que a manera de ejemplo y no en forma taxativa, había señalado la Ley 25 de 1921, antecedente remoto del gravamen. Esta forma de establecimiento del tributo en la ley, dejó propicio el espacio para que las corporaciones con poder impositivo derivado, reglamentaran la contribución a través de sus respectivos acuerdos.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION-Buga/JUNTA DIRECTIVA DE VALORIZACION/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Delegación/CONCEJO MUNICIPAL-Delegación/PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS

De la lectura de la disposición acusada, surge como conclusión que el órgano que define y decide en última instancia en el Municipio de Buga,

cuándo, por cuáles obras y en qué medida se causa dicha contribución, es la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Valorización. La decisión sobre las obras a las cuales puede extenderse el cobro de la contribución no es en manera alguna cuestión adjetiva, y la atribución conferida implica extender el ámbito de la contribución a otras obras no contempladas en el Acuerdo. Lo que significa que cuando la Junta no señala específicamente cuáles obras pueden realizarse por el sistema, las mismas se efectuarán con cargo a los fondos comunes del municipio, y no con dineros de los mismos beneficiarios de las obras. Dicho de otra manera, al dejar a la discreción y autonomía de la referida Junta la decisión en concreto sobre las obras que dan derecho a exigir la contribución y cuya determinación, como se precisó, debe ser tomada por el Concejo mediante acuerdo que establezca la causación de la contribución respecto de cada obra, aspecto objetivo que implícitamente conlleva la determinación del sujeto pasivo de la obligación tributaria. La atribución en la disposición acusada tiene la virtualidad no solamente de determinar la causación de la contribución, lo cual de suyo va en contravía de la segunda atribución consagrada en el artículo 197 de la Constitución de 1886, sino de modificar el presupuesto de rentas y gastos, función igualmente propia y privativa del Concejo conforme al numeral 5o. del mismo artículo 197, camino éste que conduce en la práctica a que por la vía de la incorporción de un ingreso en el presupuesto de la entidad, se estará votando la contribución de valorización misma, no por iniciativa y decisión directa de los concejales.

PRINCIPIO DE IMPOSICION CON REPRESENTACION-Objeto/JUNTA DE VALORIZACION/FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Es evidente que el sentido finalístico de la imposición a través de los cuerpos de elección popular, se enmarca en el principio de que no hay tributo sin representación, de manera que sean los voceros de la comunidad quienes con un criterio ajustado a la realidad social, a la capacidad económica de los habitantes y en forma general y equitativa tomarán frente a cada situación, la determinación de establecer un tributo, fin que no se consigue si es la Junta de Valorización la que según su solo criterio y por supuesto, sin representación popular, tome tal decisión. Pero además, si el cotejo de la disposición acusada se efectuara con la Carta adoptada en 1991, la conclusión de la Sala sería idéntica, máxime teniendo en cuenta que la nueva Constitución, para preservar el principio de la imposición con representación, fue más explícita que la Carta anterior, al describir imperativamente hasta dónde deben ir, dentro de las órbitas de su competencia el Congreso, las Asambleas y los Concejos.

DECRETACION DE OBRA DE VALORIZACION/JUNTA DE VALORIZACION/CONCEJO MUNICIPAL/CONTRIBUCION DE VALORIZACION

Como del artículo 6o. demandado se desprende que la orden de realización de la obra pública y su decretación se atribuyen autónomamente a la Junta del Departamento Administrativo de Valorización, sin sujeción a ninguna determinación previa del Concejo Municipal, resulta contraria al ordenamiento constitucional y legal expuesto y analizado en el punto anterior, debiendo, en consecuencia, ser también retirado del ordenamiento jurídico local.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5641. Actor: Roberto Uribe Pinto contra Municipio de Guadalajara de Buga.Contribución de Valorización Municipal. Acción Pública. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 15 de abril de 1994, desestimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad contra los artículos 2o. y 6o. literal e) del Acuerdo 14 de 1981, del Concejo Municipal de Guadalajara de Buga.

ANTECEDENTES

El Concejo Municipal de Guadalajara de Buga, invocando sus facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 197, numeral 1o. y 3o. de la Constitución de 1886, las Leyes 63 de 1938 y 1a. de 1943 y el Decreto 1604 de 1966, expidió el Acuerdo 014 del 27 de mayo de 1981, "Por medio del cual se reforma el Acuerdo No. 1 de 1974 relacionado con el Estatuto del Departamento Administrativo de Valorización del Municipio de Buga", disponiendo que el Acuerdo que se dicta constituye el Estatuto Orgánico del Departamento Administrativo de Valorización y que en adelante su administración y funcionamiento se regirán por las disposiciones que el mismo contiene.

Disponen las normas demandadas:

"ARTICULO 2o. La enumeración contenida en el parágrafo anterior es simplemente enunciativa. La Junta Directiva del Departamento Administrativo de Valorización, resolverá en cada caso si la ejecución de una determinada obra puede decretarse por el sistema de valorización".

"ARTICULO 6o. En adelante las etapas para decretar una obra por el sistema de valorización son:

.....

e) Decretación y Resolución Administrativa que ordena la realización de la obra pública por parte de la Junta del Departamento Administrativo de Valorización".

LA DEMANDA

Adujo que a través de los artículos acusados, el Concejo Municipal delegó en forma indiscriminada e ilimitada en el Departamento Administrativo de Valorización de Buga y en su Junta Directiva, la facultad de decretar la ejecución de las obras por el sistema de valorización o sea que se despojó de su facultad de decretar contribuciones y la delegó en forma permanente, indeterminada y exclusiva a dicho organismo municipal, puesto que conforme al artículo 313-4 de la actual Constitución tratándose de tributos y contribuciones, tanto el Congreso como las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales tiene la facultad privativa de decretarlos, que en consecuencia dichas disposiciones violaban también el artículo 197 de la anterior Constitución, que era del mismo tenor.

Agregó, que el Consejo de Estado ha sentado en forma permanente la tesis jurisprudencial consistente en que los Concejos Municipales no pueden delegar en otra entidad del mismo orden su facultad de decretar tributos. Al efecto se apoyó en sentencias del 17 de mayo de 1985 y 3 de marzo de 1989 las cuales transcribió parcialmente.

Señaló que siendo facultad privativa e indelegable por parte de los Concejos Municipales la de decretar la contribución de valorización expresamente para las obras viales u obras públicas en general, el Concejo de Buga autorizó en forma indiscriminada y genérica a la Junta de Valorización para decretar la realización de las obras públicas por valorización independientemente de los planes y programas que deben ser decretados y aprobados por el mismo Concejo Municipal.

Previa transcripción de los incisos 1o. y 2o. del artículo 338 de la Constitución vigente, indicó que el mismo también asigna en forma privativa a los Concejos Municipales la facultad de imponer y por consiguiente decretar las contribuciones fiscales y parafiscales. Que en estas condiciones y bajo estas limitaciones no puede el Concejo Municipal delegar su facultad de imponer contribuciones de valorización en forma indiscriminada, permanente, general e indeterminada a otra entidad municipal como ocurrió con los artículos acusados.

Estimó que por esa razón son nulas las disposiciones acusadas al asignar a otra entidad distinta al Concejo Municipal dicha facultad impositiva que está limitada expresamente para el Concejo, el cual es la única entidad competente para decretar las contribuciones en el municipio.

Subrayó que el segundo inciso del artículo 338 es claro en el sentido de que los Concejos pueden delegar a otra autoridad la facultad de fijar la tarifa de las contribuciones. Pero que éstas deben ser decretadas previamente por el Concejo, pues una cosa es crear e imponer la contribución, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado y otra, facultar a una autoridad municipal para señalar la tarifa respectiva.

Agregó que esta situación tampoco ocurre con las normas acusadas, las cuales transgreden el inciso comentado.

Estimó violado también el artículo 315, numerales 5o. y 9o. y los artículos 345 y 353 de la Constitución, puesto que en las normas acusadas no se contempla tampoco ningún proyecto sobre obras públicas que deba presentar el Alcalde al Concejo, ni que los gastos y obras que se ordenen por el Departamento de Valorización hayan sido previamente aprobados por el Concejo dentro del programa de obras públicas de que trata el numeral 5o. del artículo 315, ni tampoco indican que dichas obras deben incorporarse al presupuesto del municipio.

Precisó que los artículos acusados no contemplan que las contribuciones que decrete el mismo Departamento de Valorización deban figurar en el presupuesto de rentas del municipio. Que esta exigencia ya existía en la antigua Constitución que prohibía percibir contribución o impuesto o realizar cualquier gasto público que no figurara en el presupuesto de rentas y gastos, y que estos últimos no pueden ser realizados sin previo decreto del Congreso, las Asambleas y las Municipalidades (arts. 206 y 207 de la Carta de 1886).

De otra parte, solicitó la suspensión provisional de los actos acusados, medida que fue negada por el Tribunal, puesto que a su juicio no se cumplen los presupuestos que para la procedencia de la medida prevé el artículo 152 del C.C.A.

OPOSICION

El apoderado judicial del municipio, se opuso a la anulación de las disposiciones acusadas. Explicó que mediante el Acuerdo 014 de 1981, el Concejo Municipal reguló todo lo atinente a la contribución de valorización y dispuso que ésta se cobrara en los casos en que está permitido por la ley, estableciendo a su vez las competencias, funciones y procedimientos que se deben seguir para la aplicación, decretación, distribución y cobro, en cada caso, de la respectiva contribución.

Manifestó que el Concejo Municipal no se ha desprendido de función alguna que le corresponda, por cuanto en el Acuerdo se señalan las competencias específicas tanto de la Junta de Valorización como de los funcionarios administrativos y que es claro el Acuerdo al disponer que el presupuesto del Departamento Administrativo de Valorización debe ser aprobado por el Concejo Municipal. Adujo que para el ejercicio de sus funciones, la Junta de Valorización debe tener en cuenta el Estatuto del Departamento, el Acuerdo por medio del cual se adoptó el Plan Vial del Municipio, las normas fiscales, el Plan de Desarrollo, el Plan de Inversiones y el mismo presupuesto del municipio, del cual hace parte integrante el presupuesto del Departamento de Valorización.

Sostuvo que las normas acusadas no pueden entenderse y aplicarse de forma aislada, sino teniendo en cuenta otras disposiciones del mismo acuerdo, como lo sería el artículo 33 que exige que los proyectos definitivos de las obras estén aprobados por la Junta de Planeación Municipal y que los presupuestos de las obras deben estar

elaborados y actualizados. Que esta norma es importante por cuanto corresponde a Planeación la elaboración del Plan de Desarrollo con todos sus elementos, como el Plan Vial y el de Inversiones. Que al exigirse que los proyectos estén aprobados por la Junta de Planeación Municipal, implica que éstos estén acordes con el Plan de Desarrollo del municipio y que la exigencia de elaboración del presupuesto de la obra, conduce a que se haya verificado su correlación con el presupuesto del municipio, del cual forma parte el presupuesto del Departamento de Valorización.

Agregó que el artículo 111, literal a) del Acuerdo, señala como funciones del Departamento de Valorización las de traducir a programas y proyectos específicos de obras, las políticas y los planes de desarrollo del municipio. Y que el artículo 113 señala la obligración de someter a concepto de Planeación, las obras a ejecutarse por valorización.

Explicó que el Acuerdo 03 de 1980, contiene el Plan Vial y de Transporte del Municipio y que el sistema de valorización es uno de los mecanismos para la implementación y cumplimiento del Plan Vial. Que no puede afirmarse que el Concejo de Buga se desprendió de sus facultades, sino que dotó a la Administración de herramientas para cumplir el Plan de Desarrollo y el Plan Vial adoptados por el Concejo.

Estimó que el Concejo no ha dado facultades ilimitadas a la Junta de Valorización, sino que le ha indicado en qué casos y a quiénes se les puede cobrar la contribución de valorización; que lo que debe hacer la Junta es analizar y determinar si una obra específica se tipifica en los casos determinados por el Concejo.

Reiteró que el Concejo no se ha desprendido de sus funciones, sino que ha expedido las normas marco, con fundamento en las cuales la Junta debe liquidar y cobrar la contribución. Que entre ellas se cuentan el Acuerdo 03 de 1980, relativo al Plan Vial y el 010 de 1992, contentivo del presupuesto de ingresos y egresos del municipio, para la vigencia de 1993.

LA SENTENCIA APELADA

Declaró la legalidad de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró que el Concejo no está facultando a la Junta de Valorización para establecer y decretar la contribución, aspecto que es de exclusiva competencia del Concejo, que la autorización dada es para determinar qué obra ha de ejecutarse por el sistema de valorización. Y **que el artículo 6o., literal e) guarda íntima relación con el artículo 2o., por cuanto la** decretación y resolución administrativa que ordena la realización de la obra pública, es la culminación del proceso de decretación contenido en el Titulo II, Capítulo I, del Acuerdo.

Consideró que el Concejo es la única entidad que puede establecer y regular la contribución, que por ser privativa dicha facultad, es indelegable. Que por el contrario,

cuando se trata de funciones administrativas, como en el caso de autos, la delegación de las funciones en un organismo encargado de ejecutar las obras por el sistema de valorización, ésta es perfectamente válida.

LA APELACION

Se mostró en desacuerdo con la sentencia del Tribunal porque acepta la autorización a la Junta para decretar una obra por valorización según su propio criterio y sin someter siquiera su aprobación en cada caso a la decisión del Concejo Municipal, única entidad competente, conforme la Constitución para decretar contribuciones municipales.

Que la sentencia del Tribunal no indica ni demuestra por qué se considera que puede el Concejo transferir la facultad de decretar la contribución de valorización en forma indiscriminada a la Junta Directiva de Valorización.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Con ocasión del traslado para alegar de conclusión, el apoderado del demandante, reiteró la ilegalidad de los actos acusados.Explicó que el artículo 2o. del Acuerdo le da a la relación de obras de interés público un simple carácter enunciativo, eliminando así cualquier límite para las decisiones que tome la Junta Directiva de Valorización, con relación al tipo o clase de obras que puedan realizarse por el sistema. Y la segunda parte del artículo la faculta para tomar decisiones autónomas, como son las de determinar en cada caso, cuál obra puede realizarse por el referido sistema.

Entiende el señor apoderado, que el Acuerdo al facultar a la Junta para decidir en forma autónoma cuál obra puede realizarse por valorización, la está facultando para determinar qué grupo o conjunto de propietarios de inmuebles ubicados dentro de la zona de influencia de la obra, quedarían gravados con la contriución, por razón de tal decisión. De esta forma el Concejo se está desprendiendo de facultades propias y excluyentes, conforme al artículo 313-4 de la Constitución de votar los tributos y los gastos locales, en concordancia con el numeral 2o. que establece que son los Concejos quienes pueden adoptar los planes y programas de obras públicas.

Agregó, que los Departamentos Administrativos de Valorización son entidades administrativas que sirven de instrumento a los entes territoriales para administrar la realización de obras de interés público, determinar las áreas de influencia, liquidar las contribuciones, etc., pero que todo ello presupone una previa decisión del Concejo que determine cuáles obras deben adelantarse por el sistema de valorización.

Dijo también, que la autorización a la Junta para determinar las obras, es precisamente la facultad impositiva que tienen los Concejos Municipales para determi-

nar a quienes se les grava con las contribuciones y a quienes no. Que los Departamentos de Valorización no pueden ser nada distinto que instrumentos para cumplir las decisiones que tomen los Concejos.

Sostuvo que la sentencia es incongruente, pues mientras afirma que la facultad del Concejo es indelegable, sostiene que es válida la delegación tratándose de funciones ejecutivas y administrativas.

Concluyó observando que todos los actos de los Concejos son administrativos y por tanto la distinción que pretende hacer el Tribunal no tiene sentido. Que la premisa para sostener la legalidad de la delegación es para ejecutar obras, lo que implica que dichas funciones deben cumplirse en obedecimiento a una decisión del Concejo que ordena realizarlas y que las otras facultades que otorga a la Junta de Valorización no son de delegación de sus propias funciones, pues los Concejos no son organismos ejecutores sino ordenadores y por eso mismo la decisión de si una obra debe o no realizarse por el sistema de valorización no puede tomarla el órgano ejecutor, sino el ordenador, que es por disposición constitucional, el Concejo.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada. A juicio de la señora Procuradora, no es acertado el argumento central del Tribunal de que se estaban delegando por parte del Concejo funciones administrativas y ejecutivas puesto que al tener la facultad la Junta de DECRETAR la obra a realizar está nada más ni nada menos que tomando la decisión que por mandato constitucional le corresponde al Concejo. Que el Departamento de Valorización, es un organismo de ejecución que no puede hacer nada distinto que aplicar los mecanismos para dar cumplimiento a la obra decretada.

Consideró que no se puede perder de vista que la competencia para decretar la forma de realización y financiación de las obras es exclusiva de los Concejos, que son los que tienen la facultad jurídica para elaborar y aprobar los planes y programas de obras, cuyo valor debe estar incorporado al presupuesto de gastos en el que deben aparecer, en el rubro de ingresos, las fuentes de los recursos para realizar dichas obras.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala que el Acuerdo 014 de 1981, expedido por el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga, del cual forman parte las disposiciones acusadas, fue expedido bajo la vigencia de la Constitución de 1886, cuyo artículo 43 establecía la competencia de los concejos municipales para imponer contribuciones, previsión que con más precisión y técnica en la materia, igualmente se consagró en el artículo 338 de la Nueva Carta. Dicha competencia impositiva debía ejercerse con fundamento en el ordenamiento que sobre la citada contribución hubiese expedido el Congreso, por tratarse de una competencia derivada y no autónoma como lo precisó la jurisprudencia acorde de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en varias sentencias.

Fue así como, el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1604 de 1966 hizo extensiva la contribución de valorización a toda clase de obras de interés público que beneficien a la propiedad inmueble, estableciendo un concepto genérico de dichas obras y eliminando la enumeración de las mismas que a manera de ejemplo y no en forma taxativa, había señalado la Ley 25 de 1921, antecedente remoto del gravamen. Esta forma de establecimiento del tributo en la ley, dejó propicio el espacio para que las corporaciones con poder impositivo derivado, reglamentaran la contribución a través de sus respectivos acuerdos.

Dentro de esta perspectiva general se procede a analizar el caso de la ciudad de Buga, planteado en esta ocasión:

PUNTO No. 1

El artículo 2o. del Acuerdo 14 de 1981, primera de las normas acusadas, dispone:

"

CAPITULO I

De la Contribución de Valorización.

CONCEPTOS GENERALES

ARTICULO 1o. NOCION DE LA CONTRIBUCION

.....

PARAGRAFO 2o. Se entienden como obras de interés público las siguientes:

.....

ARTICULO 2o. La enumeración contenida en el parágrafo anterior es simplemente enunciativa. La Junta Directiva del Departamento Administrativo de Valorización, resolverá en cada caso, si la ejecución de una determinada obra puede o no decretarse por el sistema de valorización".

Cuando la Constitución Política de 1886, a cuyo amparo se expidieron las normas invocadas al dictarse el Acuerdo 014 de 1981, en su artículo 43 dispuso que "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones", estableció que esas corporaciones en la órbita de sus respectivas competencias y de manera privativa, deberían fijar los elementos que conforman el tributo, esto es, los sujetos, el hecho generador, la base gravable y las tarifas, como lo precisó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (oct. 1o./87, exp. No. 1662, C. P. Dr. Jesús Vallejo Mejía).

Concierne ahora definir si mediante la primera de las disposiciones acusadas, el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga se desprendió o no de la función de señalar el hecho imponible de la contribución de valorización en dicha jurisdicción y que, como

es sabido, está constituído por la ejecución de obras de interés público que produzcan beneficio a la propiedad inmueble.

De la lectura de la disposición acusada, surge como conclusión que el órgano que define y decide en última instancia en el Municipio de Buga, cuándo, por cuáles obras y en qué medida se causa dicha contribución, es la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Valorización.

En efecto, si bien en el parágrafo 2o. del artículo 1o. del Acuerdo se señalan las obras que se entienden como de interés público y por las cuales se habrá de exigir la contribución, según las voces del artículo 1o., en el artículo 2o., se aclara que **dicha enumeración es simplemente enunciativa** y se deja en manos de la Junta de Valorización, **resolver "en cada caso" si la realización de una obra puede o no decretarse por el sistema de valorización.** La decisión sobre las obras a las cuales puede extenderse el cobro de la contribución no es en manera alguna cuestión adjetiva, y la atribución conferida implica extender el ámbito de la contribución a otras obras no contempladas en el acuerdo.

Lo que significa que cuando la Junta no señala específicamente cuáles obras pueden realizarse por el sistema, las mismas se efectuarán con cargo a los fondos comunes del municipio, y no con dineros de los mismos beneficiarios de las obras. Dicho de otra manera, al dejar a la discreción y autonomía de la referida Junta la decisión en concreto sobre las obras que dan derecho a exigir la contribución y cuya determinación, como se precisó, debe ser tomada por el Concejo mediante acuerdo que establezca la causación de la contribución respecto de cada obra, aspecto objetivo que implicitamente conlleva la determinación del sujeto pasivo de la obligación tributaria, pone en evidencia que en tal sentido, el Concejo de la localidad, en contra de lo que manda la Constitución, si bien no puede afirmarse que delegó indefinidamente la función, sí la hizo extensiva a un órgano del ejecutivo municipal en forma tal que en la práctica hace que sea éste quien decide lo que constitucionalmente le corresponde al Concejo.

Así mismo se observa, que ante la hipótesis de la disposición acusada, el ejercicio de la atribución en ella consagrada tiene la virtualidad no solamente de determinar la causación de la contribución, lo cual de suyo va en contravía de la segunda atribución consagrada en el artículo 197 de la Constitución de 1886, sino de modificar el presupuesto de rentas y gastos, función igualmente propia y privativa del Concejo conforme al numeral 5o. del mismo artículo 197, camino éste que conduce en la práctica, a que por la vía de la incorporación de un ingreso en el presupuesto de la entidad, se estará votando la contribución de valorización misma, no por iniciativa y decisión directa de los concejales.

Igualmente, ha de entenderse que la determinación de la manera como se financiará la construcción de una obra pública, en este caso a través de la contribución de valorización, constituye ni más ni menos que el ejercicio mismo del poder de

imposición, el cual como se sabe, era privativo del Concejo en la anterior Constitución y lo sigue siendo en la vigente.

Si tal atribución, como en el caso que ocupa la atención de la Sala no es ejercida directamente por parte de la Corporación, sino que pretende deferirse a la Junta de Valorización, resulta manifiesta la contradicción de la disposición acusada con los textos constitucionales señalados. Cosa distinta sería que la Junta, dentro del ámbito de sus funciones administrativas, determinara con criterio técnico que la construcción de alguna obra se financiara con la contribución de valorización, y propusiera o recomendara al Concejo decretar lo correspondiente dentro del marco de sus atribuciones constitucionales.

Ahora bien: es evidente que el sentido finalístico de la imposición a través de los cuerpos de elección popular, se enmarca en el principio de que no hay tributo sin representación, de manera que sean los voceros de la comunidad quienes con un criterio ajustado a la realidad social, a la capacidad económica de los habitantes y en forma general y equitativa tomaran frente a cada situación, la determinación de establecer un tributo, fin que no se consigue si es la Junta de Valorización la que según su solo criterio y por supuesto, sin representación popular, tome tal decisión.

Pero además, si el cotejo de la disposición acusada se efectuara con la Carta adoptada en 1991, la conclusión de la Sala sería idéntica, máxime teniendo en cuenta que la nueva Constitución, para preservar el principio de la imposición con representación, fue más explícita que la Carta anterior, al describir imperativamente hasta dónde deben ir, dentro de las órbitas de su competencia el Congreso, las Asambleas y los Concejos.

PUNTO No. 2

Dentro del marco de las precisiones anteriores, procede la Sala a decidir la legalidad de la segunda disposición acusada, que prevé:

> "ARTICULO 6o. En adelante las etapas para decretar una obra por el sistema de valorización son:
>
> .....
>
> e) Decretación y resolución administrativa que ordena la realización de la obra pública por parte de la Junta del Departamento Administrativo de Valorización".

El artículo transcrito, señala las etapas para decretar la obra por el sistema de valorización, previendo como tales, la petición de la obra según fuere por parte de los propietarios o de la Administración; estudios de factibilidad (técnicos, económicos y sociales); determinación de la zona de influencia; elaboración del censo de los inmuebles y finalmente, la actuación administrativa de decretación y resolución administrativa que ordena la realización de la obra por parte del Departamento de Valorización

Como de este artículo se desprende que la orden de realización de la obra pública y su decretación se atribuyen autónomamente a la Junta del Departamento Administrativo de Valorización, sin sujeción a ninguna determinación previa del Concejo Municipal, resulta contraria al ordenamiento constitucional y legal expuesto y analizado en el punto anterior, debiendo, en consecuencia, ser también retirado del ordenamiento jurídico local.

Se acepta así en su integridad el concepto del Ministerio Público que pidió acceder a las súplicas de la demanda.

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 apelada.

2o. Del Acuerdo No. 014 de 1981 (mayo 27) expedido por el Concejo Municipal de BUGA se declaran NULAS las siguientes disposiciones: el artículo segundo (2o.) y el literal e) del artículo sexto (6o.)

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE 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.

SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS-Obligación/CAPITAL SOCIAL/ RESERVA LEGAL

Analizando la resolución 2732 de 1990 de la Superintendencia Bancaria es muy claro que el término señalado en el artículo 1o., se refiere concreta y exclusivamente, al término señalado en la expresión "con anterioridad a diciembre", para el año de 1990, y, a partir del año 1991, deberá comprobarse a más tardar el 30 de junio. No entiende la Sala que el artículo en comento establezca dos términos como lo afirma la sociedad recurrente, lo otro que establece el artículo citado es la forma como se debe destinar el incremento de capital social, circunstancia que igualmente debe comprobarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sociedad efectúe el respectivo incremento. De otra parte, le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que si para la actora era confuso el término establecido para allegar las pólizas de seguros, ha debido dirigirse ante la Superintendencia Bancaria, a fin de que le aclarara los términos de la misma.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS-Vigilancia

El artículo 1348 del C. de Co., dispone que las sociedades corredoras de seguros estarán sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y tendrán un capital mínimo y una organización técnica y contable con sujeción a las normas que dicte la Superintendencia Bancaria; en igual sentido dispone el artículo 2o. del Decreto 361 de 1972; y el artículo 5o. del Decreto citado señala los requisitos formales para una sociedad

corredora de seguros, le da a dicha entidad la facultad de reglamentar el pago, entrega de primas y sanciones por incumplimiento, todo mediante resoluciones como en el caso de autos; lo que significa que la Superintendencia Bancaria sí tenía la facultad reguladora para expedir actos como los acusados, sin que se presentara la extralimitación afirmada por la actora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5642. Actor: Bursátil de Seguros Ltda. C/Superintendencia Bancaria- Apelación sentencia de 24 de marzo de 1994- Fallo.

Decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 24 de marzo de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La sociedad actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicita se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 1690 del 20 de mayo de 1991 y 3061 del 22 de agosto del mismo año, proferidas por el Director General de Seguros y Capitalización de la Superintendencia Bancaria; igualmente que, se restablezcan los derechos de la compañía afectados por tales actos.

Relata los siguientes hechos:

"1- "Mediante resolución No. 2732 de julio 24 de 1990, la Superintendencia Bancaria reguló el capital mínimo que deberán acreditar ante dicha entidad las Sociedades Corredoras de Seguros, a partir de 1990 y les impuso la obligación de contratar dos pólizas de seguro y de acreditar la contratación de las mismas dentro de ciertos plazos.

"2- Transcribe apartes de la citada resolución.

"3- BURSATIL DE SEGUROS LTDA. CORREDORES DE SEGUROS, remitió a la Superintendencia Bancaria las pólizas de seguro ordenadas en el artículo 4o. de la resolución prenombrada el 14 de febrero de 1991, entendiendo cumplidos los términos de la norma.

"4- La Superintendencia Bancaria mediante la resolución 1690 de mayo 20 de 1990 sancionó al accionante, porque según ella las pólizas de responsabilidad civil y de infidelidad y riesgos financieros que prevé el artículo 4o. de la resolución 2732 de 1990, no se entregaron dentro de las oportunidades señaladas en el artículo 1o. de la misma, pues vencía el 15 de diciembre de 1990.

"5- Interpuesto el recurso de reposición, la Superintendencia Bancaria mediante resolución 3061 del 22 de agosto del mismo año confirma la sanción que había impuesto". (Fls. 156/157).

Manifiesta como violadas las siguientes disposiciones: los artículos 1 y 40 de la resolución 2732 de 1990; 22 del Decreto 2920 de 1982; el literal c) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986; el 16 y 20 de la Constitución Nacional, artículos 2, 4, 5, 35, 39, 40 del Código Penal; y, artículo 36 Código Contencioso Administrativo.

FALLO DEL *A-QUO*

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

1o.- El accionante aduce que la resolución sancionatoria al expresar que las pólizas deberían allegarse a la Superintendencia Bancaria en la misma oportunidad para acreditar el incremento de capital previsto en su artículo primero, la cual precluía el 15 de diciembre de 1990, está poniendo en boca de la resolución 2732 de 1990 algo que ésta no dice y por lo mismo la motivación de la resolución que se recurre es falsa.

Precisa el Tribunal que:

"Aunque el demandante insista en que la resolución 2732 de 1990 menciona dos oportunidades para constituir las pólizas, la primera, la indicada para acreditar las inversiones de los incrementos de capital de que da cuenta el artículo 1o., que cubre los tres meses posteriores a la realización del incremento, y la segunda, la señalada para acreditar las cuentas mismas de capital, que vence para los efectos del año de 1990, el 15 de diciembre de ese año, es claro que los términos dispuestos en el parágrafo primero del artículo o. (sic) de la resolución 2732 son aplicables por expresa remisión del artículo 4o. de la misma disposición en cuanto al envío de la pólizas (sic) de responsabilidad civil e infidelidad y riesgos financieros, plazo diferente al que establece el otro aparte del artículo 1o., que se refiere a la destinación que debe dársele a la suma incrementada y su comprobación a la Superintendencia Bancaria dentro de los tres meses siguientes:

"Por lo anterior, las normas citadas por la actora en este cargo no se violaron, por el contrario precisamente ellas facultan al Superintendente para imponer multas a los entes vigilados ante la infracción de las normas legales o estatutarias a que la entidad esté sometida". (Fls. 177/178).

2o.- Violación de las normas penales:

"De otra parte, respecto a la supuesta violación de normas de carácter penal, es preciso reiterar que las actuaciones de la Superintendencia Bancaria que

adelante en desarrollo de las funciones administrativas se encuentran reguladas por los principios contenidos en el Código Contencioso Administrativo, en armonía con los artículos 2o. y 5o. de la Ley 58 de 1982; en consecuencia, mal pueden aplicarse reglas y principios del derecho penal, el cual está dirigido a castigar conductas antisociales, mientras el ordenamiento administrativo se dirige al logro de objetivos políticos del Estado como lo afirma la demandada". (Fls. 178/179).

Transcribe apartes de sentencias del Consejo de Estado del 16 de junio de 1987, expediente No. 1028, Consejero Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, para reiterar su tesis y concluir que el cargo no prospera.

3o.- Violación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Esgrime la actora que la sanción impuesta no es proporcional, ni oportuna ni razonable, en la medida en que la omisión carece de gravedad: al comprometer la multa las utilidades de todo un año de ejercicio social se está atentando así contra la solvencia de la sociedad.

Precisa la Sala, que el cargo tampoco prospera por cuanto la Superintendencia Bancaria por no considerar la falta tan grave aplicó la sanción mínima, por lo tanto, no puede predicarse que no fue razonable como lo afirma el demandante.

4o.- Violación de los artículos 2, 6 y 84 del Código Contencioso Administrativo, 20 de la Constitución Nacional y 6 Constitución Política.

Estima el Tribunal que en la expedición de los actos acusados al observarse el factor de competencia se dio cumplimiento a los cometidos estatales, pues el público resulta amparado por los riesgos en que puedan incurrir los corredores de seguros como lo señalan las leyes.

5o.- Excepción de ilegalidad.

Afirma el Tribunal *a-quo* que la Superintendencia Bancaria, como ente vigilante que es de los corredores de seguros, tiene la facultad reguladora para expedir actos, como la resolución 2732 de 1990 mediante la cual se exigen las pólizas de responsabilidad civil y de infidelidad de riesgos, pues, ambas tienden a proteger la solidez del capital social y seguridad patrimonial del corredor de seguros y al de su adecuada organización; para regular estos supuestos ficticios se ejerció la función normativa atribuída a la Superintendencia Bancaria, por consiguiente, no se presentó extralimitación de facultades.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la sociedad actora inconforme con la decisión del Tribunal, interpuso recurso de apelación expresando las siguientes razones de inconformidad.

Afirma que es evidente que lo que ha ocurrido en este caso, es que frente a una evidente ambigüedad de la norma de la Superintendencia Bancaria que imponía una

obligación extraordinaria y de dudosa constitucionalidad a los intermediarios del seguro que no expreso adecuadamente en dicha norma, resolviendo posteriormente castigar en forma gravosa y exagerada a quienes no supieron entender esa voluntad.

Reitera que la motivación de la resolución recurrida es errónea en la medida en que no es cierto que ésta señale inequívocamente el término para la presentación de la póliza identico al que existe para acreditar los montos de capital mínimo para el año de 1990, y que por lo mismo, las resoluciones impugnadas son violatorias de las siguientes normas vigentes a la fecha en que éstas se produjeron:

a) De los artículos 1 y 40 de la resolución 2732 de 1990 al asignarle un contenido que no es cierto.

b) Del Decreto 2920 de 1982 artículo 22, por cuanto no habiendo violación por parte de la sociedad vigilada, resulta ostensiblemente transgredida esta disposición por inaplicación indebida.

c) Del Decreto 1939 de 1986 artículo 3o., literal n).

d) Del artículo 16 de la Constitución Política.

2o.- Indica que el artículo 4o. se refiere, para allegar las pólizas a la oportunidad señalada en el artículo 1o. y no como lo supone la Superintendencia Bancaria, a la establecida para acreditar el incremento del capital, prevista en el mismo artículo y que al establecer la resolución 2732 de 1990, dos términos y oportunidades diferentes, las sociedades vigiladas están en capacidad de acogerse a cualesquiera de ellas para cumplir con dicha obligación; en consecuencia, Bursátil de Seguros Ltda. cumplió cabalmente en este caso con sus obligaciones legales.

Afirma que la vía para corregir lo que a los ojos de la Superintendencia Bancaria, es aclarar por vía de una resolución complementaria, la confusión planteada o aclarar mediante circular el sentido de la norma.

Manifestó que la Superintendencia se abstuvo de aplicar el principio general del derecho sancionatorio que indica que en caso de duda, ésta debe interpretarse a favor del inculpado, circunstancia que en este caso, excluye la posibilidad de imponer sanciones al respecto.

Aduce que las resoluciones acusadas adolecen de razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad y violan en consecuencia normas jurídicas que imponen claramente esos cargos a la Administración.

Considera que la resolución No. 2732 es ilegal, por cuanto se basa en disposiciones que supuestamente le conferían facultades para ello como son los artículos 1348 del Código de Comercio y 2, 5 y 18 del Decreto 361 de 1972, pero de la lectura del texto de las normas citadas no puede derivarse la facultad de imponer a las sociedades corredores de seguros y reaseguros seguros obligatorios.

Estima finalmente que la Superintendencia Bancaria carecía de competencia para decidir el recurso de apelación, por cuanto ya se había agotado el término establecido para decidirlo en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, por consiguiente la resolución 3061 es violatoria de dicho artículo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

De la demandada:

El apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria, descorre el traslado para alegar, solicitando se confirme la providencia apelada manifestando que mediante los actos acusados no se violó ninguna de las disposiciones mencionadas por el actor. Expone las siguientes consideraciones:

En relación a la aplicación del *indubio pro-reo* a las actuaciones administrativas, precisa que éste es aplicable únicamente al campo del derecho penal, a cuyo objeto y alcance escapan las normas principios de derecho administrativo.

Afirma sobre la violación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria es reglada, teniendo el deber y la obligación ineluctable, so pena de prevaricato del frío competente, de imponer la sanción correspondiente ante una infracción injustificada.

En cuanto al argumento de la apelante en el sentido de que la sanción no es proporcional, aclara que la multa que impuso la Superintendencia Bancaria se hizo dentro de los topes mínimos y máximos establecidos en su momento por el Decreto 2920 de 1982.

Precisa la parte demandada que se debe tener presente que las actuaciones que adelanta la Superintendencia Bancaria en desarrollo de su función de fiscalización en nada tienen que ver con el Derecho Penal, sino que por el contrario son de carácter administrativo exclusivamente; no siendo de recibo, en consecuencia, los argumentos del recurrente.

Reafirma que el Superintendente Bancario sí tenía facultades para exigir las medidas necesarias a fin de lograr el correcto funcionamiento de tales actividades propias de su objeto social, entre las cuales se encuentra la constitución de las pólizas de seguros, así como los términos y oportunidades dentro de los cuales debía dársele cumplimiento a las disposiciones en comento.

Concluye su alegato de conclusión recordándole al impugnante el texto del inciso 3o. del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de desvirtuar su argumento de pérdida de competencia de esta entidad: "La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1o. no lo exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo".

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad, por la doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado descorre el traslado para alegar en los siguientes términos:

Considera el Ministerio Público que es acertada la decisión del Tribunal, y en consecuencia solicita su confirmación, afirma:

> "... la sanción impuesta por la Superintendencia, en desarrollo de las facultades conferidas por el Decreto 1939 de 1986, artículo 3o. literal n), se acomodó a lo previsto por el Decreto 2920 de 1982, y su Decreto Reglamentario, así como la resolución No. 2732 de 1990 que no tiene finalidad distinta a la de fijar pautas y establecer parámetros, en desarrollo del artículo 1348 del Código de Comercio.
>
> "Por último, es bien sabido que la Administración bien puede pronunciarse sobre el recurso en cualquier momento, mientras no sea demandado el acto ante la jurisdicción administrativa, una vez transcurridos los dos (2) meses del silencio administrativo negativo.
>
> "...
>
> "De otro lado, es clara y precisa, la reiterada jurisprudencia unificada sobre la no aplicación de la ley penal en el derecho administrativo, que acogemos, agregando que mal puede la Apelante comparar como lo hace, la sanción punitiva con la pecuniaria administrativa". (Fls. 233/234).

CONSIDERACIONES

El problema planteado a esta Sala consiste en determinar la legalidad de las resoluciones 1690 de mayo 20 de 1991 y 3061 de agosto 22 del mismo año, emitidas por el Director General de Seguros y Capitalización, mediante las cuales se sancionó a la sociedad Bursátil de Seguros Ltda.

Para resolver se considera:

Analiza la Corporación que la resolución No. 2732 de julio 24 de 1990, proferida por la Superintendencia Bancaria impuso a las sociedades corredoras de seguros o reaseguros la obligación de acreditar ante dicha entidad la contratación de las póliza de seguro de responsabilidad civil, mediante la cual se amparen los perjuicios patrimoniales que sufra el corredor de seguros o de reaseguros; y la de seguro de infidelidad y riesgos financieros, mediante la cual se amparen los riesgos del corredor de seguros o reaseguros por pérdidas ocasionadas por actos fraudulentos de sus empleados o pérdidas financieras; dichas pólizas debían allegarse ante dentro de un término determinado, el cual ha sido materia de controversia en este proceso.

En efecto, la resolución mencionada reza:

"ARTICULO PRIMERO.- Las sociedades actualmente inscritas como corredoras de seguros y de reaseguros deberán comprobar ante la Superintendencia Bancaria, un capital social y reserva legal no inferiores, en su sumatoria, al monto que resulte mayor entre veinte millones de pesos ($20.000.000.oo) moneda corriente o el ocho por ciento (8%) de las comisiones causadas durante el ejercicio anual inmediatamente anterior.

"El incremento de capital de que da cuenta el presente artículo deberá ser acreditado en los términos del artículo 269 del Código de Comercio, es decir, mediante certificado expedido por un banco del país, en el que conste que se han consignado los recursos generados por el aumento en una cuenta de la sociedad.

"Tales recursos deberán destinarse prioritariamente a la organización técnica y contable de la sociedad, para el ensanche de la infraestructura humana y operativa de la firma, bien mediante la adquisición de equipos de computación, de capacitación, de vinculación de personal técnico calificado y todas aquellas medidas que tiendan a mejorar cualitativamente el servicio que ofrecen. Esta circunstancia igualmente debe comprobarse ante la Superintendencia Bancaria dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que la sociedad corredora efectúe el respectivo incremento.

"Por el cual se regula el capital mínimo para el funcionamiento de las sociedades corredoras de seguros y de reaseguros, la organización técnica y contable de dichas sociedades y se dictan otras disposiciones.

"PARAGRAFO.- Para el año de 1990 estas cuantías deben acreditarse ante la Superintendencia Bancaria con anterioridad al 15 de diciembre. A partir del año 1991, los importes de capital pagado y reserva legal deberán comprobarse a más tardar el 30 de junio.

"...

"ARTICULO CUARTO.- Las sociedades corredoras de seguros y de reaseguros deberán allegar a la Superintendencia Bancaria, en la misma oportunidad señalada en el artículo 1o., las siguientes pólizas de seguro"

"1. De responsabilidad civil mediante la cual se amparen los perjuicios patrimoniales que sufra el corredor de seguros o de reaseguros con motivo de la responsabilidad civil en que incurra, de acuerdo con la ley colombiana, por las pérdidas económicas causadas a terceros como consecuencia de errores u omisiones cometidos por la sociedad o sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia de su objeto social.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

"2. De infidelidad y riesgos financieros mediante la cual se otorgue al corredor de seguros o de reaseguros cobertura para las pérdidas, daños y gastos que éste sufra como consecuencia de actos fraudulentos de sus empleados o dependientes, pérdidas de dinero y valores, causados por su destrucción o desaparición o hurto mientras se encuentren en los predios del asegurado o por fuera de ellos o cuando estén siendo transportados por mensajeros o compañías especializadas en el transporte de valores.

"Los valores asegurados mediante la póliza de responsabilidad civil deberán ser equivalentes, cuando menos, al 5% del monto de las primas recaudadas por la sociedad en el año inmediatamente anterior".

Analizando la norma transcrita para la Sala es muy claro que el término señalado en el artículo 1o., se refiere concreta y exclusivamente, al término señalado en la expresión "con anterioridad al 15 de diciembre", para el año de 1990, y, a partir del año 1991, deberá comprobarse a más tardar el 30 de junio.

No entiende la Sala que el artículo en comento establezca dos términos como lo afirma la sociedad recurrente, lo otro que establece el artículo citado es la forma como se debe destinar el incremento de capital social, circunstancia que igualmente debe comprobarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sociedad efectúe el respectivo incremento.

De otra parte, le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que si para la actora era confuso el término establecido para allegar las pólizas de seguros, ha debido dirigirse ante la Superintendencia Bancaria, a fin de que le aclarara los términos de la misma.

Por consiguiente, no hubo la falsa motivación alegada y el cargo no prospera.

En segundo lugar, y estando ya establecido que la sociedad Bursátil de Seguros Ltda., incumplió términos para acreditar las pólizas de seguro por la Superintendencia Bancaria es pertinente que la Sala se refiera a las facultades de la Superintendencia para proferir tales actos.

En efecto, el artículo 1348 del Código de Comercio, y como lo manifiesta la actora, dispone que las sociedades corredoras de seguros estarán sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y tendrán un capital mínimo y una organización técnica y contable con sujeción a las normas que dicte la Superintendencia Bancaria; en igual sentido dispone el artículo 2o. del Decreto 361 de 1972; y el artículo 5o. del Decreto citado, señala los requisitos formales para una sociedad corredora de seguros, le da a dicha entidad la facultad de reglamentar el pago, entrega de primas y sanciones por incumplimiento todo mediante resoluciones como en el caso de autos; lo que significa que la Superintendencia Bancaria sí tenía la facultad reguladora para expedir actos como los acusados, sin que se presentara la extralimitación afirmada por la actora.

En tercer término y en relación con la falta de competencia anota la Sala:

Afirma la sociedad actora que la Superintendencia Bancaria, al expedir la resolución No. 3061 del 22 de agosto de 1991, resulta violatorio del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo vigente, a la fecha de su expedición pues ya habían transcurrido los dos meses para que se configurara el silencio negativo.

Aclara la Sala que el precepto mencionado por la actora, concretamente el artículo 7o. del Decreto 2304 de 1989, fue declarado inconstitucional el 20 de junio de 1990, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y, el artículo 60 del Decreto 01 de 1984, norma vigente a la fecha de presentación del recurso establece:

"" Art. 60.- Silencio administrativo.- Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.

"" El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.

"" La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1o. no exime a a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo"".

Es claro para la Sala que la Superintendencia no había perdido la competencia para expedir la resolución No. 3061 de agosto 22 de 1991, por cuanto si bien había transcurrido el término señalado para decidir el recurso, la actora no acudió ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sino hasta el 11 de octubre de 1991, fecha para la cual ya se había proferido la resolución acusada.

No prospera el cargo.

En cuanto a la afirmación de la actora de que los actos acusados adolecen de razonabilidad, oportunidad y proporcionalidad y violan en consecuencia normas jurídicas que imponen claramente esas cargas a la Administración. Encuentra la Sala al revisar los antecedentes administrativos, que el ente vigilante graduó la sanción conforme a los parámetros establecidos por el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, es decir, se efectuó teniendo en consideración los criterios por éste consignados y ajustándose anualmente en el mismo sentido y porcentaje que la variación del índice de precios al consumidor suministrado por el DANE.

En estas condiciones el cargo tampoco prospera y, en consecuencia, no desvirtuada la legalidad de las resoluciones acusadas, se debe confirmar la providencia del Tribunal *a-quo*.

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 providencia del 24 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

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.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA/OBLIGACION TRIBUTARIA-Elementos

El principio de legalidad que gobierna el sistema tributario, y que se encuentra incorporado vigorosamente en nuestro ordenamiento constitucional exige que la Ley Fiscal sea preexistente al hecho imponible, pues la Ley Tributaria como toda ley es irretroactiva, y sólo se aplica hacia el futuro sobre hechos que se verifiquen o cumplan dentro del período fiscal que comience después de iniciar su vigencia, como lo señala expresamente el artículo 338 de la Constitución Política en su inciso 3o. Lo anterior implica que para que pueda someterse al gravamen un determinado hecho económico es requisito indispensable que previamente exista una norma (Nacional, Departamental o Municipal) que determine el hecho generador del tributo, los sujetos pasivos y activos, la base gravable y la tarifa. Pues si la ley no existe o no contiene todos los elementos necesarios para que surja, respecto de una determinada persona, la obligación tributaria, ésta no puede determinarse por la Administración aplicando analógicamente otras normas u otros procedimientos. Menos aún puede la Administración aplicar retroactivamente una disposición para llenar hacia atrás, los vacíos o corregir imprecisiones o yerros de una norma con el único fin de imponer tributos.

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA/TARIFA PARA SERVICIOS/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA

No señaló el Acuerdo 06 de 1987 una tarifa específica para el servicio de Energía Eléctrica, ni una genérica "para otras actividades de servicio",

que hubiera podido aplicarse a la sociedad actora, como sí lo hizo al señalar la tarifa para la actividad industrial, al indicar expresamente "las demás actividades industriales 5o.". En consecuencia, si para los períodos fiscales de 1988 y 1989 no existía tarifa para el servicio de energía eléctrica, no podía la Administración Municipal aplicar retroactivamente para tales períodos la tarifa del 8o. contemplada en el Decreto 334 de 1990, y al hacerlo así violó por indebida aplicación la norma; pero no sucede lo mismo para los años de 1990 y siguientes, pues el Decreto 334 de 1990 era aplicable para el año de 1990 por haber sido expedido antes de su fenecimiento y en vigencia de la Constitución Nacional de 1886. Por tal razón, los actos acusados en cuanto determinan el tributo por los años de 1988 y 1989 deben ser anulados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5645. Actor: Electrificadora del Magdalena S.A. Apelación de la sentencia del 6 de mayo de 1994.Industria y Comercio. Vigencia 1988 a 1992. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 6 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Administativo del Magdalena denegó parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad **ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A.**, contra los actos administrativos que le determinaron impuesto de industria y comercio para los años gravables de 1988 a 1992.

ANTECEDENTES

Mediante la resolución No. 010, expedida el 20 de octubre de 1992, el Municipio de Ciénaga a través de su Secretaría de Hacienda liquidó a la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A., para las vigencias fiscales comprendidas entre los años de 1988 a 1992 el impuesto de industria y comercio al considerarla sujeto pasivo de dicho gravamen.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reposición y subsidiario de apelación, alegando de una parte, su carácter de entidad descentralizada indirecta del orden nacional sujeta al régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, encargada de prestar un servicio público, no sujeta al pago del gravamen de industria y comercio, y de otra, la nulidad del acto administrativo por falta: de competencia del funcionario que practicó la liquidación, falsa motivación, expedición irregular del acto y por ser extemporánea, así como la indebida determinación de la base

gravable, e imposición del impuesto complementario de avisos y tableros y sobretasas de licencia de funcionamiento, pro-universidad e interés de mora.

El recurso fue fallado por el Coordinador de Industria y Comercio de Ciénaga mediante la resolución No.014 del 12 de septiembre de 1988, que confirmó el acto acusado y concedió el recurso de apelación.

El Secretario de Hacienda Municipal de Ciénaga, mediante la resolución No.015 del 1o. de diciembre de 1992 falló la apelación confirmando la resolución No. 10 de octubre 20 de 1992.

LA DEMANDA

Acudió la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A. en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, alegando no estar sujeta al pago del impuesto de industria y comercio, porque, por una parte, era entidad de derecho público, que prestaba un servicio público primario y por la otra, la Ley 14 de 1983 no incluyó dentro de los servicios gravados artículos 34, 35 y 36 el de suministro de energía eléctrica, servicio público, según lo señala el Decreto 753 de 1956 cuyo régimen era el de derecho público.

Invocó como normas transgredidas por el acto administrativo acusado los artículos 313 numeral 4o., 315 numeral 1o., 338 de la Constitución Política; 1o. de la Ley 97 de 1913; 32, 34, 35 y 36 de la Ley 14 de 1983 y 96 del Decreto 1333 de 1986; el Acuerdo 06 de marzo 9 de 1987, en especial los artículos 21 a 26; el Decreto Municipal 334 del 7 de noviembre de 1990, artículos 3o., 21 a 23, 33 a 36, 40, 41, 50, 51, 53, 54, 57, 61 a 67 y 69; la Ley 126 de 1938, artículo 1o.; el Decreto 753 de 1956, artículo 1o.; la Ley 56 de 1981, artículos 7o. y 12, y el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en sentencia del 6 de mayo de 1994, denegó en mayor parte las súplicas de la demanda al estimar con fundamento en una sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de fecha julio 30 de 1993, que asistía razón a la Administración Municipal al considerar a la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A. como sujeto pasivo del tributo sobre los ingresos provenientes de la prestación del servicio de energía eléctrica, actividad que no estaba exencionada del tributo expresamente ni en la Ley 14 de 1983, ni en el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986). Como tampoco se mantuvo en ellas la prohibición contenida en la Ley 99 de 1945 artículo 6o., el acto impositivo del tributo de industria y comercio era legal. Además, la empresa según su constitución era una sociedad de economía mixta y la circunstancia de que prestan un servicio público no menguaba su condición de sociedad comercial, y tampoco el hecho de que el capital accionario perteneciera a entidades públicas la convertía en entidad estatal.

No dio prosperidad a los cargos de inexistencia de la tarifa porque si bien el Acuerdo 06 de 1987 en sus artículos 21 a 23 que señalaban en forma taxativa las actividades de prestación del servicio, sujetos al impuesto y la tarifa la actividad prestada por la actora era comercial, y a ésta le correspondían tarifas límites del 2 al 10 por mil, señaladas por el Código de Régimen Municipal, por lo que la tarifa del 8%oo aplicada por el municipio no era arbitraria, ni sobrepasaba el límite señalado en la Ley 14 de 1983 ni el fijado en el Acuerdo 06 de 1987 para otras actividades comerciales.

Negó prosperidad al cargo de falsa motivación, porque la actora no comprobó los ingresos para así inferir que los determinados por la Administración no eran reales.

No prosperaba el cargo de extemporaneidad, el que sería procedente si se tratara de la liquidación de aforo, que exigía para su viabilidad que el contribuyente estuviera matriculada, pues a ello fue renuente la actora.

Tampoco aceptó el cargo de expedición irregular del acto de liquidación oficial ni la nulidad ante la ausencia de algunos datos de identificación (NIT), que no suminsitró la sociedad.

Estimó improcedente el cargo de indebida determinación del impuesto de avisos y tableros, porque la aseveración de que la tablilla que existía a la entrada de la agencia en Ciénaga y la colocación del logotipo en los vehículos de la empresa no tenían intención publicitaria, no estaba probada. Accedió a determinar menor valor por concepto de licencia de funcionamiento, de acuerdo a las previsiones del artículo 44 del Decreto 334 de 1990 y a la no determinación de sanción por mora, en razón de que la liquidación practicada no fue de aforo.

Al cargo de vicio por falta de competencia, no le dio prosperidad en razón de que, si bien los artículos 54 y 65 del Decreto 334 de 1990 invocados en las resoluciones 010 y 014 de 1992, (ambas suscritas por el Coordinador del Municipio de Cienaga), no se refieren al Coordinador sino al Jefe de Impuesto de Industria y Comercio, esta ambivalencia fue en principio negada por la resolución 0014 de 1992 donde se recalca que las dos denominaciones equivalen a lo mismo, porque así se establece tanto en el Acuerdo 045 de 1991 como en la resolución 15 de 1992, y en tales circunstancias correspondía al actor demostrar que tales nominaciones mencionaban dos funcionarios distintos.

LA APELACION

El apoderado judicial de la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A. apela la sentencia al no compartir la decisión, pues la liquidación del impuesto de industria y comercio ha debido hacerse sólo a partir de la vigencia del Decreto 334 de 1990, ya que antes no existía norma alguna que gravara la actividad de la empresa actora, en consecuencia, al determinar el gravamen por períodos anteriores a 1992,

aplicó la Administración retroactivamente la ley violando el artículo 338 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, la sentencia apelada debe modificarse en el sentido de fijar el impuesto sólo a partir de esta vigencia.

Insiste en el cargo de expedición irregular del acto administrativo, porque la Administración no podía expedir la liquidación oficial de que trata el artículo 54 del Decreto 334 de 1990, pues ésta sólo procede para aquellos sujetos pasivos que hayan presentado la declaración respectiva, pero si no lo han hecho sólo procedía el aforo, y si el contribuyente no se matriculó debió la Administración ordenar la matrícula de oficio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 334 de 1990. Por lo que la sentencia apelada debe revocarse para declarar la nulidad de la resolución 10 de 1992 y aquellas que la confirman, ya que además adolece de los requisitos que para ella exige la ley, y que contrariamente a lo estimado por el *a-quo* no son insustanciales.

Llama la atención sobre la determinación del impuesto complementario de avisos y tableros, porque el aviso que está en la sede de la oficina no tiene por objeto hacer publicidad sino ayudar al usuario del servicio para que sepa donde cancelar el valor de los servicios y además, así tuviera tal connotación no estaba ocupando espacio público. Y si el juez no accedió al cargo de improcedencia de su determinación, exponiendo que no se allegaron pruebas, desconoció que hoy el juez tiene la mism iniciativa y aún más amplia que la de las partes, puesto que está guiada por el interés público, y por lo tanto si las partes no pidieron inspección ocular debió ordenarla de oficio.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe modificarse respecto de la liquidación del impuesto de industria y comercio correspondiente a los años de 1988, 1989 y 1990 en el sentido de anular parcialmente los actos acusados y confirmarla en los demás porque tenía razón el actor cuando expresó que el Acuerdo 06 de 1987, no establecía una tarifa de impuesto de industria y comercio para el servicio de Energía Eléctrica, situación que sólo vino a corregirse por el Decreto 334 del 30 de noviembre de 1990, expedido por el Alcalde Municipal de Ciénaga, que contempló a unos "sujetos pasivos indefinidos", categoría dentro de la cual quedan comprendidos quienes presten el servicio de Energía Eléctrica. Norma que no podía aplicarse retroactivamente.

Argumento que realmente no examinó el Tribunal, ya que simplemente se limitó a sostener que, si bien era verdad que el Acuerdo 06 de 1987 tenía esos vicios, podría corregirse acudiendo a casos semejantes y materias análogas con fundamento en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 en razón de que la actividad de la demandante era eminentemente comercial y la tarifa impuesta, del 8%oo, no era arbitraria porque estaba comprendida dentro de los límites del 2 al 10%o mensual prevista en el artículo 196 del Código de Régimen Municipal, y a la que el Acuerdo 006 de 1987 fijaba para otras actividades comerciales.

Tampoco tuvo en cuenta el *a-quo*, el principio de irretroactividad de la ley, ni lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Nacional, inciso 3o., precepto que indica que las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulan contribuciones en la que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, sólo pueden aplicarse a partir del período que inicie después de la vigencia de la respectiva norma.

Con relación al impuesto complementario de avisos y tableros, estima que no tiene razón el apelante en la argumentación expuesta, porque este impuesto se liquida por el simple hecho de que se coloquen avisos publicitarios en la vía o espacio público y debe concluirse entonces que los actos acusados, al imponer el gravamen, contienen la afirmación tácita de que la actora utilizó el espacio público, aseveración que no desvirtuó en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala que al apelar la sentencia de primera instancia la actora no cuestiona su situación de sujeto pasivo frente al gravamen de industria y comercio y complementarios, discute: que la aplicación del Decreto Municipal 334 del 7 de noviembre de 1990 a los períodos de 1990 y anteriores es inconstitucional, por violación del artículo 338 de la Constitución Política; que la expedición del acto fue irregular y nula al utilizar en la determinación del gravamen un procedimiento errado, toda vez que lo adecuado era su liquidación mediante aforo, y por haberse omitido requisitos sustanciales exigidos por el artículo 54 del Decreto 334 de 1990 y la improcedencia de la liquidación del impuesto complementario de avisos y tableros. Aspectos que en su orden avoca la Sala.

1) Aplicación de la Ley Tributaria en el tiempo

El principio de legalidad que gobierna el sistema tributario, y que se encuentra incorporado vigorosamente en nuestro ordenamiento constitucional exige que la ley fiscal sea preexistente al hecho imponible, pues la Ley Tributaria, como toda ley es irretroactiva, y sólo se aplica hacia el futuro sobre hechos que se verifiquen o cumplan dentro del período fiscal que comience después de iniciar su vigencia, como lo señala expresamente el artículo 338 de la Constitución Política en su inciso 3o. que dispone:

> "... Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

Lo anterior implica que para que pueda someterse al gravamen un determinado hecho económico es requisito indispensable que previamente exista una norma (Nacional, Departamental o Municipal) que determine el hecho generador del tributo, los sujetos pasivos y activos, la base gravable y la tarifa. Pues si la ley no existe o no contiene todos los elementos necesarios para que surja, respecto de una determinada

persona la obligación tributaria, ésta no puede determinarse por la Administración aplicando analógicamente otras normas u otros procedimientos.

Menos aún puede la Administración aplicar retroactivamente una disposición para llenar hacia atrás los vacíos o corregir imprecisiones o yerros de una norma, con el único fin de imponer tributos.

En el *sub-lite* observa la Sala que la Administración Municipal al liquidar el gravamen a la actora, aplicándole la tarifa del 8%o invocó las facultades conferidas por el artículo 54 del Decreto 334 de 1990, al considerar que la sociedad ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A. era contribuyente del impuesto de industria y comercio, conforme con lo establecido en la Ley 14 de 1983 y el Decreto 334 de 1990.

Desde el año de 1987, regía en el Municipio el Acuerdo 06 de 1987 (fls. 49 a 75) expedido con fundamento en la Ley 14 de 1983, contentivo del Estatuto de Industria y Comercio de Ciénaga que en el artículo 2o. determinó los sujetos del impuesto y en los artículos 3o., 4o. y 5o. señaló los conceptos de actividades industriales, comerciales y de servicios, y definió como actividades de servicio las dedicadas a satisfacer las necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las actividades allí señaladas o análogas a las mismas, concepto dentro del cual cabe la prestación del servicio de Energía Eléctrica a la comunidad.

En su artículo 26 señala de manera taxativa la tarifa para las diferentes actividades de servicios, así:

"TARIFAS DE SERVICIOS:

A los establecimientos de servicios se les liquidará el gravamen con las siguientes tarifas:

CODIGO	ACTIVIDAD	TARIFA
301	Contratistas de construcción, constructores, urbanizadores y servicios relacionados con el transporte.	6%oo
302	Servicio de Consultoría Profesional	5%oo
303	Prenderías, casas de empeño y compra-ventas, moteles, amoblados y similares.	10%oo
304	Las demás actividades de servicios no contemplados en el Código 305 billares y juegos permitidos en general.	10%oo

CODIGO	ACTIVIDAD	TARIFA
305	Los Restaurantes, Cafeterías, Heladerías, Salones de Té, Hoteles, Pensiones, Residencias y otros lugares de alojamiento, Salones de Belleza, Bares, Cafés, Cantinas, Sinfonerías, Ostrerías, Estaderos, Fuentes de Soda, Tabernas, Griles, Cabarets y otros establecimientos que vendan bebidas alcohólicas.	10%oo
306	Transportes Municipales e Intermunicipales.	5%oo
307	Parqueaderos, Ventas de Discos y Alquiler de Equipos de Sonido.	6%oo
308	Salas de cine, Fotografías y Fotocopiadoras.	6%oo
309	Funerarias	10%oo
310	Relojerías, Ebanisterías	3%oo
311	Talleres de reparación de vehículos automotores.	5%oo
312	Ventas de Combustibles	10%oo
313	Distribuidores de Licores, Cigarrillos, gaseosas, etc.	10%oo
314	Distribuidores de Productos alimenticios y similares.	6%oo
315	Librerías y Papelerías	6%oo
316	Ferreterías y Ventas de Madera	8%oo

Es decir, no señaló el acuerdo una tarifa específica para el servicio de Energía Eléctrica, ni una genérica para "otras actividades de servicio", que hubiera podido aplicarse a la sociedad actora, como sí lo hizo al señalar la tarifa para la actividad industrial, al indicar expresamente "las demás actividades industriales 5%o".

Fue mediante el Decreto 334 de noviembre 7 de 1990, expedido por el Alcalde en virtud de las facultades conferidas por el Acuerdo 30 de 1990, que se modificó el Acuerdo 6 de 1987, y se señaló una tarifa genérica del 8%o para las "demás actividades de servicios", no numeradas taxativamente en el artículo 26.

En consecuencia, si para los períodos fiscales de 1988 y 1989 no existía tarifa para el servicio de energía eléctrica, no podía la Administración Municipal aplicar retroactivamente para tales períodos la tarifa del 8%o contemplada en el Decreto 334 de 1990, y al hacerlo así violó por indebida aplicación la norma; pero no sucede lo mismo para los años de 1990 y siguientes, pues el Decreto 334 de 1990 era aplicable para el año de 1990 por haber sido expedido antes de su fenecimiento y en vigencia de la Constitución Nacional de 1886.

Por tal razón, los actos acusados en cuanto determinan el tributo por los años de 1988 y 1989 deben ser anulados.

2.- Expedición irregular del acto

Dispone el artículo 53 del Decreto 334 de 1990:

> "**ACTOS DE LIQUIDACION:** La Sección de Impuestos está facultada para practicar dos (2) clases de liquidación:
>
> 1.- Liquidación oficial en los casos en que como resultado **de la investigación tributaria** o de la revisión de la declaración del contribuyente haya lugar a ello.
>
> 2.- Liquidación de aforo en los casos de contribuyentes obligados a declarar que no hayan cumplido con esta obligación".

El artículo 54 del mismo ordenamiento prevé la liquidación oficial conforme al siguiente tenor literal:

> "**LIQUIDACION OFICIAL:** Anualmente el Jefe de Impuestos de Industria y Comercio, efectuará la liquidación oficial del Impuesto de Industria y Comercio, tomando como base la declaración y liquidación privada de cada contribuyente, **y/o los informes, investigaciones o pruebas que presenten los funcionarios de impuestos...". (**subraya la Sala**).**

Tal contexto literal permite inferir que en este procedimiento especial no es requisito *sine qua-non* para que proceda la práctica de la liquidación oficial, que exista previamente una declaración del tributo por parte del contribuyente, porque si bien es cierto que la norma parte de la base de la declaración y liquidación privada también prevé que tal liquidación oficial pueda tener como base los informes, investigaciones o pruebas que presenten los funcionarios de impuestos.

Mal puede pretender el administrado neutralizar la actividad de la Administración tendiente a la determinación y cobro del tributo, alegando que no procede liquidación

del gravamen mediante liquidación oficial cuando no existe declaración, y que tampoco procede liquidación de aforo cuando el sujeto no está matriculado porque para este tipo de determinación impositiva exige el decreto que exista previamente la matrícula, pues con tales argumentos quedaría al arbitrio del contribuyente el ejercicio de una actividad obligatoria de la Administración como es la recaudación estricta de las rentas municipales que presupone con antelación la liquidación del gravamen.

Se ajustó así el acto administrativo a las previsiones de la regulación municipal al liquidar el tributo de industria y comercio y complementarios a un contribuyente, que estando obligado, no cumplió con el deber de matricularse y presentar la declaración del impuesto.

Tampoco de la circunstancia de que el acto administrativo no haya indicado el número de identificación tributaria, que exige el artículo 54 del mismo estatuto, puede predicarse que el acto esté viciado de nulidad, pues si bien tal numeral tiene por objeto identificar fiscalmente los contribuyentes, el hecho de que éste no solicite su número de identificación, no lo tenga o la Administración no lo conozca, no le impide el uso de otros elementos de identificación que le permitan determinar claramente al sujeto pasivo de la obligación, con el fin de exigirle el cobro del impuesto.

3.- Impuesto complementario de avisos y tableros

Como el Decreto 334 de 1990, no define el hecho generador del impuesto de avisos y tableros, no modificó en este sentido el contemplado en el Acuerdo 06 de 1984 en sus artículos 84 y 85 que establecen:

> "ARTICULO OCHENTA Y CUATRO: El Impuesto de Avisos y Tableros se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades industriales, comerciales y de servicio como complementarios del Impuesto de Industria y Comercio con tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste.
>
> "PARAGRAFO: Este Impuesto deberá ser cancelado puntualmente junto con el aforo de Industria y Comercio y no será divisible.
>
> "ARTICULO OCHENTA Y CINCO: Toda propaganda que se hiciere en la jurisdicción del Municipio, así sea mediante la colocación de pinturas, proyecciones, exhibiciones, o repartos de avisos, carteles, afiches, volantes, etc., en muros fronterizos a la vía pública en salones cinematográficos, teatros, circos, campos de deportes, plazas de mercado, hoteles, restaurantes, cantinas y otros lugares de concursos públicos o en taludes de los caminos y carreteras o en postes o parámetros sobre la misma **o en cualquier clase de vehículos,** lo mismo que en la colocación o pintada sobre los edificios en general, en la que se hiciere por medio de pregones con altavoces, música o exhibiciones en las calles o plazas públicas causarán a favor del Municipio el correspondiente impuesto a que se refiere el artículo 84.

"PARAGRAFO: La colocación de los Avisos y Tableros, requiere permiso de la Oficina de Planeación Municipal". (Subraya la Sala).

Estas normas permiten inferir, sin lugar a dudas, que la colocación de avisos y logotipos que admite la actora tanto en la sede de la oficina como en los vehículos rodantes en el Municipio, así tuvieran carácter de información y ayuda al usuario del servicio causan el tributo, pues el impuesto se causa sobre la utilización del espacio público independientemente de los fines que con los avisos se persiga.

Merece censura por parte de la Sala la conducta del Tribunal que desconociendo el mandato de los artículos 85 y 170 del Código Contencioso Administrativo, no haya determinado como era su deber, la liquidación del gravamen, sino que haya ordenado a la Administración liquidarlo, actividad con la cual se dilata la determinación del tributo con firmeza.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto procede la práctica de una nueva liquidación que contenga únicamente los períodos gravables de 1990, 1991 y 1992, para los cuales la tarifa del 8%o fijada en el Decreto 334 de 1990 era aplicable, previa revocación de la sentencia apelada y nulidad del acto administrativo, en cuanto a los años fiscales de 1988 y 1989 se refiere, tomando como base gravable la determinada por la Administración en razón de que la sociedad actora no demostró que ésta fuera diferente.

La liquidación que se practica quedará así:

CONCEPTO	**BASE**	**TARIFA**	**IMPUESTO**
Año 1990			
Impuesto Industria y Comercio	$ 526.971.556	8%o	$ 4.215.772
Avisos y Tableros	$ 4.215.772	15%o	$ 632.365
Licencia Funcionamiento	$ 351.314	10%o	$ 35.131
Placa			$ 500
Pro Universidad			$ 421.577
Extemporaneidad			$ 843.154
Total			$ 6.148.499
Año 1991			
Industria y Comercio	$1.417.228.738	8%o	$11.337.829
Avisos y Tableros	$ 11.337.829	15%	$ 1.700.674
Licencia	$ 944.819	10%	$ 94.482
Placa			$ 500
Pro Universidad			$ 1.133.782
Extemporaneidad			$ 2.267.565
Total			$16.534.832

Año 1992			
Industria y Comercio	$2.290.132.159	8‰	$18.321.057
Avisos	$ 18.321.057	15%	$ 2.748.158
Licencia Funcionamiento	$ 1.526.754	10%	$ 152.676
Placa			$ 500
Pro Universidad			$ 1.832.105
Total			$ 23.054.496

EN RESUMEN:	
Año 1990	$ 6.148.499
Año 1991	$16.534.832
Año 1992	$23.054.496
TOTAL POR PAGAR	$45.737.827

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 los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada.

2.- En su lugar **FIJASE** a la sociedad ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S. A. por concepto del Impuesto de Industria y Comercio y Complementarios para el año de 1990 la suma de SEIS MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($6.148.499); para el año de 1991 la suma de DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE.($16.534.832) y para el año de 1992 el valor de VEINTITRES MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE. ($23.054.496) conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3.- CONFIRMANSE los numerales 4o., 5o. y 6o. de la sentencia del 6 de mayo de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el juicio 3385.

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.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

REQUERIMIENTO ESPECIAL-Contenido/**LIQUIDACION DE REVISION/ DEBIDO PROCESO**

En materia tributaria para efectos de la determinación oficial del impuesto, el Estatuto Tributario establece el proceso que debe seguir la Administración para determinar el tributo y para el efecto contempla la liquidación de revisión, exigiendo en el artículo 703 que antes de practicarla, la Administración envíe al contribuyente, responsable o agente retenedor o declarante, por una sola vez, un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se proponga modificar, con explicación de las razones en que se sustenta. Requerimiento que como lo señala el artículo 704, debe contener la cuantificación de los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones que se pretende adicionar a la liquidación privada. Requerimiento que conoció la sociedad por haberle sido notificado conforme el trámite previsto en el mismo estatuto. Por lo que, no puede alegar que se violó el debido proceso y el derecho de defensa, toda vez que la administración sí le planteó en forma clara y precisa los rechazos a efectuar y dio la motivación exigida en la ley. Cosa distinta es que la actora no hubiera adelantado ninguna actividad probatoria tendiente a la demostración de los costos cuestionados por irreales.

NULIDAD TRIBUTARIA-Inexistencia/ **LIQUIDACION OFICIAL**-Motivación

No incurrió el acto administrativo en causal de nulidad conforme al artículo 730 numeral 4o. del Estatuto Tributario, ya que analizado el acto

administrativo se observa que tanto el requerimiento como la liquidación oficial contienen las bases gravables, el monto de los tributos y la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración presentada. De igual manera, la resolución que falló el recurso de reconsideración contiene el análisis minucioso de los motivos de inconformidad y reitera el fundamento de los rechazos de los costos por compras a otras sociedades para confirmar el acto recurrido. Explicaciones que a juicio de la Sala constituyen suficiente motivación del acto de determinación del tributo.

LIBROS DE CONTABILIDAD-Valor Probatorio/**COSTOS**-Comprobación/ **DEDUCCIONES**-Comprobación

Pero, para efectos fiscales, los libros de comercio son apenas "prueba suficiente" si reúnen los requisitos exigidos por el Título IV del Libro I del Código de Comercio y los artículos 773 y 774 del Estatuto Tributario, y entre tales exigencias están las de reflejar completamente la situación de la entidad y el no haber sido desvirtuado por medios probatorios directos o indirectos que no están prohibidos en la ley. De manera tal, que en materia fiscal concerniente al impuesto sobre la renta la contabilidad constituye un elemento probatorio primordial para la determinación de la base imponible, siempre que cumpla las condiciones antes señaladas, pero a falta de ésta, porque no existe, o cuando porque la que lleva el contribuyente no constituye prueba suficiente porque no refleja la verdadera situación económica de la sociedad, debido a que los hechos en ella consignados no son reales, los costos y gastos deducibles deben probarse por otros medios directos o indirectos, como serían por ejemplo, la demostración de que el beneficiario los recibió en su provecho, que los denunció en su declaración tributaria, en las declaraciones de industria y comercio, la declaración del IVA, los inventarios físicos, etc.

PROVEEDOR FICTICIO/ COSTOS-Rechazo

No constituye prueba para la aceptación de las compras rechazadas los documentos tendientes a demostrar la existencia legal de las sociedades proveedoras, porque tal circunstancia no fue la que originó el desconocimiento de los pagos, pues bien podían haberse efectuado a una sociedad de hecho, o a un comisionista que recibe mercancía de un tercero para la venta a otro, siempre que del hecho no quedara duda por estar plenamente establecido. Es de anotar que para efectos de desconocer las operaciones calificadas de irreales no era necesario, como cree la actora, que la Administración previamente hubiera declarado, mediante el procedimiento previsto para tal fin, a tales proveedores como ficticios, pues no condiciona la ley a tal trámite el rechazo de costos

improcedentes por irreales, ni ésta fue la causa del desconocimiento de los costos, sino que lo fue un argumento más contundente de que éstos no fueron efectivos o reales aunque formalmente lo parecieran.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5719. Actor: Livonia Gómez Arrubla y Cia. (antes Gómez Arrubla y Cia. Ltda.) NIT 890800334. Apelación de la sentencia de 2 de mayo de 1994. Tribunal Administrativo de Caldas. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto Renta 1987. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 2 de mayo de 1994, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad LIVONIA GOMEZ ARRUBLA Y CIA. LTDA. (antes Gómez Arrubla y Cia. Ltda.) NIT 890.800.334, contra los actos administrativos que determinaron a su cargo el impuesto de renta y complementarios por el período gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente, presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1987 el día 7 de julio de 1988, en la que determinó privadamente el impuesto a cargo en la suma de $204.000.oo

Previa inspección contable ordenada por Auto Comisorio No. 0011 de 12 de marzo de 1990, mediante el requerimiento especial No. 0069 del 5 de octubre de 1990, la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales - División de Fiscalización propuso a la sociedad la modificación de su liquidación privada, como consecuencia del rechazo como costos de la suma de $2.642.000, pagada por la sociedad por concepto de compras a las sociedades Distribuciones y Asesorías Ltda. y Comercializadora Dahjer Ltda., en razón de que tales sociedades tenían un comportamiento irregular, porque a pesar de tener existencia jurídica no pudo comprobarse su existencia física, hecho ante el cual les formulara pliego de cargos como proveedor ficticio. Además, los cheques girados en su favor fueron consignados por persona distinta de los beneficiarios, y a la imposición de sanción por inexactitud.

Proposición que concretó en la liquidación oficial No. 00034 del 4 de julio de 1991, en la que determinó impuesto a cargo por valor de $997.000, sanción por inexactitud de $1.269.000 y anticipo por $354.000.

Contra dicho acto administrativo la sociedad interpuso el recurso de reconsideración que fue fallado mediante la resolución 114 del 27 de diciembre de 1991, con confirmación de la liquidación oficial practicada, al considerar la Administración que no

logró verificar la existencia física de los proveedores y que los libros de contabilidad de la sociedad contribuyente no permitían acreditar tales costos, puesto que ellos constituían prueba suficiente pero no absoluta, menos cuando los hechos evidenciaban que la verdad real era otra.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Caldas acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la sociedad actora, para acusar el acto administrativo de violar los artículos 29 de la Constitución Nacional; 3o. del Código Contencioso Administrativo; 177 del Código de Procedimiento civil; 58, 59, 641, 671, 742, 745, 746, 772 y 774 del Estatuto Tributario.

Esencialmente, porque la Administración no se basó en prueba alguna para desconocer las compras glosadas, y desconoció las pruebas que sobre la realidad de las mismas presentó la sociedad en la vía gubernativa, violando de esta manera los artículos 742 y 746 del Estatuto Tributario, concordante con el artículo 22 del Decreto 825 de 1978, compras que estaban debidamente registradas en la contabilidad con sus soportes contables como se evidenciaba de la propia acta de inspección, al señalar expresamente que: "las compras de mercancías se encuentran soportadas o respaldadas con órdenes de pago, fecha, cheques, facturas con valor de compras e IVA en renglón separado". Reconocimiento que se reitera en todo el proceso gubernativo. Alegó que la investigación realizada por la Administración tuvo resultados precarios a efectos de producir las modificaciones de la liquidación privada de la sociedad, toda vez que de los hechos supuestamente constatados no podía deducirse fehacientemente y con certeza que se trataba de operaciones irreales o ficticias.

Tampoco de la circunstancia de que los cheques girados a los proveedores hubieran sido consignados en la cuenta de una sociedad en liquidación (Galvanizados ltda.), podía inferirse el carácter ficticio de la operación porque si de sociedades disueltas y en estado de liquidación se trata, la misma legislación comercial les permite desarrollar las operaciones comerciales pendientes de finiquitar al momento de su disolución. Pero más aún, el estado de disolución de una sociedad no la imposibilita para continuar desarrollando actividades que incluso no tiendan o no se orienten a su liquidación, puesto que una situación de esta naturaleza no comporta nulidad alguna de los actos mercantiles propiamente dichos y simplemente conlleva la extensión de la responsabilidad de los administradores de la sociedad que así actúen o de los Revisores Fiscales que lo permitan.

Dentro de esta perspectiva legal y aceptando jurídicamente que las sociedades disueltas pueden celebrar operaciones mercantiles que incluso no se orienten a su liquidación, mal podía concluir la administración tributaria que esta situación no podía darse entre las sociedades cuestionadas y la beneficiaria de la consignación.

Estima que para arribar a semejante conclusión, y aceptando en gracia de discusión, la imposibilidad de localizar a los administradores de las sociedades beneficiarias de los cheques, bien pudo la Administración haber requerido al menos al

liquidador de la sociedad Galvanizados Ltda., a efectos de que diera cuenta y razón específica de tales consignaciones; también pudo haber investigado la determinación de la persona que hizo la consignación para establecer algún nexo con la giradora de los cheques que le permitiera establecer un indicio grave de una operación elusiva de obligaciones tributarias, máxime que la misma administración tributaria efectuó sobre el particular una investigación de las cuentas bancarias, pues de la simple consignación de los cheques en cuenta corriente distinta a la de los beneficiarios de los mismos, no podía deducirse indicio siquiera leve de tratarse de una operación ficticia o simulada, como quiera que no se agotó la investigación de las posibilidades a las cuales podría corresponder esta situación.

Acusó de superficial la investigación administrativa realizada y de precarias de sus conclusiones, que se hace todavía más evidente en el caso del cuestionamiento de las sociedades con quienes la contribuyente realizó las operaciones de compra que le fueron glosadas.

De otra parte, la calificación de proveedor ficticio, por expresa disposición del artículo 671 del Estatuto Tributario, sólo tendrá efectos a partir de la publicación de su nombre en un periódico de amplia circulación nacional, en previsión a terceros de buena fe para que se abstengan de realizar operaciones con tales personas, so pena de incurrir en desconocimiento fiscal de las respectivas operaciones.

Adicionalmente mal podrían desconocerse las operaciones glosadas, toda vez que para la fecha en que fueron celebradas ninguna de las dos sociedades cuestionadas había sido calificada como proveedor ficticio, e incluso hasta la fecha desconoce determinación oficial alguna en tal sentido, que de haberse producido, con absoluta seguridad, tal como lo da a entender la administración, lo habría sido para una fecha posterior a la celebración de las operaciones glosadas.

Alega que en la calificación de dichas sociedades como de papel, constituídas exclusivamente para servir de instrumento de defraudación fiscal en favor de la sociedad, calificación en virtud de la cual se consideran ficticias o irreales las compras glosadas, advierte o evidencia superficialidad de la investigación realizada en tal sentido y por ende son precarias también sus conclusiones.

Pues la sola circunstancia de no haber sido posible localizar en la dirección informada para el efecto al Representante Legal de la sociedad Distribuciones y Asesorías Ltda., a efectos de realizar el cruce de información respecto de la compra que iba a ser objeto de verificación, no podía razonable ni válidamente deducirse conclusiones, como las adoptadas por la misma Administración para calificarla de sociedad de papel o ficticia.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en la sentencia apelada, luego de la transcripción y análisis de las normas invocadas por la actora como transgredidas, los argumentos de las partes y pruebas, denegó las súplicas de la demanda considerando que la sociedad no acompañó pruebas diferentes a los libros de contabilidad para

demostrar la realidad de las compras, y por el contrario aparecían en el proceso documentos aportados en la investigación administrativa que permitían deducir que tales proveedores eran investigados como ficticios por distintas administraciones de impuestos y que los cheques girados a ellos fueron consignados por otra sociedad de la cual la actora poseía el 45% del capital.

Por lo que atendiendo al marco jurídico referido y los hechos comprobados en la forma descrita, no se evidenciaba que la administración hubiera violado alguna de las normas citadas en la demanda, que consagran o determinan la realización o causación de un costo (58 y 59 E.T.), la sanción por inexactitud (647), la sanción de declaración de proveedor ficticio (671) la toma de decisiones con fundamento en hechos probados (742), el principio *"in dubio pro reo"* (745), la presunción de veracidad (746 y D. 825 de 1978), el valor de la contabilidad (772 y 774 E. T.), como tampoco se comprobó la violación de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil sobre carga de la prueba, 3o. del Código Contencioso Administrativo y 29 de la Constitución Nacional en cuanto a derecho de defensa, pues la demandante limitó su actividad probatoria, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, a aducir la presunción de veracidad de su denuncio rentístico y el valor de sus datos contables.

No encontró absolutamente ningún elemento probatorio que le permitiera tener convicción sobre la realidad de las compras que decía haber efectuado la contribuyente a las firmas Inversiones y Asesorías Ltda., y comercializadora Dahjer Ltda. Pues la presunción de veracidad de los hechos referidos en la declaración de impuestos no otorga al contribuyente una patente de curso para no movilizarse o para no desplegar alguna actividad probatoria con miras a que la verdad real fuera el fundamento para la determinación del tributo a su cargo, y para que el principio de justicia tributaria que consagran las normas respectivas tuviera cabal cumplimiento, en el sentido que cada ciudadano debe contribuir para los gastos estatales en la medida de su capacidad real.

LA APELACION

El apoderado de la actora al interponer el recurso de apelación acusa a la sentencia en primer lugar, de no haberse pronunciado sobre el cargo de violación del debido proceso que garantiza el artículo 29 de la Constitución Política, concordante con el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo, consistente en la falta de formulación legal de los aspectos administrativos demandados que le permitieran deducir válidamente la adecuación típica de los hechos constatados en virtud de la cual se sustentara legalmente la actuación administrativa demandada.

Pues en el caso de autos, la administración tributaria se limitó a exponer como fundamento legal de sus pretensiones normas referidas exclusivamente a sus facultades de fiscalización pero no hizo mención alguna de disposiciones jurídicas que le permitieran tipificar los hechos por ella cuestionados en virtud de los cuales sustentará legalmente su pretensión y posibilitara su contradicción por parte del contribuyente. Hecho éste que tipifica la causal de nulidad prevista en el artículo 730 numeral 4 del Estatuto Tributario.

Luego de controvertir la expresión del Tribunal sobre la forma como se expresó el concepto de violación de las normas en la demanda, y a la exigencia de pruebas a la actora para demostrar las compras, afirma que en ningún momento ha planteado la presunción de veracidad como una patente de curso para impedir cualquier proceso de investigación por parte de la Administración de Impuestos y menos para exonerarse de la actividad probatoria.

Simplemente se limitó al análisis y cuestionamiento del acervo probatorio producido para los efectos propuestos por la Administración, y que no desarrolló actividad probatoria alguna por cuanto la investigación se encaminó a cuestionar la existencia e idoneidad legal de las sociedades proveedoras, hecho que correspondía probar a la Administración.

Señala que como en sede administrativa no se cuestionó la idoneidad legal de la Comercializadora Dahjer Ltda., las operaciones con dicha sociedad no podían ser objeto de desconocimiento.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada de la demandada luego del recuento de la actuación administrativa y de la sentencia de primera instancia, se opone a la argumentación del apelante y expresa con fundamento en lo dispuesto por artículos 684 y746 del Estatuto Tributario, que la Administración haciendo uso de las facutlades de investigación que tales normas le confieren, estableció que las compras consignadas en la declaración de renta no eran reales y propuso su desconocimiento a la contribuyente mediante el requerimiento especial a partir de este momento le correspondía a ésta desvirtuar las pruebas presentadas por la Administración y en virtud de las cuales desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración tributaria, pero que la sociedad no allegó prueba alguna ni con oportunidad del requerimiento, ni en la vía gubernativa como tampoco ante la jurisdicción a fin de demostrar la realidad de las operaciones cuestionadas.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada merece ser revocada porque las razones esgrimidas por la administración para desconocer las compras realizadas y declaradas por la sociedad demandante en 1987, a Distribuciones y Asesorías Ltda., así como a la Comercializadora Dahjer Ltda., fueron la imposibilidad para establecer su existencia física, no obstante aparecer registradas en las Cámaras de comercio de Medellín y Barranquilla respectivamente; y al hecho de que los cheques girados a las citadas sociedades por la demandante, fueron consignados y cobrados por una tercera persona denominada Galvanizados Ltda., de la cual GOMEZ ARRUBLA Y CIA. LTDA. es socia.

Circunstancias, que fueron evaluadas por los diferentes funcionarios que intervinieron en vía gubernativa, como indicios serios de que las sociedades proveedoras no ejercían actividad comercial alguna, y que por lo tanto los valores consignados por los libros de Gómez Arrubla y Cia. no correspondían a su realidad tributaria.

A su entender, el acervo probatorio allegado al juicio permite afirmar que la contabilidad de la sociedad demandante reúne los requisitos previstos por el Decreto 2821 de 1974 artículo 40 (hoy 774 del Estatuto Tributario), puesto que llena las condiciones fundamentales requeridas para ser aceptada, a saber: registro de los libros reglamentarios, llevados en debida forma y con los asientos contables debidamente respaldados con comprobantes de orden interno y externo. Es decir, se trata de una contabilidad llevada conforme a las previsiones de ley, cuestión que no discute y por el contrario acepta la Administración.

Igualmente el certificado de contador, debidamente identificado, que obra en el expediente da fe sobre la realidad de las compras efectuadas por Gómez Arrubla y Cía. en 1987; y facturas numeradas expedidas por las firmas proveedoras, con indicación del NIT, y direcciones respectivas, y aparecen dentro de los antecedentes administrativos los comprobantes de contabilidad que indican las cuentas afectadas, el detalle de la mercancía comprada y el valor de la misma, así como las órdenes de pago respectivas que dan cuenta de la cancelación de las facturas ya citadas.

Por ello, no podía la Administración ni el Tribunal desconocer toda esta documentación, que cumplía con los requisitos de ley, y menos no aceptar los libros de contabilidad, pues si bien es cierto que ellos no son "una prueba absoluta, única e incontrovertible", como lo afirma la demandada, no es menos cierto que tampoco puede ser desechada con simples apreciaciones e indicios, sino que el desconocimiento de su valor probatorio deberá obedecer a los hechos debidamente establecidos y aprobados, ya que no en vano el artículo 15 del Decreto Ley 3803 de 1982, al igual que el Código de Comercio establecieron que "los libros de contabilidad constituyen prueba a favor del contribuyente siempre que se lleven en debida forma".

No puede afirmarse, sin incurrir en ligereza, que la contabilidad llevada en la forma establecida por la ley, da cuenta de una verdad formal y "que a través de ella se pretende con aparentes visos de legalidad, ocultar la verdad real de las transacciones comerciales efectuadas" (Fl. 7 resolución que decidió recurso de reconsideración), puesto que no obra dentro del expediente prueba alguna que permita descalificarla.

Anota que tampoco aparece probado dentro del juicio que las sociedades Distribuciones y Asesorías Ltda., y Comercializadora Dahjer Ltda., hubieran sido calificadas como proveedores ficticios, dando cumplimiento al artículo 671 del Estatuto Tributario, y que por lo tanto las compras efectuadas a las mismas puedan ser desconocidas por el fisco.

Considera por último, que el hecho de que los cheques girados a las dos firmas proveedoras, hubiesen sido consignados por la sociedad en liquidación, Galvanizados Ltda., no permite desconocer de plano la transacción efectuada, y menos calificarla como de ficticia, puesto que si bien es extraña la coincidencia, ella tan sólo ameritaría valorarla como un indicio en contra, indicio que de otra parte no puede ser calificado como necesario, pues él no demuestra de manera infalible e inevitable la existencia o inexistencia de la transacción efectuada.

Además, si a tal indicio se le ubicara,como contingente, no existen otros que aunados a él puedan otorgar pleno convencimiento de la inexistencia de la operación comercial que pretende desconocer la Administración, y que es lo que necesariamente debe estar probado, porque si bien es cierto que los funcionarios administrativos trataron de ubicar las sociedades proveedoras en las diferentes direcciones suministradas por ellas, no es menos cierto que tal averiguación no se realizó en forma completa, pues como lo señala el representante de la firma actora, no se tuvieron en cuenta, para el efecto, las suministradas en las facturas que obran en las diligencias administrativas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto en este proceso se limita a determinar con base en el acervo probatorio allegado por las partes al proceso la existencia o inexistencia de las compras contabilizadas por la actora a las sociedades Distribuciones y Asesorías Ltda. y Comercializadora Dahjer Ltda.

Acervo probatorio que está confirmado por la prueba contable que reclama la actora y por los indicios de inexistencia real de las sociedades proveedoras que encontró la Administración para desconocer las compras a la sociedad contribuyente.

1.- Violación del debido proceso

Según expresa la apelante, el Tribunal no se pronunció sobre el cargo formulado en la demanda sobre la falta de formulación legal de los aspectos administrativos demandados, que le permitieran deducir válidamente la adecuación típica de los hechos constatados en virtud de los cuales se sustentará legalmente la actuación administrativa demandada. Violación que se estructuró en función de la iposibilidad de controvertir jurídicamente la actuación administrativa, imposibilidad a partir de la cual considera violada la garantía constitucional del debido proceso y el derecho de defensa, incurriendo así el acto administrativo en vicio de nulidad, conforme al artículo730 numeral 4o. del Estatuto Tributario.

Dispone el artículo 29 de la Constitución Política:

> "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
>
> "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

En materia tributaria para efectos de la determinación oficial del impuesto, el Estatuto Tributario establece el proceso que debe seguir la Administración para determinar el tributo y para el efecto contempla la liquidación de revisión, exigiendo en el artículo 703 que antes de practicarla, la Administración envíe al contribuyente, responsable o agente retenedor o declarante, por una sola vez, un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se proponga modificar, con explicación de las razones en que se sustenta. Requerimiento que como lo señala el artículo 704, debe

contener la cuantificación de los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones que se pretende adicionar a la liquidación privada.

En el *sub-lite*, observa la Sala que la Administración acató el procedimiento previsto ya que con antelación le envío el requerimiento especial 00069 del 4 de octubre de 1990 (Fl. 104 cuaderno de antecedentes), comunicándole que con base en los resultados de la inspección tributaria se propone modificarle la liquidación privada del año de 1987, como consecuencia de la desestimación de las compras realizadas por concepto de lámina cold rolled y alambre, compras efectuadas durante la vigencia fiscal a la cual se contrae este requerimiento especial, a los proveedores que relaciona, e indica el por qué del desconocimiento, cuestiona el valor probatorio de la contabilidad y propone la sanción por inexactitud.

Requerimiento que conoció la sociedad por haberle sido notificado conforme el trámite previsto en el mismo estatuto y al cual dio respuesta oportuna alegando que no había conocido con anterioridad el acta de inspección y que entonces cualquier posibilidad de controvertirla le hacía nugatorio el derecho de defensa, pero no cuestionó las conclusiones del acta de visita que se le anexó al requerimiento, ni presentó pruebas tendientes a demostrar los costos glosados, siendo ésta la oportunidad prevista para el efecto en el artículo 707 del Estatuto Tributario.

Por lo que, no puede alegar que se violó el debido proceso y el derecho de defensa toda vez que la Administración sí le planteó en forma clara y precisa los rechazos a efectuar y dio la motivación exigida en la ley.

Cosa distinta es que la actora no hubiera adelantado ninguna actividad probatoria tendiente a la demostración de los costos cuestionados por irreales.

Tampoco incurrió el acto administrativo en causal de nulidad, conforme al artículo 730 numeral 4o. del Estatuto Tributario, porque de acuerdo con el mismo:

> "Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos: ...
>
> "... 4. Cuando se omitan las bases gravables, el monto de los tributos o la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración o de los fundamentos del aforo..."

Y analizado el acto administrativo, se observa que tanto el requerimiento (Fl. 102 cuaderno de antecedentes) como la liquidación oficial (Fls. 165-170 del mismo cuaderno) contienen las bases gravables, el monto de los tributos y la explicación de las modificaciones efectuadas respecto de la declaración presentada.

De igual manera, la resolución que falló el recurso de reconsideración contiene el análisis minucioso de los motivos de inconformidad y reitera el fundamento de los rechazos de los costos por compras a las sociedades Distribuciones y Asesorías Ltda. y Comercializadora Dahjer Ltda., para confirmar el acto recurrido. Explicaciones que a juicio de la Sala constituyen suficiente motivación del acto de determinación del tributo.

2.- El asunto de fondo

Valor probatorio de la contabilidad.

Como en repetidas oportunidades ha precisado la Sala, la contabilidad, entendida como tal los libros de comercio y sus comprobantes tienen valor probatorio y es así como en el campo del derecho procesal civil se le encuentra dentro de la categoría de los llamados documentos privados (artículo 271 Código de Procedimiento Civil), y estos ibros conforme lo indica el artículo 68 del Código de Comercio constituyen plena prueba en las cuestionantes mercantiles que los comerciantes debaten entre sí.

Para efectos mercantiles los libros y papeles de comercio debidamente registrados y llevados en la forma legal constituyen plena prueba. Pero no así en materia civil, porque como lo enseña la norma dichos libros y papeles aun entre comerciantes sólo tienen valor contra su propietario en lo que en ellos conste de manera clara y completa siempre que la contraparte no los rechace en lo desfavorable.

Pero, para efectos fiscales, los libros de comercio son apenas "prueba suficiente" si reúnen los requisitos exigidos por el Título IV del Libro I del Código de Comercio y los artículos 773 y 774 del Estatuto Tributario, y entre tales exigencias están las de reflejar completamente la situación de la entidad y el no haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no están prohibidos en la ley.

De manera tal, que en materia fiscal concerniente al impuesto sobre la renta la contabilidad constituye un elemento probatorio primordial para la determinación de la base imponible, siempre que cumpla las condiciones antes señaladas, pero a falta de ésta, porque no existe, o cuando porque la que lleva el contribuyente no constituye prueba suficiente porque no refleja la verdadera situación económica de la sociedad, debido a que los hechos en ella consignados no son reales, los costos y gastos deducibles deben probarse por otros medios directos o indirectos, como serían por ejemplo, la demostración de que el beneficiario los recibió en su provecho, que los denunció en su declaración tributaria, en las declaraciones de industria y comercio, la declaración del IVA, los inventarios físicos, etc.

De manera que desconocido el valor probatorio de la contabilidad de la actora por la Administración, ante la existencia de indicios de inexistencia física de los proveedores, de su actividad mercantil y por ende de la existencia de operaciones simuladas, la actora ha debido aportar pruebas idóneas y convincentes para demostrar ante la jurisdicción la realidad de las compras rechazadas por la Administración y desvirtuar así la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados.

No constituye prueba para el efecto los documentos tendientes a demostrar la existencia legal de las sociedades proveedoras, porque tal circunstancia no fue la que originó el desconocimiento de los pagos, pues bien podían haberse efectuado a una sociedad de hecho, o a un comisionista que recibe mercancía de un tercero para la venta a otro, siempre que del hecho no quedara duda por estar plenamente establecido.

Es de anotar que para efectos de desconocer las operaciones calificadas de irreales no era necesario, como cree la actora que la Administración previamente hubiera declarado, mediante el procedimiento previsto para tal fin, a tales proveedores como ficticios pues no condiciona la ley a tal trámite el rechazo de costos improcedentes por irreales, ni ésta fue la causa del desconocimiento de los costos, sino que lo fue un argumento más contundente de que éstos no fueron efectivos o reales aunque formalmente lo parecieran.

3.- Aceptación de compras a Comercializadora Dahjer Ltda.

No es procedente la pretensión que hace el apoderado de la actora, en el sentido de que deban aceptarse las compras efectuadas a Comercializadora Dahjer Ltda. porque en su concepto, no se planteó ningún cuestionamiento respecto de su idoneidad legal, porque contrariamente a lo manifestado por él, tanto en el requerimiento como en la liquidación oficial y la resolución que la confirma, se califica el comportamiento de las dos sociedades como "irregular" puesto que, a pesar de aparecer registradas en la Cámara de Comercio de Medellín y Barranquilla, pese a las investigaciones realizadas no fue posible establecer su existencia física, no habían cumplido con el registro como responsables del IVA y otras obligaciones fiscales y los cheques, por los pagos a ellos realizados, fueron consignados en la cuenta de una sociedad en liquidación de la cual la actora era socia en el 45%.

No prosperan entonces los cargos que a la sentencia de primera instancia formula la apelante y, en consecuencia, 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 del 2 de mayo de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el juicio 920528040.

2) RECONOCESE Personería a la doctora Patricia Romero Angulo a términos del poder que obra a folio 132 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comúníquese 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.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

JUICIO DE REVISION DE IMPUESTOS-Objeto/ **ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**-Objeto/**HECHO GENERADOR DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA**-Determinación/ **ACERVO PROBATORIO EN EL PROCESO**-Valoración

A raíz de la expedición del Decreto 01 de 1984 se sustituyó por voluntad del legislador el carácter revisorio del llamado juicio de impuestos, en el cual el juez se limitaba a constatar con base en las normas, los hechos aducidos y pruebas presentadas en la vía gubernativa, la legalidad de los actos expedidos por la Administración, para dar paso a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, encaminada, según lo expresa la misma norma, a la anulación del acto, por las causales señaladas en el artículo 84, a la modificación de la obligación o a la devolución de lo indebidamente pagado. Es decir, otorga la ley amplia facultad al juez de conocimiento para anular, si es del caso, el acto acusado y lo obliga a reemplazarlo por otro que se compadezca con la legalidad y los hechos económicos generadores del tributo que aparezcan probados en el proceso. Como la finalidad del proceso no es otra que la de establecer la obligación sustancial tributaria que corresponde legalmente al sujeto pasivo, el juez debe atender todo el acervo probatorio que obre dentro del juicio, así no se haya allegado en la vía gubernativa, sin desconocer las presunciones que en favor de las partes establece la ley.

COSTO ESTIMADO/COSTO PRESUNTO/COSTO DE ACTIVOS ENAJENADOS

Faculta la ley a la Administración para apartarse del costo informado en la declaración tributaria, cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones: Cuando existan indicios de que el costo informado en la declaración no es real. Cuando no se conozca el costo de los activos enajenados; o cuando no sea posible establecerlos mediante pruebas directas. (Como tales cita, en forma no taxativa, las declaraciones de renta del propio contribuyente o de terceros, su contabilidad o los comprobantes internos y externos, es decir, los documentos que dan cuenta de la adquisición de los activos que se enajenan). En tales eventos también faculta la ley al funcionario que adelante el proceso de fiscalización para fijar como costo, en primer lugar, el que esté acorde con los incurridos durante el respectivo ejercicio por otras personas que hayan desarrollado una actividad similar, atendiendo a diversos datos estadísticos. Pero si la Administración no tiene los estudios económicos y estadísticos que le permiten cuantificar los costos de las empresas del sector, ni las efectuadas por las entidades anteriormente mencionadas, se estimará el costo en el 75 del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

COSTO PRESUNTO-Objeto/ COSTOS-Relación de Caducidad/ RENTA LIQUIDA/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El reconocimiento del costo presunto no es cosa distinta que el reconocimiento que hace el propio legislador, derivado de la vida real de los negocios, del principio económico de que no puede existir en la actividad comercial ingreso que no apareje la realización de costos. Generalmente toda venta de un bien o mercancía, necesariamente lleva implícito, por lo menos, el costo de su adquisición o el de su producción. Tasar el impuesto de renta sobre el ingreso bruto originado en venta de bienes, sin depurar la base gravable cuando a ello hay lugar según la ley, resulta contrario a la filosofía de este gravamen que se apoya en el concepto de ganancia que por lógica no se obtiene sino descontadas las expensas necesarias para obtenerla. Salvo los eventos previstos por la ley el funcionario debe evitar en lo posible aplicar el gravamen sobre los ingresos brutos a la cual suele llegarse por defectos formales de información o prueba que dificultan o impiden establecer la verdadera capacidad económica del contribuyente.

LIBROS DE CONTABILIDAD-No Presentación/ INDICIO EN CONTRA DEL CONTRIBUYENTE/ COSTOS-Rechazo/DEDUCCIONES-Rechazo/ COSTO PRESUNTO-Aplicación

Si bien es cierta la afirmación en el sentido de que el artículo 781 del Estatuto Tributario, prevé el desconocimiento de los costos, deducciones y pasivos, cuando el contribuyente, estando obligado no presente

sus libros, comprobantes y demás documentos cuando la Administración lo exija, tal hecho hay que ubicarlo en el campo del debate probatorio y no como norma de carácter sustancial. El citado artículo sólo le atribuye valor de indicio en contra del contribuyente cuando dispone que "la no presentación de los libros de contabilidad será indicio en contra del contribuyente...", pero esta norma que es de carácter general para todas las controversias tributarias, no significa que la desestimación de los costos sea inexorable, puesto que deja a salvo la posibilidad de establecerlos por otros medios cuando dispone que ... "salvo que el contribuyente los acredite plenamente", lo que confirma que la norma es de índole probatoria y por ello está ubicado en el Capítulo II del Título-Régimen Probatorio. Y aunque el modo usual de acreditar plenamente un costo es mediante los distintos medios de prueba reconocidos se estima que es también procedente la aplicación de los costos estimados o presuntos de que trata el artículo 82 del Estatuto Tributario, si se reúnen las hipótesis previstas en la misma disposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C.,catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5756. Actor: Julio César Posada Gómez, C.C. 15.321.366. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1988. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el señor JULIO CESAR POSADA GOMEZ C. C. 15.321.366, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín le determinó el impuesto de renta, complementarios y sanciones por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

El contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1988, el día 7 de junio de 1989, la que corrigió el 27 de julio del mismo año, declarando ingresos por $347.447.000 que afectó con costos y deducciones por $332.344.868, más ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional por $10.273.244, liquidando privadamente el impuesto en $1.392.025, sobre el cual aplicó la retención por concepto de compras de $3.474.470 y saldo a favor por $2.068.845.

Mediante auto comisorio 1-062-8-0021 del 26 de junio de 1989 la Administración ordenó la práctica de una inspección tributaria con el fin de verificar los valores declarados por el contribuyente para los años gravables de 1988 y anteriores.

Diligencia de la cual se levantó el acta de inspección, respectiva, consignando en ella que basados en la calidad de comerciante del contribuyente Julio César Posada y en el hecho de no llevar libros de contabilidad ajustados a las normas legales y, por consiguiente, la no exhibición de estos libros al funcionario comisionado, al igual que los auxiliares, comprobantes de diario y demás documentos internos y/o externos que soportaran lo informado en la declaración, se desconocerán los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional por valor de Diez millones doscientos setenta y tres mil doscientos cuarenta y cuatro pesos ($10.273.244) y los costos y deducciones en cuantía de trescientos treinta y dos millones trescientos cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y ocho pesos ($332.344.868), propuestos en la declaración de renta del período gravable 1988.

Con fundamento en tal acta la Administración mediante el requerimiento especial 1-062-7-0008 del 30 de enero de 1990, propuso al contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia del rechazo de costos y deducciones por $331.344.868, por cuanto el contribuyente no exhibió a la comisión los libros de contabilidad registrados; el desconocimiento de los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional por $10.273.244, por el mismo motivo; la modificación del anticipo y la imposición de la sanción de inexactitud, "teniendo en cuenta que no exhibió libros de contabilidad, soportes contables, comprobantes externos e internos, ni ningún otro documento que demostrara la existencia de costos y deducciones propuestos".

En respuesta al requerimiento, el contribuyente alegó que los libros se encontraban para registro en la Cámara de Comercio y que los soportes contables sí fueron puestos a disposición de la funcionaria comisionada Magnolia Restrepo Arredondo, pero que ésta hizo caso omiso de ellos, consignando expresamente, que no fueron presentados los libros y los documentos o soportes contables.

Vencido el término de la respuesta al requerimiento la Administración practicó la liquidación de revisión 00046 el 22 de octubre de 1990, concretando así la propuesta formulada en el requerimiento.

Contra dicha liquidación oficial el contribuyente recurrió en reconsideración, alegando la improcedencia del rechazo de los ingresos declarados como no constitutivos de renta y ganancias ocasionales, por haberlos recibido para terceros, la improcedencia del rechazo de costos y gastos sin verificación alguna por la Administración, a pesar de haberle solicitado el envío de un nuevo funcionario, idóneo para que verificara la veracidad y autenticidad de los documentos y soportes de los libros de contabilidad y que dejó claro en el documento que la funcionaria encargada tuvo a su disposición los documentos contables, pero no la constancia de tal hecho en el acta.

Reclamó en su favor la aplicación del costo presunto y alegó fuerza mayor o caso fortuito en la no presentación de los libros de contabilidad.

El recurso fue fallado por la Administración con la resolución 0023 del 31 de enero de 1992 que confirmó íntegramente la liquidación de revisión.

LA DEMANDA

En demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acudió el contribuyente ante la jurisdicción al estimar que el acto administrativo vulneraba el Decreto 01 de 1984, artículos 86, 206 y concordantes; el Estatuto Tributario en sus artículos 82, 683, 726, 730, 731, 734, 778 y el Código de Procedimiento Civil, artículo 152 numeral 4o., cuando la Administración calificó de inexistentes los costos sin realizar la mínima diligencia de investigación a pesar de la solicitud expresa del contribuyente de enviar un nuevo funcionario para el efecto.

Violó el artículo 83 del Estatuto Tributario porque desconoció hechos obvios como es el que toda actividad y con mayor razón la compra venta de oro, exige la existencia de costos y gastos reales por mínimos que éstos sean.

Si existía un indicio de que los costos no declarados no eran reales o no podían probarse, y por lo tanto la Administración debió aplicar los costos presuntos a que estaba obligada.

La Administración le negó el derecho a probar los costos, y la inspección tributaria no constituía en su caso, prueba que diera certeza sobre la inexistencia de los costos porque no cumplió los requisitos elementales de la prueba concernientes a su publicación y contradicción que forman parte de la garantía constitucional del debido proceso, como lo había precisado el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de diciembre de 1988.

Alega que se violó el artículo 683 del Estatuto Tributario, porque se desconoció el más elemental espíritu de justicia y trató de hacerle más gravosa la situación al contribuyente, al exigirle en la vía gubernativa una prueba que ya había presentado ante la misma Administración como era el certificado de retención en la fuente que había acompañado a la solicitud de devolución, y so pretexto de exigir la comprobación del pago de la liquidación privada, que no era necesario puesto que ésta consignaba saldo a favor, dictó improcedente y extemporáneamente auto inadmisorio del recurso a pesar de haber cumplido la totalidad de los requisitos para su admisión. Por esta razón el fallo del recurso resultó extemporáneo por lo que ocurrió en su favor el silencio administrativo positivo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia no accedió a las súplicas de la demanda al considerar:

1) Que el auto inadmisorio del recurso no generaba nulidad, de acuerdo con lo señalado por los artículos 726 y 730 del Estatuto Tributario y si bien la Administración estaba sujeta a realizar el trámite dentro de unos términos no significaba que tal plazo fuera perentorio o preclusivo, sino que expresaba el criterio que el legislador prevé para el desenvolvimiento del proceso en las condiciones normales de trabajo y en tal caso, el que el término previsto se hubiera superado sólo constituía una irregularidad administrativa.

2) Del análisis de los artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario no se infería que se hubiera dado el silencio administrativo, porque el término sólo empezó a correr cuando se satisfizo el requisito señalado en el literal d) del artículo 722 del Estatuto Tributario.

3) No eran aplicables los costos presuntos alegados, porque su aplicación dependía de la demostración de los costos como se infería de las provisiones de los artículos 632 y 781 del Estatuto Tributario.

LA APELACION

El apoderado judicial del actor al apelar la sentencia de primera instancia, reitera que:

a) La Administración violó el debido proceso, porque a pesar de haber suministrado a la funcionaria de la Administración los soportes contables ésta no los admitió porque no se presentaron los libros que estaban en la Cámara de Comercio para su registro.

Hecho que se encuentra probado con la certificación del registro de los libros, ocho (8) días después, trámite normal en dicha dependencia.

b) Tenía derecho al reconocimiento de costos presuntos conforme al artículo 82 del Estatuto Tributario, porque existía para la Administración un indicio de que los costos eran reales, aunque no tenía el contribuyente los libros de contabilidad registrados, y porque los costos, en el renglón de su actividad, no podían demostrarse de tal manera, porque ella se desarrollaba en una zona roja (Tarazá, Antioquia) donde los guaqueros son guerrilleros y para evitar ser identificados no suministran nombre, dirección y menos su cédula de identidad, de ahí que el Banco de la República solamente exigiera para la compra una simple lista de los gramos de oro adquiridos.

A nadie escapa que para vender oro hay que comprarlo.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La apoderada judicial de la demanda se opone a los argumentos expuestos por el apelante, porque de conformidad con el artículo 781 del Estatuto Tributario la no presentación de los libros de contabilidad cuando la Administración lo exija permite desconocer válidamente los costos solicitados, y deja sin efecto la prueba contable, a

menos que se demuestre que su no presentación obedeció a circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito.

Y en este evento, debió acudir el contribuyente a otros medios de prueba distintos de la contabilidad para demostrar la realidad de los costos solicitados en su denuncio rentístico.

Alega que el artículo 781 del Estatuto Tributario ordena en forma imperativa desconocer los costos y deducciones solicitados por el contribuyente en su denuncio tributario por la no presentación de los libros de contabilidad cuando la Administración lo exija. Por lo que, si se parte del supuesto de que la ley es lógica no podría pensarse que la disposición contenida en el artículo 82 del Estatuto Tributario sea contraria a esta norma, para obligar a la Administración, en el mismo evento propuesto por el artículo 781, a determinar un porcentaje de costos atribuibles a determinado ejercicio gravable, respecto de un contribuyente renuente a asumir la responsabilidad de la prueba o carga probatoria.

Afirma que si la Administración no hizo uso de la "facultad impositiva" que le otorga el artículo 82 del Estatuto Tributario no por ello puede considerarse viciada de nulidad la actuación administrativa demandada.

Tampoco es procedente el reconocimiento del costo presunto por parte de la jurisdicción, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque ésta tiene como única finalidad "que se revise" la legalidad de la actuación administrativa y no la decisión de formulaciones que competen exclusivamente a la órbita de la autoridad tributaria por disposición expresa de la Ley.

Pide se confirme la sentencia.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación pide se revoque la sentencia apelada con el fin de que se reconozcan los costos presuntos porque el rechazo de los costos declarados no impide la aplicación del artículo 82 del Estatuto Tributario, por el contrario, la justifica.

Si en este asunto el funcionario que adelantaba el proceso de fiscalización no pudo establecer el costo por falta de libros de contabilidad, ha debido, como lo indica la norma, reconocer los costos presuntos.

Así mismo la sanción por inexactitud impuesta por la Administración debe levantarse porque el rechazo de las partidas al contribuyente no lo fueron por inexistentes, sino por falta de libros de contabilidad, circunstancia que no da lugar a la inexactitud prevista en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Precisiones previas

Antes de avocar el conocimiento de fondo del asunto debatido, ve la Sala la necesidad de reiterar algunas precisiones sobre la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de determinación de impuestos, así como sobre la oportunidad de presentar pruebas dentro del mismo.

A raíz de la expedición del Decreto 01 de 1984 se sustituyó por voluntad del legislador el carácter revisorio del llamado juicio de impuestos, en el cual el juez se limitaba a constatar con base en las normas, los hechos aducidos y pruebas presentadas en la vía gubernativa, la legalidad de los actos expedidos por la Administración, para dar paso a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, encaminada, según lo expresa la misma norma, a la anulación del acto, por las causales señaladas en el artículo 84. a la modificación de la obligación o a la devolución de lo indebidamente pagado. Es decir, otorga la ley amplia facultad al juez de conocimiento para anular, si es del caso, el acto acusado y lo obliga a reemplazarlo por otro que se compadezca con la legalidad y los hechos económicos generadores del tributo que aparezcan probados en el proceso.

Como la finalidad del proceso no es otra que la de establecer la obligación sustancial tributaria que corresponde legalmente al sujeto pasivo, el juez debe atender todo el acervo probatorio que obre dentro del juicio, así no se haya allegando en la vía gubernativa, sin desconocer las presunciones que en favor de las partes establece la ley.

Así mismo debe dar el juez a la prueba la valoración que le merezca según el grado de convicción que le comunique, atendiendo su conducencia y eficacia.

2.- El Costo presunto (artículo 82 del Estatuto Tributario)

Para proceder al análisis del tema del costo presunto establecido en el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, posteriormente modificado por el artículo 140 del Decreto 2503 de 1987 hoy consignado en el artículo 82 del Estatuto Tributario, comienza la Sala por transcribir el texto de esta última norma:

> "**Determinación de costos estimados y presuntos.** Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares de enajenación de activos, atendiendo a los datos estadís-

ticos producidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.

"Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso.

"Si lo dispuesto en este artículo no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad".

Faculta así, la ley a la Administración para apartarse del costo informado en la declaración tributaria, cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones:

a) Cuando existan indicios de que el costo informado en la declaración no es real.

b) Cuando no se conozca el costo de los activos enajenados; o cuando no sea posible establecerlos mediante pruebas directas. (Como tales cita, en forma no taxativa, las declaraciones de renta del propio contribuyente o de terceros, su contabilidad o los comprobantes internos y externos, es decir, los documentos que dan cuenta de la adquisición de los activos que se enajenan).

En tales eventos también faculta la ley al funcionario que adelante el proceso de fiscalización para fijar como costo, en primer lugar, el que esté acorde con los incurridos durante el respectivo ejercicio por otras personas que hayan desarrollado una actividad similar, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la misma Administración, por el DANE, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.

Pero si la Administración no tiene los estudios económicos y estadísticos que le permiten cuantificar los costos de las empresas del sector, ni las efectuadas por las entidades anteriormente mencionadas, se estimará el costo en el 75% del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

El reconocimiento del costo presunto, como en repetidas oportunidades lo ha precisado la Sala (sentencias: de agosto 5 de 1986, Expediente 0452, actor Fructuoso Figueroa V., Ponente doctor Jaime Abella Zárate; de 6 de junio de 1990, Expediente 2589, actora Nury Cuesta Angel, ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano; de 3 de abril de 1987, Expediente 410, actor Gerardo Zuluaga Duque, ponente doctor Carmelo Martínez Conn; del 18 de septiembre de 1992, Expediente 3665, actor Eduardo Gómez Delgado, ponente doctor Carmelo Martínez Conn, etc.), no es cosa distinta que el reconocimiento que hace el propio legislador, derivado de la vida real de los negocios,

del principio económico de que no puede existir en la actividad comercial ingreso que no apareje la realización de costos. Generalmente toda venta de un bien o mercancía, necesariamente lleva implícito, por lo menos, el costo de su adquisición o el de su producción.

Tasar el impuesto de renta sobre el ingreso bruto originado en venta de bienes, sin depurar la base gravable cuando a ello hay lugar según la ley, resulta contrario a la filosofía de este gravamen que se apoya en el concepto de ganancia, que por lógica no se obtiene sino descontadas las expensas necesarias para obtenerla. Salvo los eventos previstos por la ley el funcionario debe evitar en lo posible aplicar el gravamen sobre los ingresos brutos a la cual suele llegarse por defectos formales de información o prueba que dificultan o impiden establecer la verdadera capacidad económica del contribuyente.

Desde el punto de vista probatorio del proceso, si bien es cierta la afirmación de la apoderada de la Nación en el sentido de que el artículo 781 del Estatuto Tributario, prevé el desconocimiento de los costos, deducciones y pasivos, cuando el contribuyente, estando obligado no presente sus libros, comprobantes y demás documentos cuando la Administración lo exija, tal hecho, hay que ubicarlo en el campo del debate probatorio y no como norma de carácter sustancial. El citado artículo sólo le atribuye valor de indicio en contra del contribuyente cuando dispone que "la no presentación de los libros de contabilidad será indicio en contra del contribuyente...", pero esta norma que es de carácter general para todas las controversias tributarias, no significa que la desestimación de los costos sea inexorable puesto que deja a salvo la posibilidad de establecerlos por otros medios cuando dispone que ...: "salvo que el contribuyente los acredite plenamente", lo que confirma que la norma es de índole probatoria y por ello está ubicado en el Capítulo II del Título - Régimen Probatorio.

Y aunque el modo usual de acreditar plenamente un costo es mediante los distintos medios de prueba reconocidos, la Sala estima que es también procedente la aplicación de los costos estimados o presuntos de que trata el artículo 82 del Estatuto Tributario si se reúnen las hipótesis previstas en la misma disposición.

Según lo prevé el artículo 82 del Estatuto Tributario (antes artículos 31 del Decreto 2053 de 1974 y 140 del Decreto 2503 de 1987), en principio, las hipótesis o presupuestos previstos consisten en la existencia de un indicio de que el costo informado por el contribuyente no sea real o que no se conozca el costo real, ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como los libros de contabilidad, eventos en los cuales la ley estima que el costo es del 75% del precio de la enajenación.

No obstante, si existen otras pruebas (datos estadísticos, estudios económicos, etc.) que indiquen que el costo es menor, la Administración puede argüirlos y aplicarlos en la determinación impositiva, sin perjuicio de la actividad probatoria que puede desarrollar el contribuyente para demostrar que el costo incurrido es superior.

3.- El caso que se debate

En el *sub-lite* tales presupuestos se hallan establecidos y probados no sólo porque es la misma ley la que establece que la no presentación de los libros **es indicio en contra del contribuyente**, (artículo 781 del Estatuto Tributario), sino que está demostrado que el contribuyente no podía probar con su contabilidad los costos pedidos, por la sencilla razón de no tener la contabilidad registrada como se lo exigían el Código de Comercio y el Estatuto Tributario en sus artículos 772 a 777. La inexistencia de la contabilidad se infiere no sólo del informe de libros de contabilidad hecho por el funcionario administrativo en desarrollo del auto comisorio que se ratificó en el acto de liquidación (folio 16 cuaderno principal), sino especialmente, por la certificación de julio 6 de 1989 de la Cámara de Comercio, a que alude el apoderado de la Nación al contestar la demanda, donde se indica que a tal fecha: "no hay constancia de libros registrados a nombre de Julio César Posada Gómez".

En consecuencia, desconocidos los costos declarados, pero siendo evidentemente necesarios en la actividad informada de venta de oro al Banco de la República en una conocida zona minera, dentro del espíritu de justicia de que trata el artículo 683 del Estatuto Tributario, pudo la Administración cuantificarlos, como antes se anotó, con base en datos estadísticos, o en su defecto aplicando el porcentaje del 75% al ingreso por enajenación de activos.

Comparte así la Sala el concepto del agente del Ministerio Público, reiterativo de la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que el rechazo de los "costos declarados" no impide la aplicación del artículo 82 del Estatuto Tributario, y que por el contrario, lo justifica, pero conserva la sanción por inexactitud reduciéndola proporcionalmente a lo aceptado porque así lo prevee el mismo artículo 82, aunque extraña a la Sala que no se hubiera liquidado desde un principio sanción por libros que también la contempla la norma al estatuir el reconocimiento excepcional de un costo presunto, "... sin perjuicio de las sanciones que se impongan por la inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad".

Procede en consecuencia elaborar una nueva liquidación que sustituye la impugnada, en términos parcialmente respaldados por el Agente del Ministerio Público y en atención a que la pretensión de confirmar la liquidación privada no es aceptable por las razones expuestas en las dos instancias.

En consecuencia se practica una nueva liquidación así:

CONCEPTO	**BASE**	**IMPUESTO**
Patrimonio		
El gravado no varía	$ 3.200.000	$ 15.225
Renta		
Ingresos declarados	$349.292.583	
menos Costos y deducciones del 75%	$261.969.437	
Renta Líquida	$ 87.323.145	

(Tarifa Dcto. 2540/87)	$25.747.343
Sanción por corrección la determinada no varía	$ 13.000
Sanció por inexactitud 160% s/ 24.081.781	$ 38.530.748
TOTAL A CARGO	$ 64.018.091

Valor sobre el cual la Administración de Impuestos aplicará las retenciones en la fuente a que haya lugar.

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 la liquidación de Revisión No. 0046 (formulario No. 90307.005.830) practicada el 22 de octubre de 1990 y la resolución 00023 proferida el 31 de enero de 1992 por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante las cuales se determinó oficialmente el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1988 al señor Julio César Posada Gómez.

3) En su lugar **FIJASE** en la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES DIECIOCHO MIL NOVENTA Y UN PESOS M/CTE. ($64.018. 091) el valor total del impuesto de renta complementarios y sanciones por el año gravable de 1988 a cargo del señor Julio César Posada Gómez C.C. 15.321.366.

4) RECONOCESE personería a la doctora Elizabeth Whittingham García, conforme al poder que obra a folio 134 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 -ausente-; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DESCONTABLE-Oportunidad/**IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS**-Causación/ **DECLARACION DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Tuvo razón el Tribunal en su decisión de mantener el rechazo de los impuestos descontables por cuanto éstos no se ajustaron a los requisitos previstos en el artículo 30 del Decreto 3541 de 1983, específicamente por cuanto los mismos fueron contabilizados en un período posterior a su solicitud, con inobservancia de lo dispuesto en dicha norma (hoy art. 496 E. T.), que prevé la oportunidad en que deben contabilizarse y solicitarse los impuestos descontables, conforme al cual el registro contable debe efectuarse en el bimestre de la causación o en uno de los dos bimestres siguientes y la oportunidad para solicitarlos es en la declaración del bimestre correspondiente a la contabilización. En este caso la administración estableció que la actora incumplió con el requisito de oportunidad en la contabilización de los descuentos y por ende era improcedente su reconocimiento, así se hubiese demostrado que aquellos fueron ciertos como lo estableció la misma Administración de Impuestos.

SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia/**IMPUESTO DESCONTABLE**-Oportunidad/**IMPUESTO DESCONTABLE**/Contabilización/**DECLARACION DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS**

Si bien el tratamiento contable dado a los impuestos no se ciñó estrictamente a la previsión de la ley, por cuanto el traslado a la cuenta del IVA se efectuaba con posterioridad a la solicitud en la declaración, como lo afirma el Acta no se puede sostener que tal situación implique contra-

riedad con la ley en forma tal que genere sanción por inexactitud, pues lo cierto es que en la declaración no se incluyeron datos falsos, ni que los impuestos descontables fueran inexistentes; todo lo contrario: la realidad de los mismos fue confirmada por la propia Administración, al sostener que "...si bien es cierto que no consta en el plenario que los descuentos no sean verdaderos, discrepe el despacho de la apreciación acomodaticia dada a la norma...". De acuerdo con el artículo 647 del E. T. para imponer la sanción era preciso que el contribuyente hubiera solicitado impuestos descontables inexistentes y que de este hecho se derivara además un menor impuesto o un menor saldo a favor, es decir un perjuicio para el fisco y que dicha circunstancia estuviera probada en el proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5764. Actor: Sociedad Inversiones Uribe Franco y Cia. S. C. Impuesto Ventas Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por la sociedad INVERSIONES URIBE FRANCO Y CIA. S.C. contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas por los períodos 2o. 4o. y 5o. de 1984; 2o. y 5o. de 1985; 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. de 1986; 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o. de 1987 y 1o. y 2o. de 1988, e impusieron sanción por inexactitud a la sociedad actora.

ANTECEDENTES

Previa visita y requerimiento especial, la Administración de Impuestos de Medellín practicó el 6 de agosto de 1990, las siguientes liquidaciones oficiales, mediante las cuales fueron rechazados los impuestos descontables solicitados por la sociedad en sus declaraciones de ventas y se impuso sanción por inexactitud:

No.	PERIODO
0014	abril-mayo-junio-84
0022	julio-agosto-84
0016	septiembre-octubre-84
0015	marzo-abril-85
0030	septiembre-octubre-85
0017	enero-febrero-86
0021	marzo-abril-86

0020	mayo-junio-86
0019	julio-agosto-86
0018	septiembre-octubre-86
0029	enero-febrero-87
0028	marzo-abril-87
0027	mayo-junio-87
0026	julio-agosto-87
0025	septiembre-octubre-87
0023	enero-febrero-88
0024	marzo-abril-88

Dicha actuación fue confirmada a través de las resoluciones que se relacionan a continuación y que desataron los recursos de reconsideración interpuestos:

No.	PERIODO
De mayo 15 de 1991:	
0052	abril-mayo-junio-84
0053	julio-agosto-84
0054	septiembre-octubre-84
0055	marzo-abril-85
0056	septiembre-octubre-85
0057	enero-febrero-86
0058	marzo-abril-86
0059	mayo-junio-86
0070	Julio-agosto-86
0060	septiembre-octubre-86
De mayo 23 de 1991:	
0071	enero-febrero-87
De mayo 15 de 1991:	
0062	marzo-abril-87
De mayo 23 de 1991:	
0072	mayo-junio-87
De mayo 15 de 1991:	
0063	julio-agosto-87
0064	septiembre-octubre-87
0061	enero-febrero-88
De mayo 17 de 1991:	
0065	marzo-abril-88

En la demanda ante la jurisdicción, la sociedad alegó la nulidad de los actos administrativos y solicitó declarar la firmeza de las declaraciones de ventas; subsidiariamente que se le exima de la sanción por inexactitud por no ajustarse a los principios de legalidad y justicia y también subsidiariamente, que se practique nueva liquidación con el reconocimiento de los impuestos descontables en las cuantías y proporciones que se demuestren.

Adujo que los fundamentos aducidos por la Administración para imponer la sanción por inexactitud corresponden a apreciaciones no señaladas por el artículo 647 del Estatuto Tributario como constitutivas de inexactitud sancionable. Explicó que resulta arbitrariao concluir que el no cumplimiento de la forma de contabilización prevista en el artículo 496 Ib., constituya un factor de calificación de un dato como "falso, equivocado, incompleto o desfigurado", que amerite imponer la respectiva sanción".

Agregó, que la omisión de la explicación sumaria para imponer la sanción por inexactitud es violatoria de los artículos 730 en concordancia con el 712 del Estatuto Tributario.

Sostuvo que la Administración violó los artículos 746 y 742 del E. T. por cuanto no fue desvirtuada la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias y porque la imposición de las sanciones debe fundarse en los hechos que aparezcan demostrados y que en el expediente no existe un solo hecho que permita definir la conducta antijurídica tributaria, al efecto se apoyó en jurisprudencia de esta Corporación, de fecha 13 de marzo de 1989.

Argumentó que los funcionarios ampararon su actuación administrativa en el artículo 30 del Decreto 3541 de 1983; pero hicieron caso omiso de que el artículo prevé dos situaciones para la solicitud de los impuestos descontables los cuales a su juicio, pueden pedirse en el bimestre de la causación o en uno de los períodos bimestrales siguientes. Que conforme al artículo 429 Ib. éste no hace referencia a la contabilización para que se presente el fenómeno de la causación. Y que no es procedente el rechazo de los impuestos descontables ya que ellos se solicitaron en el bimestre en el cual se causaron y no sería dable hacerlo al momento de la contabilización, puesto que se estarían solicitando dos veces.

Finalmente, consideró violado el artículo 772 del E. T. por cuanto al practicarse la visita contable la Administración constató que los libros de contabilidad se llevan en debida forma y cumplen todos los requisitos legales por lo que estimó, que atendiendo a los principios de valoración probatoria y espíritu de justicia, la Administración debió concluir que los impuestos descontables eran verídicos y existentes y por lo tanto no se podía imponer sanción por inexactitud, por haberse constatado la existencia de dichos impuestos descontables.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia impugnada el Tribunal Administrativo de Antioquia consideró que la actuación administrativa en cuanto rechazó los impuestos descontables se ajustó a derecho, porque conforme al artículo 496 del E. T. uno es el requisito de la contabilización, que debe hacerse en la fecha de causación o en los dos períodos bimestrales siguientes y el otro, el de la solicitud de los descuentos que debe hacerse en el período en el cual se haga efectiva la contabilización. Que como los descuentos solicitados por la sociedad no se hallaban contabilizados en el período declarado sino en los dos bimestres subsiguientes, la actora perdió el derecho a los respectivos descuentos.

En relación con la sanción por inexactitud, estimó que según el acta de visita, los impuestos solicitados por la actora no fueron inexistentes, falsos, equivocados, incompletos o desfigurados como exige el artículo 647 del E. T., sino reales; pues los funcionarios pudieron constatar la existencia de los comprobantes que los respaldaban y su contabilización dentro de los dos períodos siguientes. Agregó, que cosa distinta es que la solicitud no se hubiese presentado en la declaración del período de la contabilización, situación que daba lugar al rechazo del descuento por falta de oportunidad; pero que por sí sola no daba lugar a la imposición de sanción por inexactitud.

Sobre este particular transcribió apartes de sentencia de esta Corporación sobre la incidencia del incumplimiento de requisitos en la imposición de sanciones tributarias fechada el 16 de marzo de 1990.

En consecuencia dispuso la anulación de los actos administrativos demandados en cuanto impusieron sanción por inexactitud y denegar las demás pretensiones de la demanda, relativas a la declaración de firmeza de la liquidación privada y al reconocimiento de los impuestos descontables, pero sin entrar a practicar las liquidaciones que surgían de su decisión.

APELACION

El apoderado judicial de la Nación apeló de la sentencia en cuanto dispuso levantar la sanción por inexactitud, porque dado que en el proceso se probó que los descuentos solicitados no se hallaban contabilizados en el bimestre en que se solicitaron sino en el posterior, puede afirmarse que dichos descuentos eran inexistentes para la declaración del período gravable específico. Agregó, que no se trata de que la Administración considere como irreales o ficticios los descuentos frente a la contabilidad de la empresa, pues es claro que se demostró la existencia de los comprobantes que los respaldaban y su contabilización en los períodos siguientes, como lo expresó el Tribunal, sino que al indicar expresamente la ley el período fiscal en que se debe solicitar el descuento en período diferente, convierte los datos así incluídos en inexistentes para el período gravable específico y por tanto generador de inexactitud sancionable.

Al efecto transcribió apartes de jurisprudencia de esta Corporación de junio 15 de 1990 y noviembre 8 de 1991.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Presentó escrito de conclusión el apoderado de la Nación, para reiterar la inconformidad de la demandada con la sentencia del Tribunal, en cuanto levantó la sanción por inexactitud, aspecto sobre el cual expuso similares argumentos a los que fundamentaron la apelación.

Igualmente, manifestó que la sentencia del *a-quo* es incongruente, por cuanto anuló la totalidad de la actuación gubernativa, evidenciándose la inocuidad absoluta del proceso de revisión efectuado.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por la señora Procuradora Séptima Delegada ante la jurisdicción, quien no rindió concepto en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El objeto único de la apelación radica en la insistencia de la Administración en que se mantenga la sanción por inexactitud impuesta en las liquidaciones oficiales y motivada en el rechazo de los impuestos descontables por extemporaneidad en su contabilización, aspecto éste al cual se referirá la Sala solamente para analizar la legalidad de la sanción.

A juicio de la Sala tuvo razón el Tribunal en su decisión de mantener el rechazo de los impuestos descontables por cuanto éstos no se ajustaron a los requisitos previstos en el artículo 30 del Decreto 3541 de 1983, específicamente por cuanto los mismos fueron contabilizados en un período posterior a su solicitud, con inobservancia de lo dispuesto en dicha norma (hoy art. 496 E. T.), que prevé la oportunidad en que deben contabilizarse y solicitarse los impuestos descontables, conforme al cual el registro contable debe efectuarse en el bimestre de la causación o en uno de los dos bimestres siguientes y la oportunidad para solicitarlos es en la declaración del bimestre correspondiente a la contabilización.

En el caso sometido a la consideración de la Sala, la Administración estableció que la actora incumplió con el requisito de oportunidad en la contabilización de los descuentos y por ende era improcedente su reconocimiento, así se hubiese demostrado que aquéllos fueron ciertos como lo estableció la misma Administración de Impuestos.

En efecto, en el acta de inspección llevada a cabo a la contabilidad de la actora se expresó:

> "3. La cuenta corriente del Impuesto sobre las Ventas se lleva de la siguiente forma:

a) Desde abril hasta diciembre de 1984, se lleva como Subcuenta de la cuenta mayor "Cuentas por Cobrar".

b) A partir de diciembre de 1984 se lleva la cuenta mayor "Cuentas por Cobrar IVA (Cód. 1-12)".

c) A partir de julio de 1985 se creó la cuenta mayor "Impuesto de Ventas por Pagar (Cód. 2-12)".

d) Los Impuestos Descontables por compras y gastos son contabilizados inicialmente como mayor valor del costo o gasto y en el momento de presentar la declaración de ventas es trasladada a las cuentas 1-12 ó 2-12 indistintamente, configurándose así una contabilización extemporánea de los Impuestos descontables.

4. El ajuste a cero de la cuenta corriente del Impuesto de Ventas por Pagar fue registrado mediante comprobante No. 09-06A de junio de 1988.

5. La última solicitud de devolución y/o compensación objeto de esta visita fue presentada por la sociedad radicada bajo el No. 82 de septiembre 14 de 1988...".

No obstante dentro de los cuadros analíticos de la misma acta, se hallan reiteradas observaciones referidas a cada uno de los bimestres glosados, en el siguiente sentido:

"Se rechaza la suma de $24.651 solicitados por la sociedad como Impuestos Descontables por no cumplir con lo establecido por el artículo 30 del Decreto 3541 de 1983, pues este valor fue llevado a la cuenta corriente del Impuesto de Ventas en septiembre de 1984 mediante comprobante No. 11-09 y solicitados en la declaración de ventas de un período anterior al de su contabilización así:

Período en el cual se solicitó: trimestre abril-mayo-junio (2o.) de 1984.

Período en el cual se contabilizó: bimestre septiembre-octubre (5o.) de 1984".

De donde observa la Sala que si bien el tratamiento contable dado a los impuestos no se ciñó estrictamente a la previsión de la ley, por cuanto el traslado a la cuenta del IVA se efectuaba con posterioridad a la solicitud en la declaración, como lo afirma el Acta en el último párrafo transcrito, no se puede sostener que tal situación implique contrariedad con la ley en forma tal que genere sanción por inexactitud, pues lo cierto es que en la declaración no se incluyeron datos falsos, ni que los impuestos descontables fueran inexistentes; todo lo contrario: la realidad de los mismos fue confirmada por la propia Administración, al sostener que "... si bien es cierto que no consta en el plenario que los descuentos no sean verdaderos, discrepa el despacho de la apreciación acomodaticia dada a la norma..." (res. 0053/91).

En el *sub-lite,* se evidencia que la situación que se analiza surgió por la confusión de la sociedad actora entre el momento de causación del derecho al descuento con la oportunidad para solicitarlo, al señalar conforme al art. 429 del E.T. el momento de la causación, como época para su solicitud, lo cual como se ha precisado en otras oportunidades es diferente, pues la causación del descuento da lugar a la contabilización y ésta a su vez genera el derecho a la solicitud en la correspondiente declaración.

Conforme al artículo 647 del E. T.:

> "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 en general, la utilización en las declaraciones tributarias... de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se deriven un... mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable...".

Entonces, de acuerdo con la norma, para imponer la sanción era preciso que el contribuyente hubiera solicitado impuestos descontables inexistentes y que de este hecho se derivara además un menor impuesto o un menor saldo a favor, es decir un perjuicio para el fisco y que dicha circunstancia estuviera probada en el proceso.

Como se ha advertido a lo largo de esta providencia, no se evidencia que los impuestos solicitados fueren inexistentes, falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, sino que todo obedeció a la errónea interpretación del sentido de la disposición, como lo reconoció expresamente la Administración, así:

> "Así las cosas, el procedimiento seguido por la sociedad contribuyente fue errado ya que obedeció a una interpretación equivocada de la norma, pues a pesar de haber contabilizado los impuestos descontables de los períodos anteriormente relacionados en uno de los dos períodos siguientes, **su solicitud la hizo no concordante con el período en que fueron contabilizados**, sino relativa al período en que fueron causados, no cumpliendo lo dispuesto en el referido artículo". (fl. 521 C. P.).

Por las anteriores consideraciones estima la Sala que le asistió la razón al Tribunal al levantar la sanción por inexactitud.

De otra parte, se observa que tal y como lo advirtió el apoderado de la Nación, el Tribunal no dio aplicación al artículo 170 del C. C. A. que lo autoriza para practicar liquidaciones de impuestos en sustitución de las que anula, pues si bien estimó que debía mantenerse el rechazo de los impuestos descontables y levantarse la sanción por inexactitud, lo cierto es que anuló la totalidad de la actuación gubernativa, sin reemplazar los actos administrativos que se modificaban practicando las correspondientes liquidaciones, situación que es criticable por la ostensible incongruencia entre

la parte motiva y la resolutiva, que pone en evidencia una falta de cuidado y observancia del citado artículo 170 del C. C. A.

En consecuencia, la Sala practicará las nuevas liquidaciones por cada uno de los bimestres materia de *litis*, en la siguiente forma:

2o. TRIMESTRE ABRIL-MAYO-JUNIO DE 1984

Ingresos del período	$ 25'887.431
Ingresos por operaciones exentas	$ 25'887.431
Impuesto a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por inexactitud	-o-
Total a pagar	-o-
Saldo a favor	-o-

4o. BIMESTRE JULIO-AGOSTO DE 1984

Ingresos del período	$ 13'693.856
Ingresos por operaciones exentas	$ 13'693.856
Impuesto a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por extemporaneidad	$ 3.072
Sanción por inexactitud	-o-
Total sanciones	$ 3.072
Total a pagar	$ 3.072

5o. BIMESTRE SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 1984

Ingresos del período	$ 9.656.077
Ingresos por operaciones exentas	$ 9.656.077
Impuesto a cargo	-o-
Sanción por inexactitud	-o-
Total a pagar	-o-
Saldo a favor	-o-

2o. BIMESTRE MARZO-ABRIL DE 1985

Ingresos del período	$ 14'473.110
Ingresos por operaciones exentas	$ 14'473.110

Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	12.083
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	12.083
Total a pagar	$	12.083

5o. BIMESTRE SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 1985

Ingresos del período	$	17'276.539
Ingresos por operaciones exentas	$	17'276.539
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	13.128
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	13.128
Total a pagar	$	13.128

lo. BIMESTRE ENERO-FEBRERO DE 1986

Ingresos del período	$	19'481.938
Ingresos por operaciones exentas	$	19'481.938
Impuestos a cargo		
o-		
Impuestos descontables		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	33.044
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	33.044
Total a pagar	$	33.044

2o. BIMESTRE MARZO-ABRIL DE 1986

Ingresos del período	$	24'189.524
Ingresos por operaciones exentas	$	24'189.524
Impuestos a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-

Sanción por extemporaneidad	$	2.149
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	2.149
Total a pagar	$	2.149

3o. BIMESTRE MAYO-JUNIO DE 1986

Ingresos del período	$	28'480.367
Ingresos por operaciones exentas	$	28'480.367
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables.		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	10.327
Sanción por inexactitud		-o-
Total Sanciones	$	10.327
Total a pagar	$	10.327

4o. BIMESTRE JULIO-AGOSTO DE 1986

Ingresos del período	$	23'181.115
Ingresos por operaciones exentas	$	23'181.115
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por inexactitud		-o-
Total a pagar		-o-
Saldo a favor		-o-

5o. BIMESTRE SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 1986

Ingresos del período	$	23'163.315
Ingresos por operaciones exentas	$	23'163.315
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por inexactitud		-o-
Total a pagar		-o-
Saldo a favor		-o-

1o. BIMESTRE ENERO-FEBRERO DE 1987

Ingresos del período	$ 31'266.684
Ingresos por operaciones exentas	$ 31'266.684
Impuestos a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por extemporaneidad	$ 27.696
Sanción por inexactitud	-o-
Total sanciones	$ 27.696
Total a pagar	$ 27.696

2o. BIMESTRE MARZO-ABRIL DE 1987

Ingresos del período	$ 35'495.684
Ingresos por operaciones exentas	$ 35'495.684
Impuestos a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por extemporaneidad	-o-
Sanción por inexactitud	-o-
Total a pagar	-o-
Saldo a favor	-o-

3o. BIMESTRE MAYO-JUNIO DE 1987

Ingresos del período	$ 25'832.178
Ingresos por operaciones exentas	$ 25'832.178
Impuestos a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por extemporaneidad	$ 11.835
Sanción por inexactitud.	-o-
Total sanciones	$ 11.835
Total a pagar	$ 11.835

4o. BIMESTRE JULIO-AGOSTO DE 1987

Ingresos del período	$ 17'119.940
Ingresos por operaciones exentas	$ 17'119.940
Impuesto a cargo	-o-
Impuestos descontables	-o-
Sanción por extemporaneidad	$ 8.709
Sanción inexactitud	-o-

Total sanciones	$	8.709
Total a pagar	$	8.709

5o. BIMESTRE SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 1987

Ingresos del período	$	20'817.999
Ingresos por operaciones exentas	$	20'817.999
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	7.971
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	7.971
Total a pagar	$	7.971

1o. BIMESTRE ENERO-FEBRERO DE 1988

Ingresos del período	$	20'248.360
Ingresos por operaciones exentas	$	20'248.360
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción por extemporaneidad	$	348.166
Sanción por inexactitud.		-o-
Total sanciones	$	348.166
Total a pagar	$	348.166

2o. BIMESTRE MARZO-ABRIL DE 1988

Ingresos del período	$	18'017.646
Ingresos por operaciones exentas	$	18'017.646
Impuesto a cargo		-o-
Impuestos descontables		-o-
Sanción extemporaneidad	$	200.979
Sanción por inexactitud		-o-
Total sanciones	$	200.979
Total a pagar	$	200.979

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 apelada.

2o. En su lugar, MODIFICANSE los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas a cargo de la SOCIEDAD INVERSIONES URIBE FRANCO Y CIA. S. C. conforme a las liquidaciones oficiales, resoluciones y períodos gravables que se relacionan a continuación, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, así:

PERIODO	LIQUIDACION No. del 6 de agosto/90	RESOLUCION No.	
2o./84	0014	0052	mayo 15/91
4o./84	0022	0053	mayo 15/91
5o./84	0016	0054	mayo 15/91
2o./85	0015	0055	mayo 15/91
5o./85	0030	0056	mayo 15/91
1o./86	0017	0057	mayo 15/91
2o./86	0021	0058	mayo 15/91
3o./86	0020	0059	mayo 15/91
4o./86	0019	0070	mayo 15/91
5o./86	0018	0060	mayo 15/91
1o./87	0029	0071	mayo 23/91
2o./87	0028	0062	mayo 15/91
3o./87	0027	0072	mayo 23/91
4o./87	0026	0063	mayo 15/91
5o./87	0025	0064	mayo 15/91
1o./88	0023	0061	mayo 15/91
2o./88	0024	0065	mayo 17/91

proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, conforme a la parte motiva de esta providencia.

3o. FIJASE el valor del impuesto sobre las ventas correspondiente a la SOCIEDAD INVERSIONES URIBE FRANCO Y CIA. S. C., NIT: 890.909.156 por los períodos fiscales que se indican a continuación así: 2o. trimestre de 1984 saldo a favor $ -o- (cero pesos); 4o. bimestre de 1984 total a pagar $3.072 (tres mil setenta y dos pesos m/cte.); 5o. bimestre de 1984 saldo a favor $-o- (cero pesos); 2o. bimestre de 1985 total a pagar $12.083 (doce mil ochenta y tres pesos m/cte.); 5o. bimestre de 1985 total a pagar $13.128 (trece mil ciento veintiocho pesos m/cte.); 1o. bimestre de 1986 total a pagar $33.044 (treinta y tres mil cuarenta y cuatro pesos m/cte.); 2o. bimestre de 1986 total a pagar $2.149 (dos ciento cuarenta y nueve pesos m/cte.); 3o. biemestre de 1986 total a pagar $10.327 (diez mil trescientos veintisiete pesos m/cte.); 4o. bimestre de 1986 saldo a favor $-o- (cero pesos); 5o. bimestre de 1986 saldo a favor $-o- (cero pesos); 1o. bimestre de 1987 total a pagar $27.696 (veintisiete mil seiscientos noventa y seis pesos m/cte.); 2o. bimestre de 1987 saldo a favor $-o- (cero pesos); 3o. bimestre de 1987 total a pagar $11.835 (once mil ochocientos treinta y cinco pesos m/cte.); 4o. bimestre de 1987 total a pagar $8.709 (ocho mil setecientos nueve pesos

m/cte.); 5o. bimestre de 1987 total a pagar $7.971 (siete mil novecientos setenta y un pesos m/cte.); 1o. bimestre de 1988 total a pagar $348.166 (trescientos cuarenta y ocho mil ciento sesenta y seis pesos m/cte.) y 2o. bimestre de 1988 total a pagar $200.979 (doscientos mil novecientos setenta y nueve pesos m/cte.)

Se reconoce al Doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS como apoderado de la 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 -ausente-; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DEMANDA-Requisitos/**PRINCIPIO DE LEALTAD ENTRE LAS PARTES/ RECURSO DE APELACION**-Contenido/**CONTRIBUCION DE VALORIZACIÓN**

Teniendo en cuenta que en el *sub-lite* el actor, así como él mismo lo reconoció, sustentó el recurso de apelación con fundamento en una norma y un concepto de violación no expuestos en la demanda, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que la competencia del fallador está delimitada por los hechos, omisiones y fundamentos de derecho planteados por la parte demandante en la "demanda", sin que el recurso de apelación constituya una oportunidad adicional para que la parte señale "otras normas como vulneradas" y exponga "otro concepto de violación", desconociendo así no sólo el artículo 137 del C. C. A., sino el principio de lealtad entre las partes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5714. Apelación sentencia de 7 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actos Municipales. Actor: José Cipriano León Castañeda. Fallo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA, el actor, contra la sentencia de 7 de junio de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y suspensión povisional de los artículos, 4o. parágrafos 1o, 2o y 3o, y 5o. del Acuerdo 16 de 1990, 1o. numeral 3o y 2o del Acuerdo 14 de 1992, expedidos por el Concejo de Bogotá, y los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto 656 de 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor, en ejercicio de la acción de nulidad demandó los artículos 4o. parágrafos 1o, 2o y 3o, y 5o. del Acuerdo 16 de 1990 del Concejo de Bogotá "Por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrollo el concepto de valorización por Beneficio General en el Distrito Especial de Bogotá" (folio 17); 1o. numeral 3o y 2o del Acuerdo 14 de 1992 del Concejo de Bogotá "por el cual se determina la financiación y contratación para el Plan de Obras Viales 1993-1994, se modifica parcialmente el Acuerdo 16 de 1990 y se dictan otras disposiciones"(folio 21), y los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto 656 de 1992 del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá "por el cual se establecen los porcentajes de absorción del monto distribuible de la valorización por beneficio general y se dictan otras disposiciones"(folio 26).

Solicitó también la suspensión provisional de las normas anteriores citadas, por considerar que vulneraban la Ley 44 de 1990, el Decreto 2388 de 1991 y, los artículos 313 numerales 3o y 4o, 317, 322 y 338 de la Constitución Política. El Tribunal negó la solicitud de suspensión provisional y en la segunda instancia fue confirmada tal decisión.

LA DEMANDA

Del confuso y desordenado memorial surge que el actor consideró vulneradas las normas contenidas en la Ley 44 de 1990, el Decreto 2388 de 1991 y en los artículos 313, 317, 322 y 338 de la Constitución Política.

LA OPOSICION

Los apoderados del Distrito Capital y del Instituto de Desarrollo Urbano IDU (parte impugnadora en la presente acción) contestaron oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor.

El apoderado del Distrito Capital propuso la excepción de "inepta demanda", argumentando que la misma carecía de la expresión de los argumentos de derecho que soportan las pretensiones.

En cuanto al fondo del asunto manifestó, refutando las apreciaciones del actor, que:

- De acuerdo con lo establecido en la Ley 44 de 1990 y en el Decreto 1604 de 1966, en la contribución de valorización por beneficio general no se utiliza la misma base gravable del impuesto predial unificado (el avalúo catastral o el auto avalúo), sino que se toma el costo de la obra.

- La contribución de valorización no recae sobre la universalidad de predios ya que, afecta el conjunto integrado por los precios urbanos, excluyendo los rurales y los

declarados exentos, de conformidad con lo previsto en el artículo 2o. del Acuerdo 14 de 1992.

- Con apoyo en lo establecido en los artículos 317 de la Constitución Política y 109 de la Ley 9a. de 1989, afirmó que la contribución de valorización y el impuesto predial unificado constituyen dos gravámenes autónomos.

- En relación con la legalidad de las facultades otorgadas al Alcalde para expedir el Decreto 656 de 1992, señaló que en la Constitución Política no existe limitación a la potestad del Concejo para otorgar autorizaciones sobre los aspectos regulados por tal decreto.

- Las normas acusadas no infringieron el artículo 338 de la Constitución ya que, la determinación de los porcentajes de absorción no implica fijar el sistema o método para establecer los costos y beneficios, ni la forma de hacer su reparto. Al respecto señaló que, el Alcalde Distrital, mediante Decreto con fuerza de Acuerdo se limitó a desarrollar un aspecto de carácter técnico instrumental, estableciendo el porcentaje de absorción del costo distribuible (preestablecido por el Concejo), de acuerdo con las categorías de predios (también preestablecidas por el Concejo).

La apoderada del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) manifestó que el cobro de la valorización por beneficio general no se ha efectuado con base en el avalúo catastral, sino con fundamento en los factores estrato, grado de beneficio y uso y por lo tanto, no se ha vulnerado la norma superior contenida en la Ley 44 de 1990.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Con la expedición de los actos acusados no se vulneró el artículo 317 de la Constitución, el cual permite que se cobre la contribución de valorización, ni los artículos 313 y 338 ib., porque la autorización para aplicarla existía con anterioridad y lo único nuevo, se concretó en la reglamentación efectuada por el Distrito Capital para hacerla efectiva.

Respecto de la base gravable, explicó que en el caso del impuesto predial, está conformada por el avalúo catastral y, en la contribución de valorización por beneficio general está constituída por el costo de las obras, entendiéndose por costos todas las inversiones que la obra requiera y tomándose los estratos y las estructuras económicas para distribuir el costo del plan de obras, de conformidad con lo establecido en el Decreto 868 de 1956 y las normas posteriores que lo han modificado, sin que por ello resulten vulnerados el Acuerdo 14 de 1992 ni el Decreto 656 del mismo año, expedidos por el Concejo de Santafé de Bogotá y por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, respectivamente.

Con fundamento en lo anterior concluyó señalando que las actuaciones del Distrito Especial se ajustaron a derecho, toda vez que, el hecho de haber tomado como parámetros para distribuir el costo de las obras, los estratos y algunos elementos utilizados para cobrar el impuesto predial, no implica que se haya tomado la misma base gravable ni que se esté cobrando dos veces el mismo impuesto.

LA APELACION

El actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó así:

"Una de las partes fundamentales que considera el Honorable Tribunal para resolver en sentencia (pg. 10) es la siguiente:

"En la valorización por beneficio general se tiene como base gravable el costo de las obras, el cual se distribuye dentro de los límites de beneficio que de ella produzca a los inmuebles que han de ser gravados.

"En el Acuerdo 16 de 1990 en su art. 5 dice LIQUIDACION; en la contribución de Valorización que por beneficio general de corresponder a cada predio, se tendrá en cuenta los siguientes criterios para la determinación del valor a liquidar.

"Para los predios residenciales, comerciales, industriales, institucionales lotes predios suburbanos, define que su liquidación, es el método distribuible para **determinar el gravamen de cada uno de los predios de los anteriores usos o que considere entre otros, los siguientes aspectos AREA DEL PREDIO, FACTOR DE BENEFICIO GENERAL, FACTOR DE ESTRATIFICACION SOCIOECONOMICA PARA INTERPRETAR LA CAPACIDAD DE PAGO POR ESTRATO.**

"Como observamos la base gravable está definida bajo el método de distribución y no bajo el método del **costo de las obras aquí aparece una nueva figura que contradice lo planteado en el art. 5 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 en cuanto a los criterios de liquidación de valorización por beneficio general.**

"NUEVA VIOLACION A LA LEY EL ACUERDO 16 DE 1990 ART. 5 Y SUS NUMERALES DEL 1 AL 6.
Al omitir, el referido artículo y numerales enunciados, el criterio de que la liquidación de valorización debe hacer por **EL COSTO DE LAS OBRAS estaría violando el art. 236 del Decreto Ley 1333 del 25 de abril de 1986 del Código de Régimen Político Municipal** vigente para el Distrito Capital.
"Según el art. 236 del Decreto Ley 1333 de 1986 dice:
Para liquidar la contribución de valorización se tendrá como base impositiva EL COSTO DE LA RESPECTIVA OBRA...

"En esta norma es la que se contradice los numerales 1, 2, 3, 4, 5, del art. 5 del Acuerdo 16 de 1990 ya descritos anteriormente.

"Por tal razón, con esta nueva argumentación jurídica y reforzando lo que dice el Tribunal, que la base gravable debe ser el costo de las obras, para la contribución de beneficio general, entonces la liquidación se debe hacer con el costo de éstas y no bajo el método de distribución.

"De acuerdo a esta argumentación jurídica está llamada a prosperar la nulidad definitiva de los actos acusados.

..."

ALEGATOS DE CONCLUSION

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia apelada, alegando que la naturaleza del recurso de apelación exige que se exprese la inconformidad con la decisión adoptada en primera instancia y que, como en el caso que se estudia se tomó un argumento de la sentencia para expresar otro concepto de violación, señalando como disposición vulnerada una totalmente diferente a las indicadas en la demanda, se presentó una inadecuada sustentación del recurso de apelación e inoportuna modificación de la demanda, haciendo inane cualquier pronunciamiento respecto de una sentencia que no fue cuestionada.

Dentro de esta oportunidad procesal no hubo pronunciamiento de la parte actora ni de la parte demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El apelante, con fundamento en argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia denegatoria de las pretensiones de su demanda, concretó la sustentación del recurso afirmando que se presentaba una "nueva violación a la ley", refiriéndose al artículo 236 del Decreto Ley 1333 de 1986, porque en el artículo 5o. numerales 1o. al 6o. del Acuerdo 16 de 1990 se omitió el criterio consistente en que la liquidación de la contribución de valorización se debe realizar teniendo en cuenta el costo de las obras.

Al respecto, la Sala reitera su criterio en el sentido de que, siendo rogada la jurisdicción contenciosa, la competencia objetiva para lo que se debe dirimir está delimitada por los postulados de la demanda, respecto de los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción y de la precisa indicación de **los preceptos que se consideran quebrantados y el concepto de violación.**

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que en el *sub-lite* el actor, así como él mismo lo reconoció, sustentó el recurso de apelación con fundamento en **una norma y un concepto de violación no expuestos en la demanda,** la Sala en un todo de

acuerdo con los planteamientos de la Señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación, procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que, como ya se dijo, la competencia del fallador está delimitada por los hechos, omisiones y fundamentos de derecho planteados por la parte demandante en la "demanda", sin que el recurso de apelación constituya una oportunidad adicional para que la parte actora señale "otras normas como vulneradas" y exponga "otro concepto de violación", desconociendo así no sólo el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, sino el principio de lealtad entre las partes.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por el actor.

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, 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.

RENTA EXENTA POR ACTIVIDAD EN EL NEVADO DEL RUIZ/ACTIVIDADES EXENTAS DEL NEVADO DEL RUIZ/IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo 122 de la Carta de 1986, mediante el Decreto 3830 de 1985, creó beneficios fiscales en las zonas afectadas con la erupción del Nevado del Ruiz y con el propósito de reactivar algunos sectores de la economía estableció entre otros, una exención porcentual del impuesto sobre la renta y complementarios para las rentas provenientes de nuevas empresas agrícolas o ganaderas o de nuevos establecimientos industriales, comerciales o mineros ubicados en las áreas calificadas como afectadas. Posteriormente, mediante la Ley 44 de 1987, se ampliaron los plazos para gozar de la exención y se dispuso la inclusión de nuevos municipios. El Decreto 3830 y la Ley 44 de 1987 fueron reglamentados por el Decreto 1889 de 1988. La Sala al decidir la legalidad del artículo 6o. del Decreto 1889 de 1988, precisó en sentencia del 19 de abril de 1991, Exp. 2367 y del 13 de marzo de 1992, Exp. 2733, que los ingresos provenientes de las actividades industriales, comerciales, agrícolas, ganaderas o mineras, eran los originados en la compra venta de bienes susceptibles de ser entregados materialmente, condición para acceder al beneficio de la exención, por lo que los servicios al no ser susceptibles de entrega material, sino de prestación, deberían entenderse excluídos del beneficio fiscal.

ACTIVIDAD DE DESMOTE DE ALGODON-Naturaleza/**ACTIVIDAD DE SERVICIOS**-Improcedencia/ **ACTIVIDAD INDUSTRIAL/ RENTA EXENTA POR ACTIVIDAD EN EL NEVADO DEL RUIZ**

A pesar de que desde la vía gubernativa la sociedad aportó numerosas pruebas tendientes a demostrar que la actividad de desmote no constituye una actividad del sector económico de los servicios, sino que forma parte del sector industrial de la economía, la Administración se negó a criticar y valorar dichas pruebas, por cuanto la sociedad denunció sus ingresos en renglón reservado a los "servicios, honorarios y comisiones". De manera pues, que siendo este elemento de juicio el único que la Administración tuvo en cuenta, resulta insuficiente, por decir lo menos, la calificación como servicios de los ingresos obtenidos por la sociedad, para apoyar fundamentalmente en tal consideración la negativa a aceptar la exención pedida, y adicionalmente porque la sociedad no accedió a corregir su declaración, aspecto sobre el cual precisa la Sala que la negativa a corregir la declaración tributaria, no puede hacer más gravosa la situación del contribuyente que decide no hacer uso de tal opción. Así mismo se advierte que los elementos de juicio allegados al proceso demuestran fehacientemente que el desmote es una actividad de transformación y que el ingreso percibido provino de las ventas de semilla y de algodón, en la forma como lo acreditan las diferentes pruebas, las cuales no han sido tachadas ni desvirtuadas por la Administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro **(1994).**

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5727. Actor: Sociedad Desmotadora del Norte del Tolima S. A. Desmotolima S.A. Impuesto de Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 16 de junio de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre la renta a cargo de la SOCIEDAD DESMOTADORA DEL NORTE DEL TOLIMA S.A., por el año gravable de 1989.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó su declaración de renta por el año gravable de 1989, el día 26 de abril de 1990. En dicho denuncio reportó ingresos por concepto de desmote

y comercialización de algodón en cuantía de $100'806.000, solicitó costos y deducciones por $64'408.000, renta exenta por $36'398.000; liquidó impuesto a cargo cero y saldo a favor por retenciones en la fuente de $5'041.000.

El 7 de mayo de 1992, la Administración formuló el emplazamiento para corregir No. 0050; por cuanto la exención solicitada no era procedente, debido a que los documentos enviados a la Administración en cumplimiento del artículo 5o. del Decreto 1889 de 1988, sólo fueron recibidos en dichas dependencias el 30 de marzo de 1990. La sociedad respondió que no corregía su declaración por cuanto cumplió los requisitos para gozar de la exención.

El 8 de junio de 1992, la Administración produjo el Requerimiento Especial 0023 en virtud del cual propuso modificar la declaración de la sociedad para desconocer la renta exenta, por cuanto los ingresos de DESMOTOLIMA no corresponden a ventas como lo establece el Decreto 1889 de 1988, artículo 6o., sino a prestación de servicios; también porque los documentos a que se refiere el artículo 5o. del mismo decreto fueron entregados en forma extemporánea y porque la certificación expedida por el Alcalde de Ambalema no da cuenta del establecimiento físico de la empresa en el año de 1989.

Oída la respuesta al requerimiento, la Administración produjo la Liquidación Oficial 91108 del 5 de noviembre de 1992, en la cual no aceptó los argumentos dados por la sociedad por considerar que la actividad comercializadora para obtener la renta se clasifica dentro de la actividad de prestación de servicios, la cual no goza de la exención solicitada, conforme a los artículos 1 y 3 de la Ley 44 de 1987, 1 y 3 del Decreto 1889 de 1988, 224 y 225 del Estatuto Tributario y en consecuencia rechazó la renta exenta, liquidó anticipo e impuso sanción por inexactitud, que totalizó en $28'808.000.

La anterior liquidación oficial fue confirmada mediante resolución 0028 del 18 de marzo de 1993, que desató el recurso de reconsideración interpuesto y agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

Ante la jurisdicción, adujo la sociedad que la errónea calificación que en los actos acusados se da a la actividad de la sociedad como de servicios, siendo claramente industrial, constituye violación de la ley en la modalidad de error de hecho, por cuanto la decisión se fundó en un hecho falso o materialmente inexacto.

Precisó, que DESMOTOLIMA es una sociedad del sector industrial que desarrolla una actividad manufacturera y de comercialización de los productos que transforma y como tal está amparada por los beneficios del artículo 2o. de la Ley 44 de 1987. Que su objeto social es la explotación de plantas, maquinarias y equipos para el desmote de semillas de algodón.

Explicó que la actora recibe de la compañía agropecuaria e industrial PAJONALES, semilla de algodón y la somete al proceso de desmote, y que una vez realizado vende

el algodón de propiedad de la compañía PAJONALES y toma un porcentaje de las ventas como ingreso propio, el cual corresponde a la labor de desmote y comercializacion del producto, transfiriendo a dicha compañía la parte restante.

Agregó, que la Administración apreció que la sociedad desarrollaba una actividad de servicios en atención a que la actora reportó sus ingresos en el renglón 11 código 1-B del formulario de declaración de renta denominado: "servicios, honorarios y comisiones" por cuanto su actividad corresponde a un proceso intermedio de la producción que en términos económicos se acostumbra a denominar "servicios intermedios de la producción"; pero que por su naturaleza es de transformación industrial; pues el producto final no se "presta" como ocurre en los servicios, sino que se "vende" y que la naturaleza de los ingresos no está determinada por el renglón en el que se declaren. Que el código de actividad económica que señaló en el formulario es el 360 que corresponde a"otras industrias manufactureras".

Sostuvo que las pruebas aportadas por la sociedad no fueron valoradas por la Administración, por cuanto según ésta la única forma de desvirtuar tal hecho era mediante la corrección de la declaración de renta de la sociedad y que al no haberse efectuado así, venció el término de que disponía la actora para demostrar que su actividad es de transformación y que por tanto tenía derecho a la exención. Situación que a juicio de la demanda es violatoria del artículo 29 de la Constitución por cuanto la Administración ha infringido las disposiciones que regulan su propio proceso.

Que por la misma razón se violó el artículo 683 sobre espíritu de justicia, pues al negarse la Administración a valorar las pruebas se está exigiendo a la sociedad el pago de un impuesto no previsto en la normatividad para las empresas creadas al amparo de la Ley 44 de 1987.

Explicó que la sociedad no aceptó el emplazamiento para corregir puesto que con la corrección se pretendía que la empresa aceptara que no tiene derecho a la exención prevista en la Ley 44 de 1987; que pagara impuesto de renta sin estar obligada a ello, intereses de mora y sanción por inexactitud reducida. Que la empresa no corrigió puesto que reúne los requisitos para gozar de la exención. Y que no podía la Administración so pretexto de que la sociedad no corrigió su declaración, abstenerse de examinar la realidad de los hechos, puesto que los artículos 707,720 y 744 del Estatuto Tributario consagran las etapas procesales para que el contribuyente desvirtúe los hechos alegados por la Administración y demuestre la veracidad de sus declaraciones.

Así mismo se refirió a las pruebas que aportó en la vía gubernativa para demostrar la actividad industrial que realiza la sociedad, tales como: el certificado de existencia y representación en el cual consta que el objeto social es la explotación de plantas y equipos para el desmote de semillas, concepto técnico del Instituto Colombiano Agropecuario; "Informe Básico sobre el Proceso de Desmote"; Anuario de Estadísticas Industriales del DANE; Clasificación Industrial Internacional Uniforme de las actividades económicas denominada ""CIIU", que clasifican el desmote como industria

manufacturera; oficio emanado del Ministerio de Desarrollo Económico, pruebas que demuestran que el desmote no constituye una actividad económica del sector de SERVICIOS, sino que forma parte del sector INDUSTRIAL de la economía.

Igualmente acompañó los acuerdos expedidos por el Municipio de Ambalema que concedió exenciones de impuestos municipales para las nuevas industrias que se establecieran en el municipio, considerando entre otras a las "desmotadoras" y que a la sociedad actora le fue reconocida la exención mediante resolución 606 de 1991. De donde concluyó que para efectos municipales la actividad de desmote de algodón desarrollada por la sociedad es una tarea eminentemente industrial.

Finalmente, impugnó la liquidación de anticipo para el año gravable de 1990 y la sanción por inexactitud, sobre la cual no se demostró que la actora hubiese incurrido en alguna de las causales que la constituyen y fue aplicada como si fuera consecuencia automática de toda modificación a las declaraciones tributarias.

Invocó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 29 y 228 de la Constitución Política, 35 y 59 del C. C. A., 2° de la Ley 44 de 1987 (art. 224 del E. T.); 647, 683, 720, 742, 754 y 807 del E. T. y 6° del Decreto 1889 de 1988.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y adujo que para que los ingresos de la sociedad actora sean considerados como provenientes de actividades que señala el artículo 2° de la Ley 44 de 1987, deben cumplir con los requisitos de venta y entrega de bienes en la zona amparada por el beneficio de exención, así como de venta de bienes manufacturados o transformados en la mencionada zona sin consideración a su lugar de entrega, en la forma como lo dispuso el artículo 6° del Decreto 1889 de 1988. Al efecto se apoyó en sentencia de esta Corporación de 13 de marzode 1992, según la cual los servicios se hallan excluídos de la exención en cuanto no son susceptibles de entrega material sino de prestación y en atención a que la declaración goza de la presunción de veracidad, lo procedente era determinar el tributo a partir de la forma en que la actora lo declaró.

Señaló que las pruebas aportadas por la sociedad en la vía gubernativa sí fueron analizadas hasta el punto de determinar que la actividad de desmote de algodón es netamente de servicios, por cuanto consiste en la separación de la fibra de la semilla, actividad que es realizada a través del servicio de la desmotadora.

Alegó que la Ley Tributaria permite la corrección de las declaraciones en forma espontánea o provocada y que la sociedad a pesar de haber sido emplazada para corregir desaprovechó dicha oportunidad, situación que impide modificar la declaración para trasladar el renglón 11, Código I B al renglón 10 Código I A, (ventas) para quedar amparada con la exención. Insistió en que como la sociedad no corrigió dentro de la

oportunidad legal, habiendo sido emplazada formalmente para ello, no puede entrar ahora a corregir su declaración.

Reiteró que para obtener el beneficio de la exención era necesario que la sociedad acreditara el cumplimiento de los requisitos, situación que a su juicio no se cumplió y por lo tanto configuró la inexactitud sancionada por el artículo 647 del Estatuto Tributario.

De otra parte, señaló que la empresa también efectúa retenciones en la fuente por el servicio de desmote, las cuales totalizaron $4'061.000 (renglón 44 Código mf), y retenciones por ventas de $980.000 (renglón 47 Código MH), para un total de retenciones de $5'041.000 de donde concluyó que prima la actividad de servicios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, luego de hacer una síntesis de los hechos y las pruebas accedió a las pretensiones de la demanda, en consideración a que en el proceso gubernativo tributario son varias las oportunidades y diversas las maneras para acreditar los hechos que tengan incidencia en la determinación del tributo (arts. 742 y 744 E. T.). Que por esa razón no puede admitirse la actuación de la administración que excluyó cualquier aporte probatorio para desvirtuar lo dicho en la declaración tributaria, bajo la exigencia de que ésta debió corregirse previamente, pues no es obligatorio, sino opcional para el emplazado, corregir la declaración.

Consideró el *a-quo* que a pesar de que la sociedad denunció sus ingresos en el renglón de servicios, honorarios y comisiones, del análisis de las pruebas aportadas se podía inferir que la sociedad no tenía como objeto la prestación de servicios propiamente dichos, sino que su actividad es industrial; que por ella obtuvo ciertos ingresos y que también éstos se originaron en la venta y entrega material de los bienes. Que en consecuencia es una actividad intermedia en el proceso, seguida de la comercialización de los bienes transformados en la zona afectada, como es el Municipio de Ambalema.

En relación con la sanción por inexactitud, estimó el *a-quo* que no hubo una omisión de ingresos, sino una errónea utilización del renglón que correspondía dicho rubro y que de haberse empleado correctamente se habría indicado que los mencionados ingresos eran por concepto de ventas.

APELACION

La apoderada de la Nación, solicitó la revocatoria de la sentencia, por cuanto no es cierto que la Administración haya violado los artículos 742 del Estatuto Tributario, 6° del Decreto 1889 de 1988 y 2° de la Ley 44 de 1987. Adujo que debido a la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias no es posible cambiar los rubros denunciados para aceptar la exención, ya que únicamente se aceptaría contra la confesión que significa la declaración, prueba del error o fuerza sufridas por el confesante y las otras causales establecidas en el artículo 747 del Estatuto Tributario.

Que durante el proceso administrativo y con las pruebas presentadas se estableció que el servicio de desmote, es una obligación de hacer, consiste en la separación de la fibra de la semilla y que así fue declarado.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la demandante solicita la confirmación de la sentencia apelada y luego de hacer un resumen acerca de los argumentos y valoración probatoria efectuadas por el*a-quo*, concluyó que los argumentos de la apelación no los desvirtúan y que las pruebas aportadas no han sido cuestionadas.

Por su parte, el apoderado de la Nación reiteró que partiendo de la presunción contenida en el artículo 746 del E. T., de la declaración de la sociedad actora no se puede presumir algo diferente a la obtención de ingresos por servicios, pues en el renglón 11 se registró como valor obtenido la suma de $100.588.000 por dicho concepto. Que además en el renglón 45, se registró como retención en la fuente por concepto de servicios la suma de $4'061.000.

Agregó que dicha cantidad fue recibida por cuenta y favor de la sociedad Agropecuaria e Industrial PAJONALES S.A., quien con la intermediación de la actora obtuvo los correspondientes ingresos y que a su vez la contribuyente recibió ingresos por su servicio de intermediación en el proceso de comercialización.

En relación con las certificaciones contables allegadas al proceso y emanadas de las sociedades Lloreda Grasas, Americana de Grasas y Aceites y Comestibles S. A., en las cuales se indica que la sociedad efectuó ventas a las citadas sociedades, estimó inexplicable que el Tribunal les hubiese concedido valor proveniente de la Sociedad Agropecuaria e Industrial PAJONALES S.A., y por tanto dichas certificaciones no eran pertinentes para desvirtuar el origen de los ingresos de la sociedad y además las mismas no reúnen los requisitos de la prueba contable.

MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Séptima ante la jurisdicción en su concepto de fondo solicitó la confirmación de la sentencia apelada. Consideró que si bien es cierto que existe la presunción de veracidad de la declaración, no es menos cierto que ésta como toda presunción de orden legal es perfectamente desvirtuable, al igual que la presunción de confesión que conlleva el denuncio rentístico (art. 201 del C. P. C.). Que es perfectamente admisible que el contribuyente, tanto en la actuación gubernativa como en la jurisdiccional, trate y logre demostrar la realidad de sus actividades, pues no puede pretenderse que por un error cometido se desatienda el mandato constitucional que obliga al juez a buscar la verdad real, sobre la formal.

Advirtió que la corrección es un derecho del contribuyente que no puede ser forzado por la Administración, en la forma como ésta pretendió hacerlo.

Previo análisis del acervo probatorio, concluyó manifestando que la Administración no podía reposar su actividad fiscalizadora sólo en la presunción de veracidad que ofrecía la declaración, pasando por alto el hecho de que la sociedad no tuvo dentro del formulario un renglón específico con las características precisas para declarar los ingresos por la actividad industrial desarrollada y que no puede olvidarse que obedecía a una normatividad especial como fue la dictada para la zona del Nevado del Ruiz.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se centra la *litis* en determinar si los ingresos cuya exención tributaria solicitó la sociedad actora, provienen o no del ejercicio de las actividades expresamente beneficiadas por la ley, así como el cumplimiento de los requisitos para gozar de la exención del impuesto sobre la renta para las nuevas empresas establecidas en la Zona del Nevado del Ruiz.

El Gobierno, en ejercicio de las atribuciones que le confirió el artículo 122 de la Carta de 1986, mediante el Decreto 3830 de 1985, creó beneficios fiscales en las zonas afectadas con la erupción del Nevado del Ruiz y con el propósito de reactivar algunos sectores de la economía estableció entre otros, una exención porcentual del impuesto sobre la renta y complementarios para las rentas provenientes de nuevas empresas agrícolas o ganaderas o de nuevos establecimientos industriales, comerciales o mineros ubicados en las áreas calificadas como afectadas.

Posteriormente, mediante la Ley 44 de 1987, se ampliaron los plazos para gozar de la exención y se dispuso la inclusión de nuevos municipios. El Decreto 3830 y la Ley 44 de 1987 fueron reglamentados por el Decreto 1889 de 1988, que en su artículo 3° reiteró el derecho a la exención para los contribuyentes del impuesto sobre la renta que antes del 31 de diciembre de 1988 hubieren reanudado actividades o efectuado inversiones en nuevas empresas agrícolas o ganaderas o en nuevos establecimientos industriales, comerciales o mineros, sobre la renta proveniente de tales establecimientos o empresas por los 6 primeros años de su período productivo y en las siguientes proporciones:

"Para los dos (2) primeros años de período productivo el 100%".

"Para el 3° y 4° año el 50%; y

"Para el 5° y 6° año el 20%" (art. 224 E. T.).

En los artículos 4° y 5° del Decreto 1889 de 1988, se previeron los requisitos para gozar de la exención y los que deben cumplirse en cada año en que se solicite. Así mismo, el artículo 6° consagró reglas relativas a la venta y entrega de mercancías, así:

> "Para efectos de determinar la renta a que se refiere este decreto se entienden como ingresos provenientes de una empresa o establecimiento de los sectores industrial, comercial, agrícola, ganadero, o minero, ubicados en las zonas

afectadas, aquéllos originados en la venta y entrega material de bienes dentro de dichas zonas, así como los provenientes de la venta de bienes manufacturados o transformados en dichas zonas afectadas, sin consideración a su lugar de entrega".

Considera la Administración que los ingresos percibidos por la sociedad actora no son de la naturaleza de los consagrados en la disposición transcrita, esto es, no se originaron en la venta y entrega material de bienes en la zona afectada, o en la venta de bienes manufacturados o transformados en tales zonas, cualquiera que sea el lugar de la entrega, por cuanto la actividad de "desmote" se clasifica dentro de la prestación de servicios, la cual no goza de la exención. Para ello se apoyó fundamentalmente en el denuncio rentístico de la actora en el cual incluyó sus ingresos en el renglón correspondiente a "servicios, honorarios y comisiones".

La Sala al decidir la legalidad del artículo 6° del Decreto 1889 de 1988, precisó en sentencias del 19 de abril de 1991, expediente 2367 y del 13 de marzo de 1992, expediente 2733, que los ingresos provenientes de las actividades industriales, comerciales, agrícolas, ganaderas o mineras, eran los originados en la compra venta de bienes susceptibles de ser entregados materialmente, condición para acceder al beneficio de la exención, por lo que los servicios al no ser susceptibles de entrega material, sino de prestación, deberían entenderse excluídos del beneficio fiscal.

Examinados los antecedentes administrativos, advierte la Sala que la SOCIEDAD DESMOTADORA DEL NORTE DEL TOLIMA "DESMOTOLIMA S.A.", se constituyó mediante Escritura Pública No. 2806 del 2 de noviembre de 1988 y que su objeto social es "La explotación de plantas, maquinaria y equipos para el desmote del algodón". (fl. 34 C. A.). Que el 29 de marzo de 1989, en cumplimiento del artículo 5° del Decreto 1889 de 1988, envió a la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué el oficio obrante al folio 33 al cual acompañó el certificado de Constitución y Gerencia, certificado del Alcalde del Municipio de Ambalema y certificado del Revisor Fiscal. Igualmente informó que:

> "... por el año gravable de 1988, esta empresa no solicitará exención de impuestos de renta y complementarios en razón a que a 31 de diciembre de 1988 estaba en período improductivo iniciando la construcción y montaje de su planta desmotadora. De acuerdo a lo presupuestado a junio de 1989 estaremos iniciando la fase productiva, será por tanto el año gravable de 1989, el primer año para solicitar la exención contemplada en la Ley 44 de 1987".

En marzo 30 de 1990, la sociedad efectuó solicitud de la exención por el año de 1989 y acompañó los documentos relacionados en el mencionado artículo 5°. Sobre dichas exigencias la Administración no efectuó reparo alguno que sea motivo de controversia en esta instancia, por lo que por este aspecto se tuvieron como satisfechos los requisitos para acceder a la exención; este antecedente hizo posible desde un principio a las oficinas administrativas determinar la actividad de la sociedad, pues todo indicaba la implementación de la infraestructura necesaria para manufacturar o transformar bienes a fin de obtener ingresos que podrían constituir una renta exenta.

Observa la Sala que a pesar de que desde la vía gubernativa la sociedad aportó numerosas pruebas tendientes a demostrar que la actividad de desmote no constituye una actividad del sector económico de los servicios, sino que forma parte del sector industrial de la economía, la Administración se negó a criticar y valorar dichas pruebas, por cuanto la sociedad denunció sus ingresos en renglón reservado a los "servicios, honorarios y comisiones".

De manera pues, que siendo este elemento de juicio el único que la Administración tuvo en cuenta, resulta insuficiente, por decir lo menos, la calificación como servicios de los ingresos obtenidos por la sociedad, para apoyar fundamentalmente en tal consideración la negativa a aceptar la exención pedida, y adicionalmente porque la sociedad no accedió a corregir su declaración, aspecto sobre el cual precisa la Sala que la negativa a corregir la declaración tributaria, no puede hacer más gravosa la situación del contribuyente que decide no hacer uso de tal opción.

La presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias no se opone al ejercicio de las facultades investigativas y de fiscalización de que goza la Administración, pues en virtud de ellas, puede **verificar la exactitud de las declaraciones**, u otros informes y debe efectuar **todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación** (art. 684 E. T.), facultades que permiten allegar pruebas tendientes a desvirtuar la presunción de veracidad de las declaraciones.

Así mismo advierte la Sala que los elementos de juicio allegados al proceso demuestran fehacientemente que el desmote es una actividad de transformación y que el ingreso percibido provino de las **ventas** de semilla y de algodón, en la forma como lo acreditan las diferentes pruebas que se relacionan a continuación, las cuales no han sido tachadas ni desvirtuadas por la Administración.

1. En efecto, además del certificado de la Cámara de Comercio que demuestra el objeto social de la compañía, cuyo ejercicio se presume, obra la certificación expedida por el Revisor Fiscal de la sociedad en el cual certifica que los ingresos registrados por concepto de proceso de desmote y comercialización provienen del porcentaje que le corresponde a la empresa en las ventas efectuadas de algodón semilla que recibe de la Compañía Agropecuaria e Industrial Pajonales S. A. (fl. 161 C. P.)

2. Certificado expedido por el Revisor Fiscal de la Compañía Agropecuaria e Industrial Pajonales S. A. en el sentido de que por el año de 1989, pagó a la sociedad actora la suma de $100'587.510 por concepto de desmote y comercialización de algodón (fl. 167 C.P.).

3. Obra concepto expedido por la Directora del Laboratorio de Fibras del Instituto Colombano Agropecuario, en el que precisa: "El desmote significa: BENEFICIO DEL ALGODON, entendiéndose como: El conjunto de procesos técnicos que tomando al ALGODON como materia prima, lo prepara en forma

conveniente hasta obtener finalmente una operación industrial de utilización"... "El trabajo realizado en una desmotadora moderna comprende una serie de fases distintas: el acondicionamiento del algodón semilla antes del desmote; el desmote propiamente dicho, o sea la separación de la fibra de la semilla; la limpieza de la fibra y, por fin el prensado de la fibra en pacas" (fls.185 a 188 C. P.).

4. La certificación expedida por el DANE corrobora que la actividad desmote y preparación del algodón para hilados figura en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de todas las actividades económicas como ACTIVIDAD INDUSTRIAL, Código 32112 (fls. 189 y 191 C.P.).

5. La sociedad actora aportó un videocassette sobre el "proceso industrial de desmote de algodón" y fotografías que muestran la infraestructura requerida para la actividad y el proceso que lleva a cabo, con explicación técnica (fls. 84 y ss. C.A. No. 2) de la labor y con los equipos de propiedad de la sociedad.

Así mismo si bien la sociedad declaró sus ingresos en el renglón equivocado, para la Sala es de recibo la explicación dada por la actora en los siguientes términos:

"Desmotolima declaró los ingresos a que nos hemos venido refiriendo, dentro del renglón 11 código IB del formulario de declaración de renta, denominado "servicios, honorarios y comisiones". Pero el código de actividad económica que señaló en el formulario, es el 360, correspondiente a "Otras industrias manufactureras".

La razón para ello, como se explicó en las diferentes instancias del proceso obedece a que su actividad corresponde a un proceso intermedio de la producción, que en términos económicos se acostumbra denominar "servicios intermedios de la producción", pero que su naturaleza es, como hemos demostrado, de transformación industral.

El producto final no se "PRESTA", como ocurre con los servicios, sino que se "VENDE".

Cabe aclarar que el renglón en el que declaren no determina la naturaleza real de los ingresos.

La explicación aquí dada es perfectamente comprobable. En efecto, la Administración de Impuestos Nacionales así lo reconoció expresamente en Acta de Visita efectuada el 1 de diciembre de 1992, que aunque se refiere al período gravable 1990, consideramos resulta aplicable también para el de 1989, puesto que la actividad de la Empresa ha sido la misma.

Textualmente afirma:

"Con el fin de explicar el renglón IB ingresos por servicios, se explica con el contrato de VENTA a través de mandatarios el cual consiste en que el agricultor

le VENDE al mandatario, (Desmotolima), el cual a su vez VENDE a un tercero, por parte de la utilidad en la venta es un ingreso que va al mandatario (Desmotolima). Dicho ingreso lo reflejan como ingreso por servicios, en la Declaración de Renta, aunque CONTABLEMENTE se refleja como un ingreso por VENTAS. (Se anexa fotocopia de un contrato de inscripción de cultivo)".

.....".

De otra parte, y en relación con la posición de la Administración que critica el fallo del *a-quo* por apreciar las certificaciones contables de los revisores fiscales de las sociedades Lloreda Grasas, Aceites y Comestibles y AGRITSA que indican que la sociedad actora efectuó ventas a dichas empresas por valores de $97'964.600, $125'982.648 y $26'663.296, respectivamente, cuando la actora solamente declaró ingresos por $110'587.510 recibidos de la Sociedad Industrial Agropecuaria Pajonales S.A., certificaciones que a juicio de la Administración no reúnen los requisitos de la prueba conbable, no se explica la Sala por qué ella misma en sede gubernativa hizo caso omiso de tal situación a pesar de que dichas pruebas le fueron aducidas en la respuesta al requerimiento especial, con lo cual se evidencia que no ejerció a cabalidad la función fiscalizadora que le correspondía, actitud ésta que llama la antención de la Sala, por cuanto dicha falencia en la etapa investigativa condujo a generar dudas sobre la correcta determinación del impuesto. Sin embago, lo anotado, no puede incidir en la decisión de confirmar el fallo apelado, por cuanto no fue materia de esta *litis*.

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.

ENTIDAD NO CONTRIBUYENTE/ENTIDAD CONTRIBUYENTE/ ERROR ARITMETICO-Inexistencia/ **REQUERIMIENTO ESPECIAL**

Si exponiendo su calidad de no contribuyente, la actora, consignó en el renglón 34 del formulario oficial, único para declaración de sociedades y entidades sin ánimo de lucro, la cifra de cero (0) no incurrió en error aritmético en razón de que los no contribuyentes no tienen por sustracción de materia, tarifa aplicable.

Adicionalmente se precisa que si la actora también llenó la casilla "B-2" que la identifica como "sociedad limitada o asimilada-Nacional", los dos informes resultaban contradictorios resultando evidente con base en el mismo formulario que alguno de ellos era equivocado, lo que imponía a la Administración aclarar la situación mediante requerimiento y no dar por configurado un error aritmético. Si la Administración estimaba que debía aplicar la tarifa del 30 porque pretendía desconocer el carácter "de no contribuyente" de la declarante. Ante tal situación conceptual, y ante la contradicción antes anotada era su obligación requerir al contribuyente proponiéndole la modificación de la situación fiscal señalada en la declaración tributaria, dándole oportunidad de controvertir y probar su condición especial ante la Ley Tributaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente no. 5671. Actor: Sorteo Extraordinario de Colombia "Extra de Colombia Ltda.". Apelación de la sentencia del 13 de mayo de 1994 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto de Renta 1987. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandada contra la sentencia del 13 de mayo de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad **"SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA "EXTRA DE COLOMBIA LTDA."**, para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales le efectuó corrección aritmética sobre la declaración de ingresos y patrimonio correspondiente al año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración de ingresos y patrimonio por el año gravable de 1987, el día 7 de julio de 1988, en el Banco del Estado de Bogotá, la cual quedó radicada con el No. 2000201000361-6, en cuyo renglón 34 colocó como impuesto a cargo, la suma de cero (0).

El día 9 de julio de 1990 la Administración de Impuestos de Personas Jurídicas de Bogotá, expidió la liquidación de corrección aritmética No. 000082, en la cual le determinó impuesto de renta por $269.246.000 y sanción por corrección de $80.774.000, como consecuencia de efectuar corrección aritmética al impuesto liquidado (renglón 34), ya que el contribuyente no lo diligenció. Para tal efecto, aplicó a la renta líquida declarada la tarifa del 30% contemplada en el artículo 240 del Estatuto Tributario y aplicó sanción por corrección al estimar que la sociedad incurrió en error aritmético.

Contra la anterior liquidación la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, argumentando que no existió error aritmético, puesto que la declaración presentada fue la de ingresos y patrimonio que le correspondía como sujeto no contribuyente, por ser empresa industrial y comercial del Estado del orden Departamental, y además, entidad sin ánimo de lucro sobre la cual no podía configurarse ni el error aritmético ni la sanción por corrección.

Mediante la resolución No. 000219 del 19 de junio de 1991, la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales-Personas Jurídicas de Bogotá, resolvió el anterior recurso en sentido adverso a lo pretendido por el recurrente, al considerar que el declarante tenía la calidad de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional en razón de que estaba sujeta a inspección por parte del Ministerio de Salud, por lo tanto como contribuyente estaba sujeta a impuesto y obligada a presentar declaración de renta y patrimonio y, a liquidarse privadamente el impuesto a la tarifa del 30% y al no hacerlo, incurrió en el error aritmético que ameritó la sanción.

LA DEMANDA

La sociedad por intermedio de apoderado judicial acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que la jurisdicción declarara la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales improcedentemente, efectuó corrección aritmética a la declaración de ingresos y patrimonio de un no contribuyente por el año gravable de 1987, y que se declarara a título de restablecimiento del derecho, que no es contribuyente del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1987.

Afirma que los actos administrativos acusados son violatorios de los artículos 29 de la Constitución Política; 574, 596, 598, 599, 646, 697, 698, 702, 703 y 746 del Estatuto Tributario.

Ratifica lo expuesto en el recurso gubernativo en el sentido de no ser contribuyente del impuesto sobre la renta y que en consecuencia no podía incurrir en error aritmético por no haber liquidado valor alguno como impuesto a cargo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 13 de mayo de 1994, accedió a las súplicas de la demanda al considerar que efectivamente como argüía la actora el artículo 599 del Estatuto Tributario, señalado como violado por ésta, al establecer el contenido de una declaración de ingresos y patrimonio, obliga al declarante a utilizar el formulario oficial "establecido para el efecto" y no establece para el declarante, obligación de practicar la liquidación privada del impuesto sobre la renta, porque tratándose de un no contribuyente el impuesto es cero (0).

Que tenía razón la demandante, al alegar que con su proceder la Administración pretendió, a través del procedimiento excepcional de corrección aritmética, consagrado en el artículo 697 del Estatuto Tributario, cambiarle el tratamiento fiscal de "no contribuyente" solicitado por la accionante en su declaración de ingresos y patrimonio; controversia que en manera alguna encaja en el fenómeno de error aritmético descrito en el artículo 697 del Estatuto Tributario.

Dio prosperidad al cargo de indebida aplicación, por parte de la Administración, de los artículos 697 y 698 del Estatuto Tributario que la faculta para corregir mediante liquidación de corrección solamente los errores aritméticos, cuando produjo la liquidación de corrección acusada para decidir mediante tal actuación cuestiones que sólo podían ser controvertidas y decididas a través del procedimiento ordinario de determinación oficial del impuesto consistente en una liquidación de revisión, previo requerimiento especial.

LA APELACION

La apoderada de la demandada, al apelar, alega que cuando la Administración produjo la liquidación de corrección No. 000082 de 9 de julio de 1990, lo hizo con la convicción de que la declarante SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA, es una sociedad contribuyente del impuesto de renta y complementarios, puesto que de su naturaleza, (sociedad industrial y comercial del Estado del orden Nacional, constituida como Sociedad Limitada), se deduce su calidad de contribuyente, y por tanto, su obligación de presentar declaración de renta y complementarios.

En este orden de ideas, frente a la evidencia de haberse liquidado la sociedad, como impuesto, un valor diferente al que le correspondía, no podía la Administración hacer cosa diferente a aplicar el sistema de corrección aritmética, con fundamento en el numeral 2° del artículo 697 del Estatuto Tributario.

Liquidación de corrección que constituye una alternativa mediante la cual se ejerce la función fiscalizadora, que no excluye a la de revisión y que tampoco es incompatible con ella. Bien puede la Administración hacer uso de una o de otra porque es una potestad del Estado perfectamente viable ya que la corrección, puede hacerse sin la etapa previa del requerimiento especial o acudiendo a este sistema que tiene como fin la liquidación de revisión. Si se dan las condiciones legales para considerar la existencia de error aritmético, el mismo puede ser corregido mediante liquidación de corrección aritmética o a través de liquidación de revisión, pero de ninguna manera puede entenderse únicamente viable este último sistema.

El simple hecho de que la sociedad actora hubiera señalado en su denuncio fiscal que era una entidad no contribuyente, no la convierte *per sé* en ello, por el contrario desvirtuado el hecho de que lo fuera, en la medida en que con meridiana claridad surge su naturaleza y su carácter de orden Nacional, se evidencia el error aritmético y la necesidad de corregirlo.

Considera que la decisión del Tribunal debe ser revocada y en su lugar confirmarse los actos administrativos demandados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora al alegar de conclusión, apoya las consideraciones del Tribunal en cuanto afirma que no podía la Administración desconocer el tratamiento fiscal de una sociedad no contribuyente, solicitado en su denuncio tributario, mediante el procedimiento especial de liquidación de corrección, menos aún podía utilizar tal sistema cuando, como estaba demostrado era inexistente el error aritmético, pues dado el carácter de entidad no contribuyente consignó como impuesto la cifra de cero (0), en cumplimiento de lo ordenado en las resoluciones 154 y 1764 de 1988 que obligan, según se señala en el literal e) que los renglones no utilizados registran el valor de cero (0).

Cita en apoyo jurisprudencia de la Sala referida al tema.

Reitera el carácter de no contribuyente de la sociedad porque por ser una sociedad pública de segundo grado, está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden Departamental.

La demandada al alegar de conclusión afirma que la calidad de contribuyente de la actora estaba confirmada en el mismo formulario de declaración por ella presentado al diligenciar la casilla B2 "Limitada o asimilada Nacional" y en consecuencia en tal calidad al no aplicar la tarifa respectiva incurrió en error aritmético, según lo previsto en el artículo 697 numeral 2° del Estatuto Tributario.

Critica al Tribunal por omitir el análisis de la naturaleza jurídica de la actora, a su juicio éste constituye el fundamento básico de la *litis*, pues sólo a partir de ello es posible desvirtuar la legalidad de la actuación administrativa demandada, ya que el acervo probatorio allegado al proceso permite concluir que la actora sí era contribuyente del impuesto, dada su naturaleza jurídica y que incurrió en error aritmético al no aplicar la tarifa a la base gravable declarada.

Pide se revoque la sentencia y se reconozca la legalidad de la actuación administrativa demandada.

El Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la controversia planteada por el recurrente se concreta en determinar si en el denuncio tributario, la actora, incurrió en error aritmético de conformidad con lo previsto en el artículo 697 del Estatuto Tributario, de configurarse la situación prevista en el precepto antes citado habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, en caso contrario ésta habrá de confirmarse en beneficio de las súplicas de la parte demandante.

El artículo 697 del Estatuto Tributario enuncia:

"Artículo 697. Error aritmético. Se presenta error aritmético en las declaraciones tributarias, cuando:

"1. A pesar de haberse declarado correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, se anota como valor resultante un dato equivocado.

"2. Al aplicar las tarifas respectivas, se anota un valor diferentes al que ha debido resultar.

"3. Al efectuar cualquier operación aritmética, resulte un valor equivocado que implique un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o

retenciones a cargo del declarante, o un mayor, saldo a su favor para compensar o devolver".

El numeral 2° del artículo citado que invoca como fundamento el acto administrativo la demandada, deriva error aritmético de la circunstancia de que al aplicar la tarifa respectiva a la base gravable, se anote un valor distinto al que ha debido resultar.

Se discute en consecuencia cuál era la tarifa aplicable, a fin de concluir si el valor de cero consignado por la actora en el renglón 34: "impuesto sobre la renta gravable", fue o no correcto y por ende si la actuación de la Administración al practicar la liquidación de corrección se produjo conforme con las previsiones de ley.

Observa la Sala que a folio 02 del cuaderno de antecedentes administrativos obra un ejemplar de la declaración tributaria presentada por la actora, debidamente autenticado por la propia Administración de Impuestos en donde claramente se expresa en el cuadro de datos generales, bajo el No. 3, correspondiente al nombre o razón social: "SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA LTDA/ ENTIDAD NO CONTRIBUYENTE", información ésta que amparada con la presunción de veracidad, permitía deducir, como consecuencia legal, que la declaración presentada por quien no tenía carácter contribuyente era la de ingresos y patrimonio prevista precisamente para este tipo de entidades en el artículo 598 del Estatuto Tributario, y que en el contenido de la misma, conforme con los requisitos exigidos por el artículo 598*ibídem*, numerales 1° a 6° no exige, porque no podía hacerlo, liquidación del gravamen.

Entonces si exponiendo su calidad de no contribuyente, la actora, consignó en el renglón 34 del formulario oficial, único para declaración de sociedades y entidades sin ánimo de lucro, la cifra de cero (0) no incurrió en error aritmético en razón de que los no contribuyentes no tienen, por sustracción de materia, tarifa aplicable.

Adicionalmente precisa la Sala que si la actora también llenó la casilla "B-2" que la identifica como "sociedad limitada o asimilada-Nacional", los dos informes resultaban contradictorios resultando evidente con base en el mismo formulario que alguno de ellos era equivocado, lo que imponía a la Administración aclarar la situación mediante requerimiento y no dar por configurado un error aritmético.

Si la Administración estimaba que debía aplicar la tarifa del 30%, porque pretendía desconocer el carácter "de no contribuyente" de la declarante. Ante tal situación conceptual, y ante la contradicción antes anotada era su obligación requerir al contribuyente proponiéndole la modificación de la situación fiscal señalada en la declaración tributaria, dándole oportunidad de controvertir y probar su condición especial ante la Ley Tributaria.

No podía se repite, a través del sistema de corrección aritmética desconocer el carácter invocado para proceder a aplicar la tarifa del 30%, propia de las personas jurídicas contribuyentes, suponiendo existencia del error numérico.

Como en repetidas oportunidades ha precisado la Sala la liquidación de corrección aritmética se concibe como un mecanismo a través del cual puede la Administración, al detectar en las declaraciones de los contribuyentes errores de carácter meramente aritmético de sumas, restas, resultados, de aplicación de porcentajes, tarifas o productos efectuar la corrección numérica.

A través de ella, contrariamente a lo expresado por la apoderada de la Nación, no puede la Administración efectuar cambio alguno en la información suministrada con respecto a los hechos generadores del tributo, de la condición del sujeto declarante ante la Ley Tributaria, de los factores de depuración, beneficios fiscales o cualquier otro que implique un ejercicio conceptual o análisis de las circunstancias peculiares denunciadas por cada declarante, a fin de determinarle el tributo, pues tal actividad, se repite, es propia del procedimiento de liquidación de revisión.

Adicionalmente expresa la Sala que si el desconocimiento del carácter de "no contribuyente", invocado en su denuncio tributario por la actora, no podía efectuarse mediante el procedimiento de liquidación de corrección, tampoco es del caso que la jurisdicción en esta oportunidad se pronuncie sobre tal aspecto pues no se refiere el mismo a la determinación del error numérico, sino a un aspecto conceptual diferente cual es la condición de contribuyente o no del impuesto sobre la renta y complementarios.

Comparte así la Sala las conclusiones expresadas por el *a-quo*, cuando considera que no es del caso, en el presente juicio, decidir sobre la naturaleza jurídica del Sorteo Extraordinario de Colombia.

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 en el juicio 8631 el 13 de mayo de 1994.

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-Improcedencia/ **ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR/ IMPUESTO DE RENTA**-Prescripción/**OBLIGACION TRIBUTARIA**-Extinción

Cuando la Administración mediante resolución respectiva declaró la prescripción de la obligación tributaria del impuesto de renta de los periodos 1980, 1981, 1982 y 1983 creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, que no podía desconocer ni menos revocarla unilateralmente sin el consentimiento del particular, salvo el caso de que el acto administrativo hubiera ocurrido por medios ilegales. Cuando la Administración encuentre que el auto administrativo por ella expedido vulnera la ley o incurra en cualquier causal de nulidad, debe proceder a demandar su propio acto, para que éste sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa.

MANDAMIENTO DE PAGO-Reforma o Adición/**NOTIFICACION PERSONAL/NOTIFICACION POR ESTADO/PRESCRIPCION**-Interrupción/ **OBLIGACION TRIBUTARIA/JURISDICCION COACTIVA**

El mandamiento de pago no constituye cosa diferente que la demanda al deudor de que satisfaga el pago de una deuda, y en este orden de ideas le son aplicables las regulaciones contenidas en el artículo 89 del C. de P. C. para la reforma y adición de la demanda, y en consecuencia se requería que la notificación del nuevo mandamiento de pago se efectuara personalmente, previa citación al deudor o a su apoderado, conforme lo señala el artículo 564, sólo entonces puede acudirse a la notificación supletoria. En manera alguna puede pensarse que resulta válida una notificación por estado cuando la Administración omite la citación para

notificación personal que ordena la ley, y menos cuando con tal actuación no se cumple con la finalidad de la notificación cual es la de dar a conocer el hecho demandado es decir no existe notificación y en tal caso el acto que se expida no produce efectos jurídicos. A términos del artículo 78 numeral 1o. del Decreto Ley 3803 de 1982 entonces vigente (hoy artículo 818 del Estatuto Tributario) sólo la notificación personal del mandamiento de pago (sea inicial o modificado) tiene la virtud de interrumpir el término de prescripción.

INTERES COMERCIAL-Procedencia/**PAGO/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO/ EMBARGO**-Devolución

Como el actor desde el libelo demandatorio, al pedir a título de restablecimiento del derecho la devolución de la sumas embargadas y aplicadas por la Administración, solicitó el pago de intereses comerciales liquidados hasta la fecha de su devolución a la tasa del 5.4 mensual, para después pedir que se aplique el certificado por la Superintendencia Bancaria. Petición a la cual no se opuso la demandada y que habrán de concederse en esta oportunidad a título de restablecimiento del derecho ordenándose su liquidación y pago a la Administración a la tasa del 37.51 anual última que aparece certificada por la Superintendencia Bancaria en virtud del auto de julio 11 de 1993, desde la fecha en que tales dineros ingresaron a la Administración a través de los títulos judiciales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5680. Actor: Pablo Enrique Salcedo Romero C. C. No. 4.048.600. Apelación de la sentencia del 17 de marzo de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada y la apelación adhesiva de la actora, contra la sentencia del 17 de marzo del año en curso, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el señor PABLO ENRIQUE SALCEDO ROMERO C.C. 4.048.600, contra la resolución 08-023 del 23 de septiembre de 1991, el Auto de fecha junio 11 de 1986 y el Auto de embargo de abril 10 de 1991, mediante los cuales la Unidad Administrativa Especial -Dirección General de Impuestos Nacionales- Administración de Impuestos Nacionales de Cundinamarca ordenó el cobro coactivo de deudas por concepto de impuesto sobre la renta por los años de 1979, 1980, 1981, 1982 e incrementos de 1981 y 1983 a cargo del contribuyente.

ANTECEDENTES

El señor Pablo Enrique Salcedo Romero, presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, hoy de Cundinamarca, denuncio rentístico por la vigencia fiscal del año de 1979, autoliquidándose, como impuesto a pagar por dicha vigencia, la suma de Quinientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y cinco pesos m/cte. ($566.665.oo).

Con fecha enero 31 de 1983 la Administración Tributaria profirió auto de mandamiento ejecutivo contra el contribuyente señor Pablo Enrique Salcedo Romero, con miras al cobro y por ende el pago del impuesto por las vigencias fiscales de los años de 1979, 1980 e incremento de 1981, por valor de Tres millones siete mil un pesos m/cte. ($3.007.001).

El 1° de octubre de 1985 la Administración Tributaria notificó el mencionado auto de mandamiento ejecutivo a través de curador *ad-litem.*

Con fecha junio 11 de 1986, la Administración Tributaria profirió auto modificando el mandamiento de pago de enero 31 de 1983.

En el auto modificatorio la Administración Tributaria, además de incluir las vigencias fiscales correspondientes a los años de 1979, 1980 e incremento de 1981, incluyó las vigencias fiscales correspondientes a los años 1981, 1982 e incremento de 1983, y fijando su valor en la suma de Dos millones seiscientos noventa mil setecientos sesenta pesos m/cte. ($2.690.761); ordenando, además, proseguir la acción ejecutiva contra el actor por la suma de Cinco millones noventa y siete mil setecientos sesenta y dos pesos m/cte. ($5.697.762).

Mediante auto de fecha abril 10 de 1991, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, ordenó el embargo de las cuentas corrientes bancarias y de ahorros que poseía el ejecutado.

En cumplimiento a la orden de embargo fueron remitidos a la Administración de Impuestos Nacionales por las entidades bancarias, a través del Banco Popular, los dineros que poseía en dichas entidades el ejecutado, los siguientes títulos judiciales: No. J35454609 de abril 23 de 1991 por valor de $9.000.000, No. J38282207 de junio 5 de 1991 por valor de $12.988.46 y No. J39131026 de junio 18 de 1991 por valor de $4.723.oo.

Recibidos los títulos judiciales la Administración de Impuestos Nacionales procedió a aplicar dichos dineros, a través de la División de Cobranzas de la siguiente manera: para el año de 1979, la suma de $3.680.729.oo del título judicial No. J35454609 de abril 23 de 1991; para el año de 1980, la suma de $5.319.271.oo del título judicial No. J35454609 de abril 23 de 1991; para el año de 1980, la suma de $12.988.oo del título judicial No. J38282207 de junio 5 de 1991 y para el año de 1980, la suma de $4.723.oo del título judicial No. J39131026 de junio 18 de 1991.

Mediante resolución No. 910151 de fecha agosto 9 de 1991, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, a través de la División de Cobranzas, decretó la prescripción de la acción para exigir el pago de los impuestos de renta y complementarios del contribuyente, señor Pablo Enrique Salcedo Romero, por los años gravables de 1980, 1981, 1982 y 1983 en cuantía total de Cinco millones ciento treinta mil doscientos cuarenta pesos m/cte. ($5.130.240.).

Contra esta resolución interpuso el interesado el recurso de apelación ante el señor Administrador de Impuestos Nacionales de Cundinamarca con el fin de que se aclarara la misma en el sentido de adicionarla para incluir la prescripción de la obligación tributaria del año fiscal de 1979.

Al desatar el recurso de apelación la Administración profirió la resolución 08-023 de septiembre 23 de 1991 decretando, efectivamente la prescripción a favor del contribuyente de la acción de cobro por la deuda correspondiente a la vigencia fiscal del año de 1979, pero en su artículo segundo modificó la resolución anterior No. 910151 de agosto 9 de 1991, y ordenó la reimputación de los títulos judiciales Nos. J35454609 de abril 23 de 1991 por valor de $9.000.000, y el No. J38282207 de junio 5 de 1991 por valor de $12.988.oo, a las deudas por las vigencias fiscales de los años de 1981, 1982 e incremento de 1983, cobros que, ya habían sido declarados prescritos a favor del contribuyente.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió el contribuyente para demandar la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho, alegando que la Administración al expedir los actos acusados incurrió en violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional; 564 del Código Civil; 73 del Código de Comercio y 730 numeral 6°, 817 y 818 del Estatuto Tributario.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda y declaró la nulidad de los actos administrativos acusados al encontrar probada la prescripción de las obligaciones y válidos los alegatos referentes tanto a la violación del debido proceso, pues el auto de mandamiento de pago no podía modificarse en la forma como lo hizo la Administración pues debió notificarse como lo ordenaba el artículo 564 del Código de Procedimiento Civil para el mandamiento de pago inicial. Dio así mismo prosperidad al cargo de vulneración del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, porque, reconocido un derecho a favor de una persona por un acto administrativo que crea una situación jurídica individual y concreta, éste no puede ser revocado unilateralmente por la Administración y tampoco podía hacer más gravosa su situación al conocer del recurso de apelación.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada, apela la decisión de primera instancia, alegando que la notificación del auto modificatorio del mandamiento de pago inicialmente expedido se notificó válidamente pues desde el mismo momento en que se le notificó el inicial asumió la representación y defensa del contribuyente y en tal sentido la notificación del auto por estado interrumpió la prescripción.

APELACION ADHESIVA

La actora adhiere a la apelación para refutar el argumento del apelante y pide se modifique la sentencia de primera instancia en su parte resolutiva para que se ordene que la Administración de Impuestos debe pagar intereses comerciales corrientes sobre las sumas de dinero que les fueron embargadas, indicando la tasa de interés mensual y la fecha desde la cual debe cancelarse, atendiendo a la prueba que sobre el monto de interés aparece en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor al alegar de conclusión, luego de reiterar los hechos de la demanda y la violación de las normas superiores en ella indicada pide se confirme la sentencia apelada, adicionando su parte resolutiva con el reconocimiento de los intereses comerciales corrientes sobre las sumas de dinero que le fueron embargados por la Administración, con indicación de la rata de interés mensual a pagar por la Administración de Impuestos, así como la fecha desde la cual deben cancelarse, atendiendo a la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria allegada al proceso.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, concluye que la sentencia apelada merece ser confirmada, porque la actuación administrativa demandada desconoció las regulaciones contenidas en los artículos 817 inciso 1° y 816 del Estatuto Tributario, que establecen el término de prescripción de cinco (5) años para la acción de cobro, contados a partir desde la fecha en que se hace legalmente exigible, como la interrupción del mismo, por la notificación del mandamiento de pago, entre otros hechos.

De suerte que, aunque supuestamente pudiera afirmarse que la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones de 1981 a 1983 se interrumpió el 13 de junio de 1986, fecha en la cual la Administración notificó por estado el auto por el cual modificó el mandamiento de pago, el término empezó a correr nuevamente el 14 de junio de 1991, y como en esta fecha aún no había acción de la Administración, ocurrió el fenómeno de la prescripción y en consecuencia la resolución 08-023 expedida el 23 de septiembre de 1991 es nula por no atender las previsiones legales.

La demandada -La Nación- no formuló alegatos de conclusión ni objetó la petición de reconocimiento de interés.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala que el motivo que expuso la apoderada judicial de la Nación al apelar la sentencia, fue únicamente la aceptación por parte del Tribunal de la ocurrencia de la prescripción, ya que a su juicio la notificación del auto del mandamiento de pago inicial, hecha a un curador *ad-litem*, permite que cualquier diligencia en el proceso de cobro coactivo, incluida la notificación de un nuevo mandamiento de pago pueda hacerse a éste por estado, y en tal caso no ocurrió la prescripción.

A juicio de la Sala la sola circunstancia de que el Tribunal haya admitido la violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo por parte de los actos acusados, para declarar su nulidad, sin que la demandada haya controvertido tal decisión resulta suficiente para dar aprobación a la sentencia puesto que, como prevé la norma:

> "Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.
>
> "Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales...".

Entonces, cuando la Administración mediante la resolución 910151 de agosto 1° de 1991 (Fl. 25 cdno. ppal.) declaró la prescripción de la obligación tributaria del impuesto de renta de los períodos 1980, 1981, 1982 y 1983 creó una situación jurídica de carácter particular y concreto, que no podía desconocer ni menos revocarla unilateralmente sin el consentimiento del particular, salvo el caso de que el acto administrativo hubiera ocurrido por medios ilegales.

Cuando la Administración encuentre que el auto administrativo por ella expedido vulnera la ley o incurre en cualquier causal de nulidad, debe proceder a demandar su propio acto, para que éste sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa.

Notificación del mandamiento de pago

Cuando la Administración libró el mandamiento de pago del 31 de enero de 1983 y su notificación de junio 11 de 1986, el cobro de obligaciones fiscales debía tramitarse íntegramente por el trámite del juicio ejecutivo de mayor, de menor o mínima cuantía previsto en el Código de Procedimiento Civil, por disposición expresa del artículo 561, en razón de que no existía un procedimiento especial para el cobro coactivo de las obligaciones derivadas de los tributos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales pues éste sólo vino a consagrarse en parte en el Decreto Extraordinario 2503 de 1987.

El artículo 564 del Código de Procedimiento Civil entonces vigente exigía que el mandamiento de pago debía notificarse personalmente y a este efecto precisó:

> "Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión, y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.
>
> "Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador *ad-litem,* con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquel se presente.
>
> "En la misma forma se hará la citación para notificar los títulos ejecutivos a los herederos del deudor".

El mandamiento de pago no constituye cosa diferente que la demanda al deudor de que satisfaga el pago de una deuda, y en este orden de ideas le son aplicables las regulaciones contenidas en el artículo 89 del mismo Código para la reforma y adición de la demanda y en consecuencia se requería que la notificación del nuevo mandamiento de pago se efectuara personalmente, previa citación del deudor o a su apoderado, conforme lo señala el artículo 564, sólo entonces puede acudirse a la notificación supletoria.

En manera alguna puede pensarse que resulte válida una notificación por estado cuando la Administración omite la citación para notificación personal que ordena la ley, y menos cuando con tal actuación no se cumple con la finalidad de la notificación cual es la de dar a conocer el hecho demandado es decir no existe notificación y en tal caso el acto que se expida no produce efectos jurídicos.

A términos del artículo 78 numeral 1° del Decreto-Ley 3803 de 1982 entonces vigente (hoy artículo 818 del Estatuto Tributario) sólo la notificación personal del mandamiento de pago (sea inicial o modificado) tiene la virtud de interrumpir el término de prescripción.

Comparte así la Sala la decisión del *a-quo* cuando admite la nulidad por haberse configurado las causales señaladas en los numerales 4° y 8° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo por infringir el acto administrativo las normas superiores y por haber sido expedidos en forma irregular.

Reconocimiento de intereses

El actor desde el libelo demandatorio, al pedir a título de restablecimiento del derecho la devolución de las sumas embargadas y aplicadas por la Administración, solicitó el pago de intereses comerciales liquidados hasta la fecha de su devolución a la tasa del 5.4% mensual, para después pedir que se aplique el certificado por la Superintendencia Bancaria.

Petición a la cual no se opuso la demandada y que habrán de concederse en esta oportunidad a título de restablecimiento del derecho ordenándose su liquidación y pago a la Administración a la tasa del 37.51% anual última que aparece certificada por la Superintendencia Bancaria en virtud del auto de julio 11 de 1993, desde la fecha en que tales dineros ingresaron a la Administración a través de los títulos judiciales así:

No. Título	**Fecha**	**Valor $**
J38282207	91-06-05	$ 12.988.46
J39131026	91-06-18	$ 4.723.oo
J35454609	91-04-23	$ 9.000.000.oo

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 los numerales 1° a 4° de la sentencia apelada.

2) ADICIONASE la parte resolutiva con el siguiente numeral: 5) Sumas sobre las cuales la Administración reconocerá los intereses corrientes, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3) RECONOCESE personería al doctor Alberto Teodoro Camargo Aya, a términos del poder que obra a folio 151 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.

COSTO DE ACTIVO MOVIBLE ENAJENADO/ SISTEMA DE JUEGO DE INVENATARIOS/ SISTEMA DE INVENTARIO PERMANENTE/ INVENTARIO FINAL DE MERCANCIA-Determinación/ **PERDIDAS DE INVENTARIO**

El artículo 62 del E.T. prevé los sistemas para determinar el costo de los activos movibles enajenados; bien sea por el juego de inventarios o por inventarios permanentes o por cualquier otro de reconocido valor técnico y el artículo 63 consagra, como límite en la valuación en juego de inventarios que las unidades del inventario final deben corresponder a las disponibles (inventario inicial más compras) menos las vendidas durante el año, norma que desarrolla el artículo 25 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 en el sentido de que sólo se aplicará "respecto de las mercancías que se adquieran para venderlas sin transformarlas". El costo de lo vendido por el sistema de juego de inventarios está constituído por la suma del inventario practicado el 31 de diciembre del año anterior al gravable, adicionando con el costo de la mercancía comprada, transformada, extraída o producida en el año fiscal, suma de la cual se sustrae el inventario físico efectuado en el último día del año. Así mismo determina la legislación del Impuesto sobre la Renta que cuando los costos se establezcan por el sistema de juego de inventarios en ellos se encuentra incluído el valor de las mercancías perdidas y la utilidad en las ventas queda disminuída con su respectivo valor. Pero todas estas normas están específicamente relacionadas con una materia: la determinación del costo de activos movibles para efectos de depurar los ingresos brutos obtenidos en su venta para establecer la base gravable con Impuesto sobre la Renta.

FISCALIZACION EN EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Restricción/ **COSTOS**-Determinación/ **IVA/ VENTA**-Causación/ **HECHO GENERADOR DEL IVA**

Es claro que el análisis efectuado por la Administración a través de la inspección contable a los inventarios en la forma como se efectuó, estuvo encaminado a cuestionar o establecer los costos, lo cual resultaba improcedente en una inspección destinada a fiscalizar las declaraciones de ventas, toda vez que en el proceso de determinación del Impuesto sobre las Ventas no tiene relievancia la utilidad (o pérdida) obtenida por el responsable sino el impuesto generado en las operaciones gravadas y al incurrido en los costos y gastos que sean descontables, o sea, que tienen ingerencia pero como impuestos pagados al incurrir en los costos, mas no la determinación misma de éstos. Si el impuesto a las ventas se causa por la importación o la venta de bienes corporales muebles (no excluídos) o la prestación de servicios en el territorio nacional, la labor de fiscalización de la Administración debía centrarse en establecer los factores que lo configuran, utilizando para ello todos los elementos que consagra la ley para determinar cuándo hay venta o se considera que ésta existe (arts. 420, 421, 429, etc.).

PRESUNCIONES EN IVA/PRESUNCION POR DIFERENCIA DE INVENTARIOS/VENTA GRAVADA

Dentro de los medios de prueba la legislación tributaria también contempla las presunciones pero siendo estos medios excepcionales que requieren especial consagración, su aplicación debe ajustarse a lo que disponga la ley, como se desprende de las que específicamente regula el Estatuto Tributario en sus artículos 754 a 763. Es cierto que dentro de ellas figura la "presunción por diferencia de inventarios" en el artículo 757 pero éste nunca fue invocado por la Administración como fundamento de su actuación. Prevé el artículo 757 del E. T. (art. 50 inc. 1o. lit. a) Decreto 3541 de 1983) que "cuando se constate que los inventarios son superiores a los contabilizados o registrados", podrá presumirse que tales diferencias representan ventas gravadas omitidas en el ejercicio fiscal anterior, o sea, que la premisa de la presunción consiste en que los inventarios físicos, reales, son superiores a los registrados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5776. Actor: Trefilería Colombiana "TREFILCO S.A.". Impuesto Ventas 2o. Bim. 1989. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpueto por el apoderado judicial de la sociedad actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 1° de julio de 1994, parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto sobre las ventas a cargo de la sociedad TREFILERIA COLOMBIANA "TREFILCO S.A.", por el sexto bimestre de 1989 e impusieron sanción por inexactitud.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de ventas correspondiente al sexto bimestre de 1989, previa visita de inspección tributaria a la contabilidad de la contribuyente, la Administración de Impuestos Nacionales de Bucarmanaga, produjo el Requerimiento Especial 030 del 12 de junio de 1991, en virtud del cual propuso modificar la declaración de la sociedad, dado que encontró que el número de unidades disponibles para la venta comparado con las unidades vendidas arrojó una diferencia de 173.226 unidades que no fue contabilizada en el inventario final y que a juicio de la Administración correspondía a ventas efectuadas pero no contabilizadas, ya que al calcular el costo por juego de inventarios no puede aceptarse que dicha diferencia corresponda a faltantes o desperdicios.

Oída la respuesta al requerimiento, la Administración expidió la Liquidación de Revisión 001 del 10 de enero de 1992, a través de la cual incrementó los ingresos por operaciones gravadas en la suma de $21'971.305, fijándose el mayor impuesto en $2'195.000, más sanción por inexactitud de $3'513.000.

Dicha liquidación oficial fue confirmada mediante la resolución 026 del 4 de febrero de 1993, que desató el recurso de reconsideración interpuesto y agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

En la demanda instaurada ante el Tribunal Administrativo de Santander, la actora acusó la actuación administrativa de ser violatoria de los artículos 742, 745, 746, 647 y 778 del Estatuto Tributario.

Adujo que la sociedad en su declaración relacionó ventas por el bimestre en cuantía de $613'285.000 y que la Administración, basada en un procedimiento que calificó de absurdo e ilegal, consideró que las ventas ascendían a $658'124.261, denunció que está amparado por la presunción de veracidad y respaldado por varios elementos de juicio, a saber: Que las ventas relacionadas constan en facturas de numeración continua y expedidas conforme a las exigencias de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario; que las ventas se hallan debidamente contabilizadas y no existió salvedad alguna por parte de la Administración; que la presunción de veracidad no fue desvirtuada por

ninguno de los indicios y presunciones que consagra el artículo 754 y siguientes, que la Administración no hizo reparo alguno a la declaración de renta por el año de 1989 y las ventas allí relacionadas totalizan $3'301.098.000, que es la misma suma de las declaraciones de ventas del año.

Sostuvo que el artículo 28 del Decreto 187 de 1975, citado por la Administración sólo hace referencia al Impuesto sobre la Renta y no a ventas. Agregó que la diferencia que encontró la Administración no corresponde a pérdidas o faltantes de materias primas que necesariamente tienen que reflejarse en el inventario físico de fin de año, sino a mermas y desperdicios resultantes del proceso de transformación a que se sometió la materia prima procesada y que no afecta o castiga el inventario físico de final del ejercicio por cuanto la materia prima procesada a medida que avanza el proceso se iba dando de baja en el inventario de principios del ejercicio. Y que en el caso de pérdidas por deterioro, sustracción, rotura, éstas se reflejan en el inventario del final del ejercicio.

Explicó que en la respuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración solicitó la práctica de una prueba pericial por parte de personal especializado para que previo seguimiento de los procesos que se cumplen, determinara cuál es el porcentaje de desperdicio; que sin embargo dicha prueba fue considerada improcedente en la vía gubernativa. Acompañó certificado suscrito por la Siderúrgica de Paz del Río sobre los rendimientos metálicos de los procesos de trefilación que dicha empresa adelanta, según la cual los mismos oscilan entre el 95% y 96%, para concluir que el rendimiento metálico de los procesos que adelanta la actora está muy por encima.

Arguyó que la determinación del tributo no se fundó en los hechos demostrados en el expediente sino en simples hipótesis o conjeturas y que la Administración no aportó ni siquiera uno de los indicios y presunciones consagrados en el Estatuto Tributario que condujera a considerar o establecer una omisión de ingresos en ventas.

Impugnó finalmente la sanción por inexactitud por cuanto no hubo omisión de ingresos, estimó que la Administración aplicó indebidamente el artículo 647 del Estatuto Tributario.

OPOSICION

La apoderada de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por cuanto la diferencia encontrada por la Administración entre el número de unidades disponibles para la venta y las unidades vendidas, no fue contabilizada en el inventario final, ni declarada estando la sociedad obligada a hacerlo. Estimó que dicha irregularidad no fue desvirtuada por la sociedad, quien aceptó la diferencia detectada, pero la consideró como merma o desperdicio sufrido en el proceso de producción de la materia prima, pero que esto no fue comprobado técnica, contable o legalmente y que el contribuyente estaba obligado a justificar dicha diferencia y al no hacerlo confirmó la actuación de la Administración. Agregó que la Administración no ha discutido que

las ventas que relacionó la sociedad se encuentran debidamente facturadas y contabilizadas, que justamente las que no declaró, pese a existir, fueron las adicionadas.

LA SENTENCIA

Consideró que si bien no existe prueba directa mediante la cual se demuestre que la sociedad ocultó los ingresos adicionados, la Administración efectuó el incremento con fundamento en una presunción de ventas por diferencia de inventario detectada en el examen de la contabilidad de la actora. Que los costos de los productos vendidos se integran con los costos de producción, inventario de productos en proceso e inventario de productos terminados y que cuando en el proceso productivo se presentan desperdicios de materiales su costo se debe contabilizar afectando entre otras cuentas, los costos generales de fabricación o el inventario de productos en proceso, a opción de la empresa, lo que significa que las unidades terminadas del proceso productivo van cargadas con el mayor costo en razón de la pérdida por desperdicios y por tanto no es posible deducirlos de las unidades terminadas, porque ello implicaría una doble contabilización.

Estimó que si las unidades disponibles para la venta eran 13'207.273 y aparece que vendió 13'034.047, la diferencia de 173.226 no puede trasladarse ni afectar las operaciones propias del proceso de comercialización; que ni siquiera en el Impuesto sobre la Renta pueden tratarse como deducciones los faltantes de las unidades de mercancías terminadas cuando el costo se determina por el sistema de juego de inventarios, conforme lo dispone el artículo 28 del Decreto 187 de 1975.

Concluyó entonces la diferencia de 173.226 unidades ha de presumirse como ventas que no fueron facturadas y que por tanto fue adecuada la actuación administrativa pues la sociedad no logó explicar satisfactoriamente la diferencia de inventarios mencionada y a ésta le correspondía desvirtuar la presunción de legalidad según la cual, cuando se presenten diferencias se considera que su valor corresponde a ventas gravadas omitidas.

De otra parte, levantó la sanción por inexactitud impuesta por considerar que para ello se requería que la Administración, demostrara que la sociedad utilizó medios fraudulentos para omitir ingresos que derivaran en un menor impuesto lo que no ocurrió, pues todo indica que se está en presencia de un antitécnico e inadecuado manejo contable.

APELACION

Presentó escrito de apelación el apoderado de la actora en el cual luego de resumir la actuación gubernativa y algunas de las consideraciones de la sentencia, sostuvo que el Tribunal erró al considerar que la sociedad tenía un inventario de unidades disponibles para la venta de 13'207.273, lo cual no es cierto pues ésta nunca mantuvo ese inventario, que la misma acta de inspección dice que el inventario inicial de productos terminados

era de 223.052 kilogramos y que sometió al proceso de transformación 13'177.522 kilogramos de alambrón, lo cual es diferente a como se hizo aparecer. Que los 13'177.522 kilogramos de materia prima no lograron transformarse en 13'177.522 kilogramos de productos terminados tales como: alambres, lisos, brillantes, de púas, etc., porque eso era físicamente imposible lograrlo.

Agregó la diferencia de peso entre la materia prima a transformar y el peso de los productos logrados pero que en lugar de aceptarla como desperdicio, la consideró como ventas omitidas, no obstante que no existe prueba directa ni presuntiva que avale tan equivocado proceder; que la presunción establecida en el artículo 757 del E. T. es inoperante en el caso que se estudia.

Subrayó que la base gravable en el Impuesto sobre las Ventas es el precio de venta y que llevar los desperdicios a ventas constituye una flagrante violación de la ley, porque es gravar al contribuyente sobre un ingreso que ni siquiera puede presumirse que recibió.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar el apoderado de la Nación, solicitó mantener la adición de ventas por cuanto se estableció diferencia entre el número de unidades facturadas por ventas y el número de unidades disponibles para la venta no registrada en el inventario final de productos terminados y que la justificación que dio la sociedad como mermas en el proceso productivo, no fue probada técnica, contable ni legalmente por la sociedad actora. Agregó que la actuación administrativa fue soportada en el artículo 63 del E. T., el cual transcribió.

De otra parte, discrepó de los argumentos que tuvo el *a-quo* para levantar la sanción por inexactitud, pues la Administración no es competente para efectuar juicios de falsedad o fraude en casos particulares. Solicitó confirmar la sanción impuesta en la actuación gubernativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala que el asunto a dilucidar en esta instancia se contrae a determinar la legalidad de la actuación administrativa en cuanto adicionó los ingresos declarados por la sociedad actora, por considerar que ésta omitió ingresos por operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas. El aspecto relativo a la sanción por inexactitud, y que es materia del alegato de conclusión presentado por la Administración, no será analizado por cuanto la decisión del *a-quo* fue favorable en este punto a la actora y la Administración no apeló.

Examinada la actuación gubernativa advierte la Sección que la Administración, en desarrollo de la inspección contable a la actora, estableció que entre la materia prima a procesar y los productos vendidos y facturados, existía una diferencia de 173.226

kilogramos, sobre la cual dedujo que correspondía a ventas omitidas, por cuanto la misma no podía corresponder a faltantes, pérdidas o desperdicios de materias primas, dado que éstos se reflejan en el inventario final.

Apoyó la Administración su actuación en los artículos 25 y 28 del Decreto 187 de 1975 y 63 del E. T., disposiciones relativas a la forma de establecer los costos de los activos para efectos de determinar el impuesto sobre la renta (Libro 1°). Así el artículo 62 del E. T. prevé los sistemas para determinar el costo de los activos movibles enajenados; bien sea por el juego de inventarios o por inventarios permanentes o por cualquier otro de reconocido valor técnico y el artículo 63 consagra, como límite en la valuación en juego de inventarios que las unidades del inventario final deben corresponder a las disponibles (inventario inicial más compras) menos las vendidas durante el año, norma que desarrolla el artículo 25 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 en el sentido de que sólo se aplicará "repecto de las mercancías que se adquieran para venderlas sin transformarlas".

El costo de lo vendido por el sistema de juego de inventarios está constituído por la suma del inventario practicado el 31 de diciembre del año anterior al gravable, adicionado con el costo de la mercancía comprada, transformada, extraída o producida en el año fiscal, suma de la cual se sustrae el inventario físico efectuado en el último día del año. Así mismo determina la legislación del Impuesto sobre la Renta que cuando los costos se establezcan por el sistema de juego de inventarios en ellos se encuentra incluído el valor de las mercancías perdidas y la utilidad en las ventas queda disminuida con su respectivo valor. En consecuencia, mal pueden reconocerse nuevamente como deducción y por eso el artículo 28 del Decreto 187 de 1975, advertía que las pérdidas de activos movibles reflejadas en el inventario no eran deducibles.

Otra regla que en el mismo capítulo se contempló para la determinación de los costos es la consagrada en el artículo 64 del E. T. que autoriza un margen de disminución en el inventario final de hasta un 5% de las unidades del inventario inicial más las compras cuando se trate de mercancías de fácil destrucción o pérdida, pudiendo demostrarse pérdidas mayores por razones de fuerza mayor o caso fortuito, pero "respecto de las mercancías que se adquieran para venderlas sin transformarlas" (art. 25 D. R. 187/75), o sea, que no es aplicable a materia prima en actividad industrial de transformación.

Pero todas estas normas están específicamente relacionadas con una materia: la determinación del costo de activos movibles para efectos de depurar los ingresos brutos obtenidos en su venta para establecer la base gravable con Impuesto sobre la Renta.

De suerte que la posición adoptada por la Administrción y prohijada por el Tribunal no puede ser compartida por la Sala, pues si bien aquella podía ser válida para determinar el Impuesto sobre la Renta, no lo es para el Impuesto sobre las Ventas que constituye materia de la *litis* en el proceso que se entiende.

Para la Sala es claro que el análisis efectuado por la Administración a través de la inspección contable a los inventarios en la forma como se efectuó, estuvo encaminado a cuestionar o establecer los **costos,** lo cual resultaba improcedente en una inspección destinada a fiscalizar las declaraciones de ventas, toda vez que en el proceso de determinación del Impuesto sobre las Ventas no tiene relievancia la utilidad (o pérdida) obtenida por el responsable sino el impuesto generado en las operaciones gravadas y al incurrido en los costos y gastos que sean descontables, o sea, que tienen injerencia pero como impuestos pagados al incurrir en los costos, mas no la determinación misma de éstos.

Adicionalmente, la Sala observa que el procedimiento utilizado por la Administración no corresponde a los establecidos por el legislador para determinar o investigar las ventas gravadas, ni encaja en las presunciones que excepcionalmente contempla la ley con el mismo fin.

Tiene razón la demandante cuando invoca como violados los artículos 742, 745 y 746 del E. T., pues si bien es cierto que la Administración goza de amplias facultades de fiscalización "la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstas sean compatibles con aquéllos" (art. 742), y aunque en principio se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias (746), éstos pueden ser desvirtuados por la Administración pero mediante las pruebas a que se refiere en general el artículo 742.

Si el Impuesto a las Ventas se causa por la importación o la venta de bienes corporales muebles (no excluídos) o la prestación de servicios en el territorio nacional, la labor de fiscalización de la Administración debía centrarse en establecer los factores que lo configuran, utilizando para ello todos los elementos que consagra la ley para determinar cuándo hay venta o se considera que ésta existe (arts. 420, 421, 429, etc.).

Pero no existiendo objeción a la contabilidad (que prueba a favor del contribuyente, art. 772 E. T.), ni prueba directa de omisión de registro de ventas, no podía la Administración utilizar un método indirecto establecido para otros fines,como ya se explicó.

Porque dentro de los medios de prueba la legislación tributaria también contempla las **presunciones** pero siendo estos medios excepcionales que requieren especial consagración, su aplicación debe ajustarse a lo que disponga la ley, como se desprende de las que específicamente regula el Estatuto Tributario en sus artículos 754 a 763.

Es cierto que dentro de ellas figura la "presunción por diferencia de inventarios" en el artículo 757 pero ésta nunca fue invocada por la Administración como fundamento de su actuación, sino apenas mencionada en el proceso contencioso cuando ya no era procedente; pero además, resulta que el método aplicado por la Administración

(basado, como ya se dijo, en el art. 63), no es igual, ni comparable con el del artículo 757 que es uno de los especiales para el Impuesto a las Ventas.

Prevé el artículo 757 del E. T. (art. 50 inc.1° lit. a), Decreto 3541/83) que "cuando se constate que los inventarios son superiores a los contabilizados o registrados", podrá presumirse que tales diferencias representan ventas gravadas omitidas en el ejercicio fiscal anterior, o sea, que la premisa de la presunción consiste en que los inventarios físicos, reales, son superiores a los registrados.

Igualmente precisa que el monto de las ventas gravadas omitidas se calculará incrementando la diferencia de inventarios detectada en el porcentaje de utilidad bruta registrada en la declaración del contribuyente del ejercicio fiscal o del inmediatamente anterior.

La Administración tomando como fuente de información los libros de contabilidad, los comprobantes y documentos que respaldan los registros por el año gravable de 1989 estableció a título de unidades disponibles para la venta, las cantidades de materia prima medidas por su peso en kilogramos, así:

	KILOGRAMOS
INVENTARIO INICIAL DE MATERIAS PRIMAS	249.600
(+) COMPRAS	14'411.333
INVENTARIO UTILIZABLE	14'660.933
(-) INVENTARIO FINAL DE MATERIAS PRIMAS	1'483.411
TOTAL MATERIA PRIMA GASTADA	13'177.522
(+) INVENTARIO INICIAL DE PRODUCTOS TERMINADOS	253.052
(-) INVENTARIO FINAL DE PRODUCTOS TERMINADOS	223.301
UNIDADES VENDIDAS (Disponible para la venta)	13'207.273

El mencionado rubro, esto es, unidades (kilogramos) disponibles para la venta, fue comparado con la cantidad de unidades efectivamente facturadas por ventas, para determinar como diferencia de ventas omitidas, lo siguiente:

Unidades disponibles para venta	13'207.273
(-) Unidades vendidas facturadas	13'034.047
Diferencia ventas omitidas	173.226

De esta forma se observa que la Administración si aparentemente quiso aplicar aquella disposición (art. 757 E. T.), lo hizo equivocadamente, entre otras razones,

porque no constató previamente si las unidades del inventario final eran efectivamente superiores a las contabilizadas o registradas, en los libros, hecho que no aparece demostrado en la actuación administrativa, pero obró también equivocadamente tratando de amoldar un sistema que está diseñado para determinar costos y por ende renta bruta a un problema de posible omisión de ingresos por venta.

En síntesis, la Sala encuentra que el procedimiento adoptado por la Administración, basado en el artículo 63 del E. T. fue totalmente desacertado; que aun en el supuesto de que hubiera pretendido aplicar el del art. 757 también fue equivocado, por lo que la adición a las ventas declaradas por la compañía debe tenerse como el fruto de suposiciones o conjeturas y no fundada en pruebas ciertas, como tampoco basada en las presunciones que autoriza la ley, por todo lo cual debe revocarse la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1° REVOCASE la sentencia apelada.

2° DECRETASE la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 001 del 10 de enero de 1992 y de la resolución No. 026 del 4 de febrero de 1993, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, mediante las cuales se determinó el impuesto sobre las ventas a cargo de la sociedad TREFILERIA COLOMBIANA "TREFILCO S. A.", NIT: 890.200.863-7 por el sexto bimestre de 1989.

3° LEVANTASE la caución constituída mediante póliza judicial No. 478800 con Seguros Colmena el 9 de julio de 1993.

4° RECONOCESE personería al Dr. LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS para actuar en representación de la Nación.

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, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en providencia de 4 de noviembre de 1994, Exp. 5777, Ponente: Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS.

ENTIDAD DEL REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL/BENEFICIO NETO- Destinación/**FUNDACION SIN ANIMO DE LUCRO**

Fue voluntad del legislador para efectos de conceder la exención a los nuevos contribuyentes sobre el beneficio neto o excedente exigir que el mismo se destinatara a desarrollar directamente el objeto social de la entidad, o la destinación directa o indirecta a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica, tecnología o a programas de desarrollo social de interés general, o bien, que se destine a constituir asignaciones permanentes para el desarrollo de tales actividades. No queda duda que el objeto social de la Fundación sí cumplía con las condiciones exigidas por la Ley 84 de 1988, cuyo artículo 1o. inciso 3o. exige que el excedente se destine al cumplimiento del objeto social de la entidad o que la destinación directa o indirecta corresponda a las actividades allí señaladas entre las cuales se encuentra la educación, la investigación científica y tecnológica de interés social y que a ellos tenga acceso la comunidad. De otra parte no establecen la ley ni el reglamento fórmulas sacramentales o un modelo al cual deban ajustar literalmente las actas los órganos directivos de las Fundaciones para efectos de acceder al beneficio fiscal. Mal puede entonces la Administración negarles efecto legal cuando es evidente la voluntad del Consejo Superior de INCOLDA de destinar el excedente a las actividades previstas en el objeto social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5703. Actor: Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA". Apelación de la sentencia del 13 de mayo de 1994. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1990. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación como por el apoderado de la actora contra la sentencia del 13 de mayo de 1994, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado a través de apoderado por el **CENTRO DE DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA "INCOLDA"**, contra los actos administrativos mediante los cuales el Comité de Entidades sin ánimo de lucro de la Dirección General de Impuestos Nacionales, gravó con el 20% el excedente denunciado por el año gravable de 1990, y desconoció la procedencia de egresos.

ANTECEDENTES

1.- El 22 de mayo de 1991, el **CENTRO DE DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA "INCOLDA"**, solicitó del Comité de Entidades sin ánimo de lucro la calificación de procedencia de los egresos efectuados en el año de 1990 y la exención del beneficio neto, solicitud que fue despachada desfavorablemente por el Comité mediante la resolución No. 0294 del 20 de diciembre de 1991 que declaró improcedente la deducción de egresos y la exención del beneficio neto.

Contra dicho acto administrativo el contribuyente interpuso recurso de reposición, alegando tener derecho al beneficio fiscal, por haber destinado el beneficio neto a educación conforme con lo exigido por el artículo 4o. del Decreto 868 de 1989.

El recurso fue fallado con la resolución 0097 del 6 de noviembre de 1992, con modificación de la resolución recurrida en el sentido de reconocer la procedencia de deducibilidad de egresos por $150.490.000 para un excedente neto de $72.669.000, que gravó por no haber dado el contribuyente cumplimiento a los artículos 4o. y 5o. del Decreto 868 de 1989 y, rechazó el valor de $4.028.000 por cuanto a pesar de que la sociedad alegó que destinó $17.127.716 para compra de activos fijos, el incremento sobre tal rubro sólo fue de $13.099.000 en el año, diferencia que gravó a la tarifa del 20% adicionada al gravamen de $68.641.000, sobre los cuales no cumplió las exigencias requeridas.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acudió "INCOLDA" en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, al considerar que el acto administrativo que negó el beneficio fiscal y gravó el excedente neto, violó los artículos 84 de la Constitución Nacional, 359 del Estatuto Tributario y 4o. y 5o. del Decreto 868 de 1989, porque":

1.- Procedencia de los egresos

Los egresos de la entidad presentados al Comité con ocasión de la solicitud de calificación corresponden a sus gastos operativos normales que por su misma naturaleza son necesarios al desarrollo del objeto social. Esos egresos corresponden a honorarios a profesores, promoción de cursos, materiales didácticos y gastos de administración de acuerdo a estado de ingresos y egresos que se envió con la solicitud de calificación y que invoca como prueba. La misma resolución 294 en el literal a) del punto 4 reconoce la procedencia de los egresos cuando afirma: "en su totalidad son costos y gastos operacionales que corresponde al giro ordinario de sus negocios y por consiguiente a su actividad productora de renta...".

No obstante lo anterior, el Comité en la resolución 0097 no acepta como egreso procedente la suma de $4.028.000 al cruzar los estados financieros de 1990 con la declaración de renta del año de 1989, afirmando que la entidad asegura haber comprado activos por $17.127.716 y que el incremento por este valor, resultado del citado cruce, sólo asciende a $13.099.000, cuando de la sola comparación de las cifras que tomó la Administración se deduce que se están comparando cifras fiscales de 1989 y cifras de balance de 1990. Adicionalmente en las cifras comparadas no se incluye la valorización en el año de 1990, que tiene un valor acumulado de $7.648.200. Como prueba de las cifras anteriores envío certificación de contador público.

Explica que en diciembre de 1990 se donaron equipos al Instituto de Ciegos y Sordomudos y se descargaron de la contabilidad por $110.000. Como prueba de ello envío el correspondiente certificado.

Explicación que acompañada de los certificados a su entender desvirtúan la diferencia rechazada por el Comité que establece así:

El valor de las valorizaciones no tenidas en cuenta en 1990	$3.918.000
y el valor de los equipos donados por	$ 110.000
reflejan el incremento de los activos no aceptado por el Comité	$4.028.000

Por lo anterior concluye que el egreso es procedente para la entidad.

2.- Exención del beneficio neto o excedente

Expone que el objeto social de la entidad Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA" corresponde de acuerdo con la resolución 4080 del 12 de octubre de 1974 que le reconoció la personería jurídica, propender por el desarrollo integral del hombre y en especial de quienes se dedican a la administración en todas sus formas, preparándolas así para servir a sus empresas públicas y privadas y al desarrollo social y económico del país. La labor educativa que el Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA" realiza es de interés general y el acceso que a ellos tiene la comunidad se comprueba en el año gravable de 1990, al describir y demostrar la

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

inversión efectuada en las diferentes actividades académicas que realiza mediante cursos dirigidos a diversos sectores del área administrativa de las empresas del país.

En cumplimiento de su objeto social el Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA" presta un servicio público que el Estado le encomienda (educación) y al que tiene acceso toda la comunidad con las restricciones propias de todos los establecimientos al no tener capacidad para brindar el servicio a todos los ciudadanos a la vez y por igual.

La Gobernación del Valle del Cauca al otorgar la personería jurídica al Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA" lo hizo reconociendo su calidad de entidad sin ánimo de lucro una vez aportadas las pruebas exigidas para tal fin. El Comité al negar la exención del beneficio neto obligaría al Centro a pagar un impuesto y esto menguaría su capacidad para cumplir el objeto social que debe ampliarse cada día a más personas hasta lograr el objetivo de una cobertura total.

Dice que sí cumplió con las previsiones del inciso 1° del literal b) del artículo 5° del Decreto 868 de 1989, que establece que para efecto de la exención del beneficio neto o excedente, la entidad deberá, previamente a la presentación de la declaración de renta, aprobar la destinación de los mismos a las siguientes actividades: salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica, o a programas de desarrollo social, siempre y cuando los mismos sean de interés general y que a ellos tenga acceso la comunidad.

Por su parte, el artículo 359 del Estatuto Tributario expresa: "Objeto Social". El objeto social que hace procedente la deducción y exención de que tratan los artículos anteriores, deberá corresponder a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica o a programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.

No establece la ley requisitos especiales que deba cumplir el acta en la cual se determine la destinación del beneficio neto ya que sólo debe expresar a qué va a destinarse, y en caso de que sea a su objeto social, la exención es procedente por tratarse de educación en este caso, ya que constituye la función normal de la institución y así quedó expresado en el acta.

Estima que se violó el artículo 84 de la Constitución Nacional que dice: "Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las entidades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio". Por lo anterior la Administración Tributaria no puede exigir formalidades en el acta que no han sido establecidas por la Ley o el Reglamento.

Tal vez el Comité pretendió exigir requisitos adicionales que deben cumplirse en el caso de constituir asignaciones permanentes o de solicitar plazos adicionales, casos

en los cuales deben los interesados efectuar los trámites previstos en el artículo 360 del Estatuto Tributario y artículo 7° Decreto 868 de 1989, pero que no se aplican para el caso concreto de INCOLDA porque esta entidad no pretendió solicitar plazos adicionales ni asignaciones permanentes.

Adicionalmente a los anteriores planteamientos solicita que se aplique el principio de igualdad ante la Ley, por cuanto a la entidad Centro de Desarrollo de Bogotá "INCOLDA" Nit 860.044.044 se le aceptaron los argumentos y las pruebas aportadas y se le exoneró el beneficio neto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al considerar que el análisis de las normas reguladoras de la exención del beneficio neto llevaban a la conclusión de que no tenía razón el demandante al reclamar la procedencia de los egresos por $68.641.000, pues el artículo 4° del Decreto 868 de 1989 señala como condiciones para la procedencia de los mismos, su destinación específica y si bien mediante el Acta No. 13 del 14 de marzo de 1991, el Consejo Directivo de INCOLDA decidió que el beneficio neto fiscal producido durante el año de 1990, por un total de $68. 641.000 se dedicara al cumplimiento de las funciones normales de la Institución en 1991, tal decisión fue genérica en extremo, al punto que podría o no coincidir con su objeto social, y sin que se previera con exclusividad el destino de tales dineros a la educación, principal objetivo de la empresa, a su juicio no cumplió la actora con el requisito previsto en el literal e) del artículo 12 del Decreto 868 de 1989.

Aceptó la procedencia de los egresos por valor de $4.028.000 al encontrar justificada la diferencia que rechazó el Comité.

LA APELACION

a) De la demandada

El apoderado judicial de la Nación al apelar la sentencia, luego del recuento de los hechos, asevera que el Tribunal desconoció el hecho de que la resolución 097 de 1992 desconoció la suma de $4.028.000 dada la circunstancia "que la entidad adquirió activos en 1990 en cuantía de $17.127.716 y hechos los cruces de los estados financieros con las declaraciones de 1989 y 1990, el incremento por el rubro en cuestión asciende sólo a $13.099.000", motivo por el cual debe gravarse con la tarifa del 20% tal suma.

b) De la actora

Impugna la sentencia del Tribunal en cuanto no aceptó la exención y gravó la suma de $68.641.000 correspondiente al beneficio neto obtenido en el año gravable de 1990, con fundamento en que la decisión adoptada por el Consejo Directivo no implicaba la destinación exclusiva de tal valor a la educación a pesar de que acepta que tal actividad

sí es el principal objeto de la empresa. Desconociendo que el artículo 12 del Decreto Reglamentario 868 de 1989, determina en forma taxativa los documentos que deben presentarse ante la Secretaría del Comité de Entidades sin Animo de Lucro y al referirse en su literal e), al acta, sólo exige que en el acta conste la aprobación de la destinación del beneficio neto a las actividades señaladas en el artículo 5° del Decreto Reglamentario 868 de 1989, dentro del año siguiente al de su obtención, o de la aprobación de programas que requieren plazos adicionales a un año, así como a la constitución de asignaciones permanentes. En tal sentido el Acta No. 13 del Consejo Superior de INCOLDA dejó expresamente la constancia de que el beneficio neto fiscal producido por INCOLDA durante el año de 1990 por total de $68.641.000, se dedicara al cumplimiento de las funciones normales de la Institución en 1991.

Funciones normales que no son otras que las señaladas en el objeto de la Fundación, que es exclusivamente la capacitación, a la cual tiene acceso el público en general. Resulta claro entonces que la Fundación está destinando la totalidad de sus excedentes al cumplimiento de tal objeto; actividad contemplada expresamente entre las señaladas en el Decreto 868 de 1989. No podía entonces la Administración presumir sin fundamento, que la Fundación realiza actividades no contempladas dentro de su objeto, para concluir erróneamente que destinó los excedentes generados en el año de 1990 a fines diferentes.

Por el contrario, las pruebas allegadas al proceso demuestran que el excedente neto fue empleado en actividades de capacitación e investigación, y al desconocerlas, sin haberlas desvirtuado, se violó el artículo 742 del Estatuto Tributario y el artículo 86 de la Constitución Política, que presume la buena fe.

Expone que en el año gravable de 1991, ante circunstancias idénticas, la Administración reconoció el derecho al beneficio fiscal y en consecuencia no existe razón Jurídica que fundamente tal incoherencia en la posición de la Administración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la actora al alegar de conclusión, luego del recuento de los hechos que dieron origen al libelo y del contenido de la demanda reitera los fundamentos de la impugnación y concluye que a diferencia de lo planteado por el Tribunal, el Consejo Directivo de INCOLDA, dispuso efectivamente la destinación del excedente de 1990 a las actividades enunciadas en el Decreto 868 de 1989 artículos 4° literal b), y 5°.

Pide se revoque la sentencia apelada, en este punto se anulen los actos acusados y se reconozca el beneficio fiscal por el excedente neto obtenido por la Fundación en el año de 1990.

La demandada

Al alegar de conclusión pide se confirme la sentencia apelada, en cuanto niega la exención del beneficio neto pues en su criterio el acta del Consejo Directivo en ningún

momento indicó de manera clara y expresa que la destinación del beneficio neto era el de la realización de las actividades descritas en el artículo 5° del Decreto 868 de 1989, y en consecuencia, la Administración al negar el beneficio tributario sólo cumplió la ley.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación estima que la sentencia apelada debe confirmarse porque la exención tributaria es definida como aquella rebaja total o parcial que en principio se causa en cabeza del contribuyente, pero que el Legislador ha decidido exonerar por razones políticas o económicas.

Para el efecto el mismo legislador ha establecido unas condiciones y requisitos para ser cumplidos por el contribuyente que aspira a dicho beneficio, por cuanto éste es de orden excepcional, no general, y ello implica que no solo se den los circunstanciales sino también los formales, para su operancia.

Al revisar la actuación del caso en estudio, halla que la destinación del beneficio neto a que se refiere la exención del artículo 5° del Decreto 868 de 1989 debe cumplir con el requisito exigido por el artículo 12 literal e) y del extracto del Acta No. 13 en autos, advierte que la contribuyente no cumplió con el requisito de la norma precitada, especificando la actividad, que sólo puede ser, una de las taxativamente indicadas en el literal b) del artículo 4° del mismo Decreto.

Tal exigencia tiene su razón de ser en que la Administración no sólo no puede darse a la tarea de inferir a partir del objeto social establecido, qué actividades se cumplen sino que, por disposición de la norma citada es imperativo su cumplimiento, en la forma por ella señalada, y porque además sí pueden ser desarrolladas otras actividades por la sociedad de donde se hace necesaria la exigencia estricta por parte de la Administración, del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos, en forma precisa y sin que den lugar a ambigüedades como sí sucede en el caso de estudio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con lo previsto en la Ley 84 de 1988, las entidades sin ánimo de lucro, denominadas nuevos contribuyentes para efectos fiscales, tienen un tratamiento preferencial frente a los demás contribuyentes, siendo una de estas prerrogativas, que el beneficio neto o excedente, que en principio es gravable a la tarifa del 20%, quede exencionado de impuesto sobre la renta cuando se destine a programas de desarrollo de su objeto social, siempre y cuando se cumplan los requisitos que para el efecto exige la ley.

En el caso concreto, el libelo gira en torno a estos requisitos exigidos, pues mientras la Administración estima que el contribuyente no los cumplió, el actor alega que sí los cumplió y que existe por parte de la Administración, no sólo una indebida e incoherente

interpretación de las normas pertinentes, sino el desconocimiento de las pruebas allegadas que demuestran la destinación del beneficio neto a las actividades señaladas por la ley.

Para mayor ilustración la Sala transcribe las normas tributarias que regulan a esta clase de contribuyentes así como el beneficio tributario reclamado.

"Ley 84 de 1985.

"Artículo 1.- Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro y los demás nuevos contribuyentes a que se refiere el artículo 32 de la Ley 75 de 1986, serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con régimen tributario especial. La tarifa única aplicable será del 20% sobre el beneficio neto o excedente, **el cual será exento en la parte que destinen el cumplimiento de su objeto social,** de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

"Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo.

"Para que proceda la deducción de los egresos y la exención del beneficio o excedente, **el objeto social de estas entidades o la destinación directa o indirecta de sus excedentes deberá** corresponder a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica o para programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tengan acceso la comunidad.

"El beneficio neto o excedente generado en la no procedencia de los egresos, no será objeto del beneficio de que trata el artículo siguiente.

"Artículo 2o. El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo anterior tendrá el carácter de exento, cuando **se destinan en el año siguiente a aquél en el cual se obtuvo a programas que desarrollen su objeto social...**".

Decreto Reglamentario 868 de 1989.

"Artículo 4.- Egresos. Los egresos procedentes serán aquellos de cualquier naturaleza, realizados en el respectivo período gravable, siempre y cuando cumplan **alguna** de las siguientes condiciones:

"a) Que los egresos constituyan costo o gasto y tengan relación de causalidad con los egresos.

"b) Que los egresos que no teniendo relación de causalidad con los ingresos, se destinen a las siguientes actividades: salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica, o a programas de desarrollo, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad. Dentro de los egresos, se incluyen las inversiones que se hagan en cumplimiento de las actividades anteriormente señaladas.

"El valor correspondiente a la ejecución de beneficios netos o excedentes de años anteriores, no se considerará como egreso o inversión del ejercicio.

"Para que proceda la deducción de los egresos, se requerirá de la calificación del Comité de Entidades sin Animo de Lucro, cuando se den las condiciones contempladas en el artículo 8° del presente Decreto...".

"Artículo 5°.- Exención del beneficio neto o excedente.
El beneficio neto o excedente, determinado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del presente decreto, estará exento del impuesto sobre la renta y complementarios, en la parte que cumpla alguna de las siguientes condiciones:
"a) Que se destine dentro del año siguiente al de su obtención, o dentro de los plazos adicionales de que trata el artículo siguiente, a desarrollar directamente o indirectamente una o varias de las actividades citadas en el literal b) del artículo anterior.

"b) Que se destine a constituir asignaciones permanentes, para el desarrollo de tales actividades, de conformidad con lo señalado en el artículo 7° de este Decreto.

"Para efectos de la exención del beneficio neto o excedente, la entidad deberá previamente a la presentación de la declaración de renta, aprobar en su Asamblea General u órgano directivo que haga sus veces, la destinación de los mismos de conformidad con las anteriores condiciones.

"Así mismo, para la exención del beneficio neto o excedente, se requerirá de la calificación o autorización en tal sentido del Comité de Entidades sin Animo de Lucro, cuando se den las condiciones contempladas en el artículo 8° del presente Decreto.

"Parágrafo 1°. El beneficio neto **o excedente no destinado a los fines previstos en este artículo** y en general en la procedencia de los egresos, **así como aquél que habiendo sido destinado a uno de los anteriores, no haya cumplido con su ejecución, constituye beneficio neto o excedente gravable sometido a la tarifa del 20%, en el año en que esto ocurra y sobre tal impuesto no procede ninguna deducción o descuento**..."

"Artículo 12. Solicitud de calificaciones. Las entidades que requieran las calificaciones o autorizaciones señaladas en el artículo anterior, deberán pre-

sentar su solicitud ante la Secretaría del Comité de Entidades sin Animo de Lucro, anexando los siguientes documentos según la naturaleza de la solicitud:

... "e) Copia del acta de la Asamblea General u órgano directivo que haga sus veces, en la cual conste la aprobación de la destinación del beneficio neto a las actividades señaladas, dentro del año siguiente al de su obtención, o de la aprobación de programas que requieren plazos adicionales a un año, así como de la constitución de asignaciones permanente, según el caso..." (Subraya la Sala).

Del contexto literal de las normas transcritas claramente se infiere que fue voluntad del legislador para efectos de conceder la exención a los nuevos contribuyentes sobre el beneficio neto o excedente exigir que el mismo se destinara a desarrollar directamente el objeto social de la entidad, o la destinación directa o indirecta a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica, o tecnológica o a programas de desarrollo social de interés general, o bien, que se destine a constituir asignaciones permanentes para el desarrollo de tales actividades.

Analizada la actividad desarrollada por la actora, a efectos de obtener el reconocimiento a la exención, se observa que sí cumplió a cabalidad los requisitos para hacerse acreedora a dicho beneficio fiscal, porque:

a) El objeto de la Fundación como lo admite la Administración en la resolución 020 de 1993 (Fl. 86 cdno. ppal.):

"Es contribuir al fortalecimiento constructivo del sistema de empresa privada, mediante la realización de investigaciones en todos los campos y particularmente en materia administrativa; organizar cursos informativos, formativos y profesionales, congresos, seminarios, conferencias; prestar servicios de asesorías, recopilación y difusión de información científica y técnica, impartir educación continuada y no formal".

b) En la resolución 0097 del 6 de noviembre de 1992, proferida al resolver el recurso de reposición expresa el mismo Comité:

"Reexaminado el expediente en comento y su correspondiente recurso, se puede establecer que efectivamente los egresos de la entidad por el año gravable de 1990 se ajustan a lo que preceptúa el artículo 4° del Decreto 868 de 1989, toda vez que tienen relación de causalidad con los ingresos que los generaren.

"En consecuencia, este Comité reconoce la procedencia de los egresos, conforme a la siguiente liquidación:

"Ingresos	$223.159.000
Egresos	$150.490.000
Excedente	$ 72.779.000"

Y para desconocer el derecho a la exención razona así:

"Este Comité desconoce por no ser procedente como egreso la suma De $4.028.000; en virtud de que asegura la entidad que adquirieron activos fijos por $17.127.000, sin embargo hecho el cruce de los estados financieros correspondientes a 1990 con la declaración de 1989, se ve que el incremento por este rubro solamente asciende a $13.099.000.

"Se procede en consecuencia a gravar a la tarifa del 20% la suma de $4.028.000.

"En el mismo orden de ideas, este ente interinstitucional grava a la tarifa del 20% la suma de $68.641.000 correspondiente al excedente fiscal de la entidad; en razón de que contraría de una forma clara el querer de la norma, en el segundo inciso del literal b) del artículo 5° del Decreto 868 de 1989; que establece que "para efectos de la exención del beneficio neto o excedente, la entidad deberá, previamente a la presentación de la declaración de renta, aprobar en su Asamblea General u órgano directivo que haga sus veces, la destinación de los mismos de conformidad con las anteriores condiciones". Estas condiciones hacen relación a que se destinen dentro del año siguiente al de su obtención a desarrollar directa o indirectamente una o varias de las actividades que cita el Decreto aludido, o que se destine a constituir asignaciones permanente para el desarrollo de tales actividades...:"

No queda duda entonces que el objeto social de la Fundación sí cumplía con las condiciones exigidas por la Ley 84 de 1985, transcrita, cuyo artículo 1° inciso 3° exige que el excedente se destine al cumplimiento del objeto social de la entidad o que la destinación directa o indirecta corresponda a las actividades allí señaladas entre las cuales se encuentra la educación, la investigación científica y tecnológica de interés social y que a ellos tenga acceso la comunidad.

Cuando el Acta No. 13 del 14 de marzo de 1991 del Consejo Superior del Centro de Desarrollo del Valle del Cauca "INCOLDA" dispuso que el beneficio neto fiscal producido en 1990 "sea dedicado al cumplimiento de las funciones normales de la Institución 1991" se está refiriendo obviamente a lo que hacen parte del desarrollo del objeto social de la actora que comprendía la educación mediante la realización de investigación en todos los campos e impartía educación continuada y no formal con miras al fortalecimiento constructivo de la empresa privada.

De otra parte no establecen la ley ni el reglamento fórmulas sacramentales o un modelo al cual deban ajustar literalmente las actas los órganos directivos de las Fundaciones para efectos de acceder al beneficio fiscal. Mal puede entonces la Administración negarles efecto legal cuando es evidente la voluntad del Consejo Superior de INCOLDA de destinar el excedente a las actividades previstas en el objeto social.

Además, la actora acreditó dentro del proceso el empleo real y efectivo del excedente en actividades de capacitación e investigación mediante el certificado que sobre tal aspecto expidió su Revisor Fiscal, junto con el Contador Público. (Fl. 24 a 28 cdno. ppal.).

Si la Administración consideraba, a pesar de las pruebas presentadas, que la Fundación no destinó el excedente obtenido en el año de 1990 a las actividades previstas en la ley o si estimaba que ésta no se dedicó al desarrollo del objeto social, el que no cuestionó, debió ejercer su función fiscalizadora para negar el beneficio fiscal demostradas tales circunstancias.

Adicionalmente, observa la Sala que por el período gravable de 1991, año en el cual ha debido ejecutarse la inversión del excedente de 1990 el Comité de Entidades sin Animo de Lucro reconoció el beneficio fiscal sobre el excedente de $63.255.000 solicitado por el año de 1991, sin que en las respectivas providencias cuestionara la no utilización durante este período del excedente del ejercicio anterior.

En consecuencia habrá de reconocerse en esta oportunidad la exención sobre el beneficio neto.

En igual forma habrá de confirmarse la decisión del *a-quo* en cuanto reconoció la procedencia de egresos por valor de $4.028.000 que desconoció la Administración, al estimar que si el valor de adquisición de activos fijos por el año de 1990 fue según lo expuesto por la actora de $17.127.716, no se justificaba que el incremento de tal rubro en 1990 sólo fuera de $13.099.000. Porque como claramente lo expresa el *a-quo*, vistas las certificaciones expedidas por el Revisor Fiscal de los períodos contables de 1989-1990, contables (Fls. 23 y 24 cdno. ppal.), no cuestionada por la Administración, es evidente que el valor de la inversión por $17.127.716 sí incrementó el valor de activos fijos en el período.

En efecto, el registro contable de activos fijos antes de	
depreciación de 1990 es de	$64.762.068
mientras que el valor de 1989 por tales conceptos fue de	$44.015.352
para una diferencia inicial de	$20.746.716
más el descargo por obsoletos	$ 110.000
menos la valorización del año	$(3.729.000)
Total diferencia	$17.127.716

En consecuencia se reconoce como exento en esta oportunidad la totalidad del excedente neto por valor de $68.641.000 declarado por la Fundación en su denuncio fiscal de 1987.

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) **REVOCANSE** los numerales 1o., 3o. y 4o. de la sentencia apelada.

2) **ANULANSE** totalmente las resoluciones Nos. 294 de diciembre 20 de 1991 y 0097 del 6 de noviembre de 1992 proferidas por el Comité de Entidades sin ánimo de lucro de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales.

3) **DECLARASE** el carácter de exento del excedente neto que en cuantía de SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOAS CUARENTA Y UN MIL PESOS ($ 68.641.000) obtuvo durante el año de 1990 la Fundación CENTRO DE DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA "INCOLDA" NIT. 890.308.743-7.

4)**RECONOCESE** personería al doctor Carlos Alberto Bernal Botero a términos del poder que obra a Folio 143 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.

PRESCRIPCION DE OBLIGACIONES/GARANTIA DE COMPAÑIA DE SEGUROS/TITULO EJECUTIVO-Conformación/**POLIZA DE GARANTIA**-Término de Vigencia

Respecto al término de prescripción de las obligaciones que surgen a cargo de las compañías aseguradoras, al emitir en favor de las entidades públicas pólizas como garantía de cumplimiento de obligaciones de terceros frente a éstas, especialmente cuando ellas se refieren a materia fiscal. Se tiene que si expedido el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía dentro de los cinco (5) años siguientes a su firmeza, no se han realizado los actos que corresponden para ejecutarlos no puede la Administración exigir su cobro. Cosa distinta, la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del C.C.A. Término que no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque este tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 5759. Actor: La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. Apelación de la sentencia del 12 de mayo de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Autoridades Nacionales. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 12 de mayo del año en curso, estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad **LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.,** contra la resolución 062 del 5 de febrero de 1986, el Auto 1448 de abril 8 de 1986 y la resolución 00227 de enero 19 de 1990, mediante las cuales la Administración de Aduana Interior de Medellín ordenó hacer efectivas las pólizas 11-3000791, 11-3000790, 11-3000765, 11-301658, 113001052, 11-300756 y 11-3000757, emitidas por la actora como garantía de la obligación reexportación, Plan Vallejo, de mercancías introducidas al país por CIFEX Internacional Ltda.

ANTECEDENTES

La Sociedad CIFEX Internacional Ltda., introdujo al país mediante el sistema importación-exportación las mercancías amparadas con los manifiestos de importación 03216, 11569, 11649, 13391, 0006, 0171, 08938, libres de impuestos y para garantizar el cumplimiento de la obligación de reexportación, contenida en el contrato 1-384 presentó las pólizas expedidas por LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. números 11-3000791, 11-3000790, 11-3000765, 11-301658, 11-3001052, 11-3000756 y 11-3000757 con fechas de 20 de enero de 1982, 06 de noviembre de 1981, 24 de marzo de 1981, 22 de julio de 1982, 28 de septiembre de 1981 y el 28 de septiembre de 1981, respectivamente. Con los siguientes períodos de cobertura: póliza No. 11-3000791 del 14 de enero de 1982 hasta el 14 de febrero de 1983; póliza No. 11-3000790 del 4 de enero de 1982 hasta el 4 de febrero de 1983; póliza No. 11-3000765 del 06 de noviembre de 1981 hasta el 06 de diciembre de 1982; póliza No. 11-301658 con una vigencia inicial del 23 de marzo de 1981 hasta el 23 de abril de 1982, posteriormente prorrogada mediante anexo No. 001884 desde el 23 de abril de 1982 hasta el 23 de octubre de 1982; póliza No. 11-3001052 del 16 de julio de 1982 hasta el 16 de agosto de 1983; póliza No. 11-3000756 con una vigencia inicial del 25 de septiembre de 1981 hasta el 25 de octubre de 1982, posteriormente prorrogada mediante anexo No. 002515 desde el 25 de octubre de 1982 hasta el 25 de mayo de 1983; póliza No. 11-3000757 con una vigencia inicial del 25 de septiembre de 1981 hasta el 25 de octubre de 1982, prorrogada posteriormente mediante anexo No. 002514 desde el 25 de octubre de 1982 hasta el 25 de mayo de 1983.

El objeto de dichas pólizas era el de garantizar que durante la vigencia de cada una de ellas, el afianzado en este caso CIFEX Internacional Ltda., cumpliría con las disposiciones legales relacionadas con la reexportación de mercancías Plan Vallejo, según contrato No. 1-384.

La Aduana Interior de Medellín, mediante resolución No. 062 del 05 de febrero de 1986 resolvió requerir a LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERA-

LES DE COLOMBIA S.A. para que en el término de 10 días contados a partir de la notificación de dicha providencia, procediera a cancelar a favor de la Aduana de Medellín, la suma de $15.552.422, por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato 1-383 garantizados con las pólizas números 11-3000791, 11-3000790, 11-3000765, 11-301658, 11-30001052, 11-3000756 y 11-3000757 de LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. o su fiado CIFEX Internacional S.A. En vista de que el importador no dio cumplimiento a la obligación de reexportación.

Contra esta resolución la Compañía aseguradora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, alegando que había ocurrido el fenómeno de la prescripción por haber vencido el término previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio sin que la Administración hubiera exigido su pago.

El recurso de reposición fue fallado en forma desfavorable mediante auto 1448 de abril 8 de 1986, y la apelación subsidiaria, fue resuelta con la resolución 0227 del 19 de enero de 1990, que confirmó íntegramente la resolución 062 del 5 de febrero de 1986.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la garante para demandar la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho, alegando que la Administración al expedir los actos acusados, incurrió en violación de los artículos 1539 del Código Civil; 1045 numeral 4o. y 1054 y 1081 del Código de Comercio, el numeral 6o. del artículo 1o. de la resolución 8660 de 1981 de la Contraloría General de la República; 2o. de la resolución 10500 del 5 de marzo de 1984 de la Contraloría General de la República y el oficio DS y C 2043-18785 del 26 de abril de 1985 de la Superintendencia Bancaria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda y declaró probada la excepción de prescripción de las obligaciones pues aún cuando la obligación de indemnizar nació, tal obligación y el derecho de la Administración a exigirla se extinguieron por el transcurso del tiempo, dada la morosidad de la Administración en dictar el acto inicial en virtud del cual se configuró la reclamación y definir gubernativamente su firmeza.

LA APELACION

La apoderada judicial de la entidad demandada, apela la decisión de primera instancia, alegando que el *a-quo* no dio aplicación a los artículos 64 y 68 del Código Contencioso Administrativo que definen el carácter especial de este tipo de obligaciones de garantía en favor de la Nación, que no fijan un término perentorio para la expedición del acto administrativo que junto con la póliza respectiva integra el título ejecutivo, base del recaudo y en consecuencia las previsiones del artículo 1081 del

Código de Comercio fundamento de la decisión apelada no resulta aplicable en este caso.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada al alegar de conclusión expresa, que está en desacuerdo con la decisión de primera instancia, porque del contexto literal de los artículos 1054 y 1081 del Código de Comercio, se entiende que el término de prescripción de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador, se inicia en la fecha en que el interesado tuvo conocimiento del hecho o sea de la ocurrencia del riesgo asegurado y no a partir de la fecha de vencimiento del contrato de seguro como dice la sentencia apelada, toda vez que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, el cual corresponde al período de duración del contrato de seguro, término dentro del cual se prevé puede tener ocurrencia el riesgo asegurado y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.

En el presente caso, la entidad beneficiaria del seguro, esto es la Dirección de Aduanas, tuvo conocimiento del hecho mediante oficios Nos. 35792, 35793, 35795 y 36796 de diciembre de 1985, que le remitiera el Jefe de la División de Control del INCOMEX, como consta en el proceso, entidad que para la época de los hechos tenía el control y vigilancia de las importaciones efectuadas al amparo del Plan Vallejo.

Una vez enterada la Dirección de Aduanas, profirió con fecha 5 de febrero de 1986 la resolución No. 062, en virtud de la cual ordenó hacer efectivas las garantías de la Compañía Aseguradora que amparaban las importaciones temporales realizadas por la sociedad CIFEX Internacional Ltda.

Es evidente entonces que el acto administrativo mediante el cual se requirió de la Compañía aseguradora el cumplimiento de su obligación de indemnizar, se produjo dentro del término señalado por el artículo 1081 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta la fecha en que tuvo conocimiento la entidad aseguradora de la ocurrencia del hecho, porque contrario a lo afirmado por el *a-quo* la notificación de la ocurrencia del hecho a la compañía aseguradora, no está condicionada en los términos de la ley a la fecha del vencimiento del término del contrato.

Respecto del término para hacer efectivo el derecho, alega que debe remitirse a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, especialmente el artículo 66 norma aplicable a los actos administrativos.

Cita en apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de julio 4 de 1977, de la cual transcribe fragmentos, para concluir que en este caso no se dio la prescripción, y en consecuencia solicita se revoque la sentencia apelada y se declare la legalidad de los actos acusados.

La actora, al alegar de conclusión, luego del recuento de los hechos de la demanda y la decisión de primera instancia, insiste:

a) En la inexistencia de la obligación, pues es claro que la obligación del asegurador es la típica obligación sometida a condición suspensiva, carácter condicional que se encuentra consagrado en el ordinal 4o. del artículo 1045 del Código de Comercio, que destaca la condicionalidad de la obligación del asegurador, y en el artículo 1054 del mismo ordenamiento, que establece la realización del riesgo o siniestro que da origen a la obligación del asegurador.

Cita y transcribe el artículo 1542 del Código de Comercio, para deducir que la obligación del asegurador no puede reportarse siquiera como nacida en el evento de que el siniestro no se haya causado durante el tiempo determinado en la póliza, o sea el de la vigencia de la misma, y que a la luz del artículo 1o. de la resolución 8660 de 1981 de la Contraloría General de la República, cuyo texto transcribe, es a todas luces evidente, en el asunto que nos ocupa, que para que hubiera podido nacer la obligación de la aseguradora, era menester que el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro hubiera quedado ejecutoriado o en gracia de discusión, hubiera sido notificado dentro del término de la vigencia de las pólizas.

Pero, como según consta en los documentos que obran en el expediente, el término de vigencia de las mencionadas pólizas se extendía, según se dijo, hasta los días 23 de octubre y 6 de diciembre de 1982, 14 de febrero, 25 de mayo, 16 de agosto y 4 de noviembre de 1983, mientras que la resolución No. 062 apenas sí se vino a expedir el 5 de febrero de 1986 y a notificársele a mi mandante el 24 de los mismos mes y año se configuró la causal de anulación de los actos administrativos, conocida como infracción de normas superiores, a la que se refiere el segundo inciso del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

2.- Era necesario que la Administración hubiera determinado el monto del pretendido daño, porque el artículo 1613 del Código Civil, en desarrollo del principio clásico de que los perjuicios deben ser ciertos y no eventuales, consagra que su indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente, y solamente estos conceptos.

Resulta obvio que en el caso presente los perjuicios de la Nación deben limitarse a los impuestos y contribuciones dejados de recaudar por concepto de la introducción al país de las materias primas importadas y cuyo producto final aparentemente no se reexportó en tiempo.

Empero, nada se estableció en los actos acusados sobre el particular. No hay en ellos el más mínimo elemento de juicio que permita deducir una relación entre las sumas dejadas de recaudar por la Nación por los conceptos mencionados y el valor por el que vinieron a hacerse efectivas las garantías.

En tales condiciones el acto por el cual se pretenden hacer efectivas las garantías debería contener en sus considerandos la expresión de las razones por las cuales se declaraba la existencia de los perjuicios, y sobre todo, las que los justificaban en su cuantía como lo expresa el artículo 1077 del Código de Comercio.

Ello debe ser así, puesto que los seguros de daños se rigen por el "principio de la indemnización", de conformidad con el cual este tipo de seguros jamás pueden constituir, para el asegurado, fuente de enriquecimiento. Este principio está claramente establecido en el artículo 1088 del estatuto citado.

A su juicio, la Nación tenía la obligación de probar la existencia y cuantía del perjuicio que aparentemente sufrió; pues no puede "estimar" por sí y ante sí unos perjuicios que tampoco pueden presumirse, dado que no fueron pactados como cláusula penal, ni la obligación principal consiste en el pago de una suma de dinero -al menos en la modalidad de seguros que se utilizaba entonces para este tipo de casos-, únicas hipótesis en las que nuestro ordenamiento jurídico dispensa al acreedor de la carga de la prueba del perjuicio.

Además no son procedentes los argumentos de la apoderada de la demandada puesto que ella no compagina con uno de los principios cardinales del derecho, como es el de la preservación de la seguridad jurídica, que impide aceptar la posibilidad de que la Administración cuente con un término indefinido para hacer exigible una obligación.

De aceptarse la interpretación del impugnante, se llegaría a la conclusión de que las entidades públicas podrían declarar la realización del riesgo asegurado en cualquier tiempo, sin estar sujetas a término de prescripción alguno.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la jurisdicción expone que el asunto *sub-lite* se circunscribe a un asunto eminentemente contractual adscrito a la Sección Tercera conforme al Acuerdo 39 de 1990 de la Corporación y por ello se abstiene de emitir concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia de la Sala

Estima la Sala, en primer lugar que no existe razón al agente del Ministerio Público porque en el asunto *sub-lite,* si bien la Administración de Aduanas ordena hacer efectivo el cobro de una garantía por incumplimiento de la obligación de reexportar bienes importados por el Plan Vallejo, en el fondo se trata de hacer efectivo el cobro de los gravámenes a las importaciones que no pagó la compañía tomadora del seguro al introducir bajo esta modalidad bienes al territorio nacional.

Por lo que el acto administrativo está relacionado con impuestos y contribuciones a que hace mención el Acuerdo 39 de 1991, artículo1o. al asignar a la Sección Cuarta entre otros: "los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre actos administrativos relacionados con impuestos y contribuciones".

2.- El caso *sub-lite*

El asunto a dilucidar en el caso *sub-lite* no es otro que determinar, si como alega el demandante no existía la obligación de pago para la sociedad actora por haber

prescrito la obligación conforme con lo preceptuado por el artículo 1081 del Código de Comercio, o sí como alega la demandada, esta norma no es aplicable al caso en discusión, pues la norma aplicable es el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

La Corporación en diversas ocasiones ha tenido la oportunidad de analizar el tema relacionado con respecto al término de prescripción de las obligaciones que surgen a cargo de las compañías aseguradoras, al emitir en favor de las entidades públicas pólizas como garantía de cumplimiento de obligaciones de terceros frente a estas, especialmente cuando ellas se refieren a materia fiscal.

Fue así como en el fallo del 12 de julio de 1991, expediente 2641 actor la Nación, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate, la Sala reiteró la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en los fallos del 4 de septiembre de 1990 y abril 30 de 1991, al decir:

> "La tesis de la no aplicacíon del término de dos años de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio sino de cinco años del artículo 66 del Decreto 01 de 1984 como término válido **para el ejercicio de la acción ejecutiva** por parte de las entidades públicas, en los casos de cobro de garantías mediante Pólizas de Seguros, fue adoptada como jurisprudencia de la Corporación en fallos de Sala Plena de fecha 4 de septiembre de 1990 (Exp. A-050 y R-087 abril 30 de 1991).
>
> Por este motivo la Sección se limita a reiterar su criterio varias veces expuesto en este sentido de conformidad con el cual no se configura la caducidad de la acción ejecutiva en el caso que se analiza, puesto que el mandamiento de pago se notificó antes de los cinco años de quedar ejecutoriada la resolución 955 de 1986 de la Dirección General de Aduanas, lo cual se produjo el 2 de septiembre de 1986."

Es decir, que si expedido el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía dentro de los cinco (5) años siguientes a su firmeza, no se han realizado los actos que corresponden para ejecutarlos, no puede la Administración exigir su cobro.

Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

Término que contrariamente a lo expresado por el *a-quo* no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.

Resulta improcedente la pretensión de la actora en el sentido de que en materia de seguros para que pueda nacer la obligación de la aseguradora, sea menester que el acto

administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, el riesgo amparado o el incumplimiento de la obligación afianzado, deba quedar ejecutoriado dentro del término de vigencia de la póliza, pues tal interpretación haría nugatorio el derecho a la indemnización en favor del asegurado, en virtud de que el acto administrativo dada su discusión en sede gubernativa puede requerir más tiempo que el de vigencia de la póliza, sin desconocer el plazo que se necesita para su discusión en la vía contenciosa.

Tampoco puede pretenderse, como lo insinúa la apoderada de la demandada que la Administración no tiene término para proferir el acto administrativo pues ello equivale al imperio de la inseguridad jurídica en las relaciones contractuales.

El término dentro del cual la Administración debe proferir el acto administrativo, a efectos de constituir el título ejecutivo, fue analizado y precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 7 de marzo de 1991, expediente R-087, Actor la Nación, que por su importancia se transcribe en la parte pertinente:

> "El artículo 1081 del Codigo de Comercio, establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para el derecho y 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 Código Civil, según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, **que no del derecho y obligación mismos,** es de diez (10) años.
>
> "En los eventos en que la Administración pretendía exigir derivada (sic) de un contrato de seguro por acaecimiento del siniestro o riesgo asegurado y este hubiera 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 del Código de Comercio. Del hecho de que al crédito a favor del Estado 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 contra-

tante asegurada y beneficiaria, es parte interesada. Anota la Sala, que la misma sentencia objeto del recurso expresó que "Cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado..." de donde hay que concluir que en la misma sentencia se reconoce la aplicabilidad del artículo 1081 del Código de Comercio, a eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

"De lo anterior se concluye que desde el momento en que ocurría el siniestro o riesgo asegurado, empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y desde la fecha en que la Administración Contratante había tenido y 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 Código Contencioso Administrativo, en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emana del contrato de seguro,** aspecto este regido por el artículo 1081 del Código de Comercio y, **el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3),** del Código Contencioso Administrativo. De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los dos años señalados por la norma primeramente citada, no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que el derecho y la obligación ya se encuentran prescritos, asunto este materia de cuestionamiento o controversia dentro del control de legalidad del acto administrativo así expedido, mas no de la excepción de prescripción de la acción en el proceso ejecutivo." (Subraya fuera del texto).

En consecuencia, si las pólizas: 11-3000791, 11-3000790, 11-3000765, 11-301658, 11-3001052, 11-3000756, 11-3000757, tienen vigencia hasta febrero 14/83, noviembre 4/83, diciembre 6/82, octubre 23/82, agosto 16/83, mayo 25/83 y mayo 25/83, respectivamente, cuando la Administración expidió la resolución 062 de 5 de febrero de 1986 ya había precluido el término de los dos (2) años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir del momento en que incurrió en incumplimiento el importador, esto fue cuando vencido el término legal de la garantía, de su prórroga y extensión prevista artículo 286 del Código de Aduanas, no reexportó la mercancía, ni efectuó tampoco su nacionalización, a términos de la cláusula 8a. del contrato 1384 (fls. 195 a 207 cdno. ppal.).

En este orden de ideas, la sentencia apelada merece confirmación, pero por las razones aquí expuestas.

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 apelada.

2.- RECONOCESE a la doctora Elizabeht Whittingham García a términos del memorial que obra a folio 270 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 del 7 de marzo de 1991. Exp. R-087.

DESCUENTO TRIBUTARIO POR CORRECCION A DECLARACION/ Renuncia/**DEROGATORIA DE NORMA LEGAL/LEY PROCEDIMENTAL/ LEY SUSTANCIAL**

El considerar que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 quedó derogado tácitamente por el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 que reguló totalmente lo relativo a la corrección de las declaraciones tributarias, invocando al efecto el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 que trata de la insubsistencia de una disposición por existir nueva ley que regule íntegramente la materia es una apreciación totalmente errada porque no se puede afirmar que el Decreto 2503 de 1987 reglamentó íntegramente la materia, cuando este estatuto es eminentemente procedimental y el descuento tributario artículo 24 de la Ley 52 de 1977 es una norma de carácter sustantivo. Además, conviene observar que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 rigió hasta el 29 de diciembre de 1988, fecha de expedición de la Ley 84 de 1988 cuyo artículo 8o. reguló el tema de las correcciones de las declaraciones reproduciendo en esencia el texto del artículo 37 del Decreto 2053 de 1974 pero adicionalmente y esto es importante, en el artículo 13 derogó en forma expresa el artículo 24 de la Ley 52 de 1977.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo. – Sección Cuarta.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Ref.: Expediente No. 5802. Actor: HOCOL S.A. Apelación sentencia de julio 14 de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Impuesto de renta, año gravable 1987). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 14 de julio de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad HOCOL S.A. Nit. 8-60.072.134 en relación con los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente solicitó en la liquidación privada de la declaración de renta del año gravable 1987, descuento tributario por renuncia del término para adicionar la declaración tributaria de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 determinando tal descuento del 1% en la suma de $46.739.000 (renglón 34, base $4.673.946.000).

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante requerimiento especial 0031 de junio 4 de 1990 y posteriormente por requerimiento 004 de noviembre 28 de 1990 (ampliación del 0031) propuso el rechazo de este descuento tributario, porque a su juicio el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 resultaba inaplicable frente al nuevo régimen procedimental del Decreto 2503 de 1987.

Por la incidencia del rechazo del descuento en la cuantificación del impuesto de renta, procedió a determinar un mayor valor del anticipo del año gravable 1988 y también de la respectiva sanción por inexactitud (fls. 35/39 y 60/63).

Pese a que la sociedad en la respuesta dada al requerimiento expresó que el mencionado descuento se encontraba vigente para la anualidad discutida, pues la derogatoria del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 se efectuó el 29 de diciembre de 1988 a través del artículo 13 de la Ley 84 de 1988, la Administración Tributaria practicó la liquidación de revisión No. 0038 de julio 3 de 1991, la cual al ser recurrida en reconsideración fue confirmada por medio de la resolución UAE-47030 de julio 16 de 1992 originaria de la División Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales (fls. 64/72 y 78/81).

Agotada la vía gubernativa, la sociedad actora ocurrió en demanda ante el Tribunal aduciendo violación del artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 en lo atinente a la insubsistencia de una disposición legal, la vigencia del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 y su aplicación en el año gravable de 1987 y la improcedencia de la eventual sanción por inexactitud, pues señala que en el caso de imponerse, se estaría en presencia de una diferencia de criterios entre las oficinas de impuestos y el contribuyente (artículo 647 del Estatuto Tributario).

Surtido el trámite de rigor, el Tribunal decidió la controversia a favor de la sociedad actora precisando que para el período discutido estuvo vigente el beneficio del des-

cuento tributario consagrado en el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, pues sólo hasta el 29 de diciembre de 1988 fue derogada esta norma en forma expresa por el artículo 13 de la Ley 84 de 1988, agregando que aunque el artículo 23 de la Ley 52 de 1977 había sido derogado con anterioridad al período discutido (1977), ello no impide que el descuento tributario del artículo 24 *ibídem* subsista, porque a pesar de la vigencia del artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, que en esencia es igual al régimen que con anterioridad habían establecido los artículos 71 de la Ley 9a. de 1983 y 23 de la Ley 52 de 1977, y de algunas diferencias entre los diversos sistemas de corrección de las declaraciones tributarias, lo cierto es que el contribuyente mantiene el derecho de corregir sus declaraciones tributarias.

En consecuencia, le dio prosperidad al cargo anulando los actos acusados, declarando en firme la liquidación privada presentada por la sociedad actora en el año gravable discutido (fls. 158/165).

RECURSO DE APELACION

La parte demandada impugna la sentencia del *a-quo* porque considera que en el *sub-exámine* se presenta derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 toda vez que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 señaló que las declaracionse tributarias podían ser corregidas siempre y cuando se obtuviera un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor, lo cual significa que no tendrían efecto las correcciones que implicaran un menor recaudo para la Administración de Impuestos.

Que en este caso no es procedente la aplicación del beneficio consagrado en la Ley 52 de 1977 debido a su derogatoria por norma posterior (Decreto 2503 de 1987) cuyo contenido es incompatible con la regulación que hasta el momento regía sobre la materia.

Respecto al mayor valor del anticipo precisa que éste surge como consecuencia lógica de la modificación efectuada a la liquidación privada del contribuyente. Por lo tanto solicita se revoque el fallo del Tribunal en este aspecto.

Y en cuanto a la sanción por inexactitud discrepa de la decisión del Tribunal que levantó la sanción al acceder al descuento tributario impetrado, manifestando que en este proceso no se puede alegar diferencia de criterios (artículo 647 Estatuto Tributario) porque la Administración de Impuestos impuso la sanción una vez verificó la improcedencia de tal beneficio (fls. 167/171).

TRASLADOS PARA ALEGAR DE CONCLUSION

El señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación, descorre el traslado puntualizando que no comparte la afirmación del apelante en el sentido de que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 derogó tácitamente el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 porque tal fenómeno no se configura, por una razón elemental; porque estas normas regulan situaciones diferentes.

Precisa entonces que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 consagra el derecho a un descuento tributario por renunciarse al término para adicionar las declaraciones tributarias y el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, no se refiere al derecho de ese descuento sino a un aspecto diferente como es el de corregir tales declaraciones.

En resumen, sostiene el Ministerio Público que como al momento de presentar la sociedad su declaración tributaria estaba vigente el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, a aquella debe reconocérsele el discutido descuento, al que tiene derecho por haber renunciado en esa misma declaración al término para adicionar.

Además, que al ser procedente este descuento, debe levantarse, como lo advierte el *a-quo,* la sanción por inexactitud. Por lo tanto, auspicia la confirmación de la sentencia recurrida (fls. 188/190).

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al descorrer el traslado, básicamente relieva que el Decreto 2503 de 1987 reguló totalmente lo relativo a la corrección de las declaraciones tributarias, introduciendo elementos que no pueden conciliarse con la normatividad anterior. Por ello se entienden derogadas tácitamente todas las disposiciones que regían anteriormente, es decir, los artículos 23 y 24 de la Ley 52 de 1977 y el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, pues el artículo 154 del Decreto 2503 de 1987 derogó expresamente el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983 y las demás normas que le sean contrarias.

Señala entonces que es evidente la derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 porque además el término a que se refería esta norma, era el contenido en el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983. En consecuencia, que para la vigencia fiscal de 1987 el descuento por renuncia a corregir no podía solicitarse por parte de los contribuyentes, pues así lo entendió el Gobierno al eliminar de los formularios oficiales de renta y ventas del año gravable 1987 el renglón relativo al descuento del 1% en cuestión.

En síntesis, que no se puede desconocer la derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 con la expedición del Decreto 2503 de 1987, por el hecho de que la Ley 84 de 1988, en su artículo 13 hiciera referencia a la derogatoria de la misma norma, pues esta manifestación resulta irrelevante frente a otra forma de derogatoria que ya había operado sobre la misma norma y que está autorizada por el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887. Por lo tanto, solicita se revoque la sentencia apelada dada la legalidad de la actuación administrativa demandada (fls. 191/195).

A su turno, la sociedad actora también descorrió el traslado para alegar de conclusión, puntualizando lo siguiente:

1o.- Que no es lógico aceptar que una norma que supuestamente está derogada en forma tácita (artículo 24 Ley 52 de 1977) como lo afirma la Administración, sea después derogada de manera expresa como ocurrió con la expedición de la Ley 84 de 1988 (artículo 13).

2o.- Que es equivocado hablar de derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 por medio del artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 porque el artículo 24 *ibídem* no se refiere al contenido mismo de las correcciones a la declaración, pues para estos efectos se remite al artículo anterior, es decir al artículo 23 de la Ley 52 de 1977.

3o. Que tampoco es cierta la afirmación de que hay derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977 a términos de la Ley 153 de 1887 (regulación íntegra de la materia objeto de discusión por el Decreto 2503 de 1987) porque este último contiene normas de procedimiento tributario y los descuentos tributarios como el del 1% en discusión, hacen parte del derecho tributario sustancial.

Por lo tanto solicita se desestime el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia (fls. 206/209).

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hubo o no derogatoria tácita del artículo 24 de la Ley 52 de 1977, a efectos de que la sociedad actora se beneficie del descuento tributario del 1% del impuesto correspondiente año gravable de 1987 por renuncia del término para adicionar la respectiva declaración tributaria.

Según la Administración Tributaria, sí se presenta tal derogatoria tácita porque el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 señaló que las declaraciones tributarias podían ser corregidas siempre y cuando se obtuviera un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor, lo cual querría decir que no tendrían efecto las correcciones que implicaran un menor recaudo para el fisco.

Pues bien, acerca de este argumento la Sala precisa, en primer lugar, que el mencionado artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 es una norma tributaria de carácter procedimental que regula lo concerniente a la corrección de las declaraciones pero que en ningún momento toca con el derecho sustancial del contribuyente de disfrutar el descuento del 1% por renuncia del término para adicionar su declaración tributaria. En segundo lugar, porque el aparte final del artículo 37 *ibídem* ("...siempre y cuando como resultado de ello se obtenga un mayor valor a pagar a la administración de impuestos o un menor saldo a compensar o devolver...") fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 26 de octubre de 1988.

Otro punto de vista de la Administración de Impuestos Nacionales es el considerar que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, quedó derogado tácitamente por el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987 que reguló totalmente lo relativo a la corrección de las declaraciones tributarias, invocando al efecto el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 que trata de la insubsistencia de una disposición por existir nueva ley que regule íntegramente la materia, es una apreciación, la considera la Sala totalmente errada porque no se puede afirmar que el Decreto 2503 de 1987 reglamentó íntegramente la materia, cuando este estatuto es eminentemente procedimental y el descuento tributario, artículo 24 de la Ley 52 de 1977 es una norma de carácter sustantivo.

Además, conviene observar que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 rigió hasta el 29 de diciembre de 1988, fecha de expedición de la Ley 84 de 1988, cuyo artículo 8o. reguló el tema de las correcciones de las declaraciones reproduciendo en esencia el texto del artículo 37 del Decreto 2053 de 1974, pero adicionalmente y esto es importante, en el artículo 13 derogó en forma expresa el artículo 24 de la Ley 52 de 1977.

De acuerdo con lo anterior, la Sala habrá de confirmar la sentencia del Tribunal en cuanto accede al reconocimiento del descuento tributario impetrado, debido a que este beneficio fiscal estuvo vigente hasta el 29 de diciembre de 1988, fecha en la cual fue derogado expresamente por el artículo 13 de la Ley 84 de 1988.

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 14 de julio de 1994, proferida en el juicio No. 9276 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda formulada por la sociedad HOCOL S.A. Nit. 8-60.072.134-7, en relación con los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable 1987.

2o.- **RECONOCESE PERSONERIA** a la doctora Elizabeth Whittingham García, de acuerdo con poder visible a folio 196 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.

ACTIVIDAD EXENTA-Vigencia**/PERIODO GRAVABLE/VIGENCIA FISCAL/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

"El texto del artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 es claro al exponer que las exenciones que concede rigen por el término de cinco (5) años, a partir del 1o. de enero de 1984, éstos, sin necesidad de mayores esfuerzos interpretativos, que su vigencia cesa el 31 de diciembre de 1988 y no antes. Así las cosas, no puede aceptarse la posición adoptada por la Administración en el sentido de que las exenciones incluían el ejercicio fiscal de 1983 y que el período de gracia concluía en 1987, ya que la norma al establecer su vigencia no distinguió entre período gravable (aquel dentro del cual se causa la obligación y que corresponde al año calendario inmediatamente anterior a aquél en que se declara y paga) y vigencia fiscal (período fiscal dentro del cual se satisface la obligación tributaria), ni previó en parte alguna la aplicación retroactiva de la exención, sino que por el contrario enfatizó que las actividades estarán exentas a partir del 1o. de enero de 1984, precisando de manera clara y concreta la fecha de iniciación de sus efectos".

CLUB SOCIAL/ACTIVIDAD EXENTA-Vigencia**/DEROGATORIA TACITA-**Inexistencia**/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

"El artículo 39 del Acuerdo 11 de 1988 sólo derogó en forma expresa el parágrafo 2o. del artículo 15, el parágrafo del artículo 26 y el artículo 28 del Acuerdo 21 de 1983; el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988 no se refirió a las actividades desarrolladas por los clubes sociales ni los

mencionó, desechándose así cualquier clase de incompatibilidad entre esta norma y las previsiones que sobre la materia están contenidas en el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, por lo que no puede afirmarse que se presentó la derogatoria tácita de la disposición; y, el Acuerdo 11 de 1988 contiene únicamente una reforma parcial a la estructura tributaria del Distrito y en materia de exenciones solamente se refirió a algunas de las actividades que a partir de 1988 estarían exentas del gravamen de industria y comercio. De acuerdo con lo anterior se concluye que como no existe disposición legal que haya suprimido la vigencia de la exención concedida hasta el 31 de diciembre de 1988 para las actividades de venta de bienes y/o servicios realizadas por los clubes sociales".

ACTIVIDAD DE SERVICIOS NO SUJETA/CLUB SOCIAL Y DEPORTIVO/ IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Teniendo en cuenta que según el artículo 2o. de los Estatutos del Country Club de Bogotá, este está constituído como un "Club Social y Deportivo", ajeno a la política, constituído para fines recreativos y culturales, sin ánimo de lucro, y que los ingresos gravados por la Administración en la suma de $ 382.063.984 lo fueron por el ejercicio de actividades de servicios correspondientes al código 304 (artículo 15 del Acuerdo 11 de 1988), lo que no fue discutido por la Administración, se concluye que los ingresos obtenidos por el club actor, en la cuantía antes mencionada, por el ejercicio de las actividades de servicios no eran gravables con el impuesto de industria y comercio".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5749. Apelación sentencia de junio 14 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1988. Actor: Country Club de Bogotá. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Distrito de Santafé de Bogotá, la parte demandada, contra la sentencia de junio 14 de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la liquidación oficial No. 3206 de 21 de marzo de 1991 y la resolución No. 843 de 3 de octubre de 1991, expedidas por la Dirección de Impuestos Distritales y, la resolución No. 005 de 23 de enero de 1992, expedida por la Junta Distrital de Hacienda.

ANTECEDENTES

El Country Club de Bogotá, presentó el 10 de mayo de 1989 su declaración de industria y comercio correspondiente al período gravable de 1988, vigencia 1989, liquidándose el impuesto de industria y comercio en la suma de $1.080.828 y el de avisos en la suma de $162.124.

Previo requerimiento especial, la Dirección de Impuestos Distritales mediante la liquidación No. 3206 de 21 de marzo de 1991 adicionó a la base gravable las sumas de $200.000.000 y $382.063.984, correspondientes a ingresos que habían sido solicitados como exentos de conformidad con el artículo 5-8 del Acuerdo 21 de 1983 y no sujetos de acuerdo con el artículo 39 ordinal 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983, respectivamente, lo que determinó un incremento en el gravamen de industria y comercio en la suma de $4.191.018 y en el de avisos en cuantía de $628.647, e impuso sanción por inexactitud en la suma de $8.382.036.

Contra la liquidación el actor interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron decididos mediante las resoluciones números 843 de octubre 3 de 1991 y 005 de enero 23 de 1992, expedidos por la Dirección de Impuestos Distritales y la Junta Distrital de Hacienda, que confirmaron la liquidación oficial No.3206, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado del actor consideró vulnerados los artículos 5o., 15 y 53 del Acuerdo Distrital 21 de 1983, 11 de la Ley 50 de 1984 en concordancia con el 39 ordinal 2o., literal d) de la Ley 14 de 1983 y 18 del Acuerdo Distrital 11 de 1988.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Aumento en el código 303 ($200.000.000)

El Acuerdo 11 de 1988 no deroga expresamente, no subroga el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, ni dispone que las consagradas en su artículo 18 sean las únicas exenciones del impuesto de industria y comercio; por lo tanto, las demás exenciones contenidas en normas especiales conservan su vigencia.

Resultan contrarias al artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 las afirmaciones de la Junta Distrital de Hacienda, en el sentido de que el primer año a que se refiere la exención es el de 1983, por que en el encabezamiento del artículo citado se señala que la exención será por un término de cinco (5) años a partir del 1o. de enero de 1984.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 15 ib., el artículo 5o. del mismo Acuerdo 21 de 1983, no puede interpretarse en el sentido de que se refiere al año de 1983, "ya

que mal pueden excluirse de los ingresos de 1984 $200.000.000 obtenidos en 1983". (fl. 8)

Anota que si la exención que consagra la norma es por cinco años a partir de 1984, dicho beneficio se extiende hasta 1988, el período gravable discutido.

2. Aumento del código 304 ($382.063.984)

La Dirección Distrital de Impuestos vulneró el artículo 11 de la ley 50 de 1984, porque de acuerdo con dicha norma, en concordancia con el artículo 39 ordinal 2o. literal d) de la ley 14 de 1983, las entidades culturales o deportivas sólo están sujetas al impuesto discutido respecto de las actividades industriales y comerciales, y por lo tanto sus actividades de servicios originan ingresos no gravables con el impuesto de industria y comercio.

3. Sanción por inexactitud

Ante la improcedencia de las adiciones a la base gravable, se violó al artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, toda vez que la sanción por inexactitud únicamente procede cuando existe diferencia entre el valor del impuesto definitivamente establecido por la Administración y el declarado por el contribuyente.

LA OPOSICION

El apoderado del Distrito se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y formuló la excepción de "ineptitud sustantiva de la demanda" argumentando que el actor omitió los requisitos formales contenidos en el artículo 75 numerales 2o. y 11 del C.P.C., referentes a la indicación del nombre y domicilio del demandante y del demandado y la dirección de la oficina o habitación donde el demandado o su representante recibirían notificaciones.

Afirmó que el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 es contrario al Acuerdo 11 de 1988 que regula la materia de las exenciones en el impuesto de industria y comercio, y por ello debe entenderse derogado tácitamente de conformidad con el artículo 39 ib.

Señaló que como la parte actora, de acuerdo con la visita de investigación tributaria, desarrolló otras actividades por las que percibió ingresos comerciales y de servicios, diferentes de las culturales y deportivas, está dentro del régimen de sujetos pasivos del impuesto discutido por los ingresos percibidos en tales actividades.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el fallo apelado, accedió a las súplicas de la demanda.

Respecto de la exención consagrada en el artículo 5o. numeral 8o. del Acuerdo 21 de 1983 *el a-quo,* con fundamento en la sentencia de 14 de mayo de 1993, expediente 8815, proferida por esa Corporación, concluyó que las exenciones previstas en el mencionado artículo 5o. estaban vigentes para el año gravable de 1988, sin que pueda entenderse que hayan sido derogadas, expresa ni tácitamente, por el Acuerdo 11 de 1988 y por lo tanto, como el actor ostenta la calidad de club social, realizó la actividad descrita en el artículo 5o. numeral 8o. ib. durante el año gravable de 1988 y tenía más de 200 socios (de acuerdo con el dictamen pericial practicado que obra a folios 92 y s.s.) resulta procedente la exención discutida.

El Tribunal le dio prosperidad al cargo consistente en la violación del artículo 11 de la Ley 50 de 1984 en concordancia con el artículo 39 ordinal 2o., literal d) de la Ley 14 de 1983, por ser la parte actora una entidad sin ánimo de lucro, constituida como club social y deportivo con fines recreativos y culturales, de conformidad con el artículo 2o. de sus Estatutos (fl.14), y los ingresos gravados por la Administración, objeto de discusión, lo fueron por el ejercicio de actividades de servicios y no industriales ni comerciales, razón por la cual no constituían base gravable para determinar el gravamen de industria y comercio.

Ante la procedencia de los cargos formulados por la parte actora, el *a-quo* levantó la sanción por inexactitud.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y lo sustentó argumentando que el término de la exención establecido en el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1988, aplicable para los años gravables de 1983 a 1987, y por lo tanto, el actor, respecto de la declaración privada por el año gravable de 1988, vigencia de 1989, "no tiene derecho a la exención consagrada en la disposición citada en precendencia, y por lo mismo los ingresos de las entidades culturales y deportivas por concepto de estas actividades no son gravables con el impuesto de industria, comercio y avisos por (sic) los ingresos por concepto de servicios, arrendamientos, alquiler de vestieres, salones, celebración de almuerzos, comidas, bailes, cenas, etc., si lo son por cuanto no provienen de actividades deportivas (fl.187)".

Reiteró los planteamientos expuestos por la administración en los actos acusados, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora se opuso a la prosperidad del recurso de apelación y señaló en cuanto a la exención de $200.000.000, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 6 de agosto de 1993, expediente 4826, que los cinco (5) años de

la exención se deben empezar a contar desde 1984 y se extienden hasta el año gravable de 1988 inclusive, y que el contribuyente se encontraba dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 5o. numeral 8o. del Acuerdo 21 de 1983 para solicitar la exención, ya que, además, para el año en que ésta se solicitó el Club contaba con más de 200 socios, así como aparece probado en el dictamen pericial.

En relación con los ingresos por $382.063.984, cuya exoneración se solicitó, alegó que no corresponden a actividades industriales ni comerciales, sino de servicios, y por lo tanto no pueden ser gravados con el impuesto de industria y comercio, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 50 de 1984.

El apoderado del Distrito reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación y agregó que el Acuerdo 11 de 1988, al establecer nuevamente las actividades exentas del impuesto de industria y comercio por un término de cinco (5) años a partir del año gravable de 1988, no incluyó a los Clubes Sociales y tácitamente derogó la norma anterior. Al respecto señaló que se debía tener en cuenta lo previsto en el artículo 6 del Decreto 3070 de 1983, el cual transcribe.

Alegó que como de conformidad con sus Estatutos el Club actor es un "club social y deportivo" que percibe ingresos por concepto del desarrollo de actividades comerciales y de servicios, diferentes de las culturales y deportivas, tiene el carácter de sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio.

Finalmente se pronunció en favor de la procedencia de la sanción por inexactitud.

El pronunciamiento del señor Procurador Octavo Delegado ante esta Corporación fue extemporáneo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del *sub-lite*, la controversia planteada se concreta en determinar la vigencia de la exención consagrada en el artículo 5o. numeral 8 del Acuerdo 21 de 1983, la sujeción o no del Club actor al impuesto de industria y comercio respecto de las actividades de servicios y, en consecuencia, la procedencia o no de la sanción por inexactitud.

El artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983 estableció la entrada en vigencia de las exenciones que él mismo regula, así:

> "ARTICULO 5. EXENCIONES. Las siguientes actividades estarán exentas de los impuestos de industria, comercio y avisos, por un término de cinco (5) años **a partir del 1 de enero de 1984,** en los montos y porcentajes que a continuación se señalan sobre sus ingresos brutos. (Se subraya).

(...)

"8. Las Sociedades Mutuarias, las Cooperativas, los Fondos de Empleados y los **Clubes Sociales** y en general cualquier persona jurídica que tenga más de 200 socios que realicen como una de sus actividades la venta de bienes y/o servicios exclusivamente a sus socios, quedan exentas en un 100% para los primeros $200.000.000 por esta actividad. Los ingresos que sobrepasen esta suma o los correspondientes a otras actividades constituyen base gravable en su totalidad". (Se subraya).

..."

El texto de la norma es claro al disponer que las exenciones que concede rigen por el término de cinco (5) años, a partir del 1 de enero de 1984, estos, sin necesidad de mayores esfuerzos interpretativos, que su vigencia cesa el 31 de diciembre de 1988 y no antes.

Así las cosas, no puede aceptarse la posición adoptada por la Administración en el sentido de que las exenciones incluían el ejercicio fiscal de 1983 y que el período de gracia concluía en 1987, ya que la norma al establecer su vigencia no distinguió entre período gravable (aquel dentro del cual se causa la obligación y que corresponde al año calendario inmediatamente anterior a aquel en que se declara y paga) y vigencia fiscal (período dentro del cual se satisface la obligación tributaria), ni previó en parte alguna la aplicación retroactiva de la exención, sino que por el contrario enfatizó que las actividades estarán exentas a partir del 1o. de enero de 1984, precisando de manera clara y concreta la fecha de iniciación de sus efectos.

Por otra parte, el Acuerdo 11 de 1988 señaló en su artículo 18 una serie de actividades (desarrolladas por artesanos, sociedades mutuarias, fondos de empleados, cooperativas y entidades sin ánimo de lucro; educación privada y expendio de textos escolares) que a partir del año gravable de 1988 estarían exentas del impuesto de industria y comercio, de acuerdo con los porcentajes que en la misma se indican y, con fundamento en tal norma, el apoderado del Distrito manifestó que se había presentado la derogatoria tácita de la exención prevista en el artículo 5o. numeral 8o. del Acuerdo 21 de 1983.

En relación con la pretendida derogatoria de la exención, el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, establece que:

"Artículo 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por **declaración expresa del legislador,** o por **incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores,** o **por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia** a que la anterior disposición se refería". (Se subraya).

Al respecto se observa que, el artículo 39 del Acuerdo 11 de 1988 sólo derogó en forma expresa el parágrafo 2o. del artículo 15, el parágrafo del artículo 26 y el artículo 28, del Acuerdo 21 de 1983; el artículo 18 del Acuerdo 11 de 1988 no se refirió a las actividades desarrolladas por los Clubes Sociales ni los mencionó, desechándose así cualquier clase de incompatibilidad entre esta norma y las previsiones que sobre la materia están contenidas en el artículo 5o. del Acuerdo 21 de 1983, por lo que no puede afirmarse que se presentó la derogatoria tácita de la disposición; y, el Acuerdo 11 de 1988 contiene únicamente una reforma parcial a la estructura tributaria del Distrito y en materia de exenciones solamente se refirió a algunas de las actividades que a partir de 1988 estarían exentas del gravamen de industria y comercio, mencionando alguno de los casos de exención, y por lo tanto, en la referida materia resulta necesario integrar la normatividad contenida en los Acuerdos 21 de 1983 y 11 de 1988.

De acuerdo con lo anterior se concluye que como no existe disposición legal que haya suprimido la vigencia de la exención concedida hasta el 31 de diciembre de 1988 para las actividades de venta de bienes y/o servicios realizadas por los clubes sociales, el Club actor actuó conforme a derecho al disminuir, en su declaración del impuesto de industria y comercio por el año gravable de 1988, la base gravable con exenciones en cuantía de $200.000.000, obtenidos en el ejercicio de la actividad exencionada por el artículo 5o. numeral 8o. del Acuerdo 21 de 1983.

En este sentido se ha pronunciado la Sala entre otras en las sentencias de 6 de agosto de 1993, expediente No. 4826, Consejero Ponente Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, 27 de mayo y 3 de junio de 1994, expediente No. 5303 y No. 5347, Consejero Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

En cuanto a la sujeción del actor al impuesto de industria y comercio respecto de las actividades de servicio, los artículos, 39 ordinal 2o. literal d) de la ley 14 de 1983, 4o numeral 4o. del Acuerdo 21 de 1983 y 11 de la Ley 50 de 1984, establecen que:

Ley 14 de 1983

"Artículo 39. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán vigentes:

"...

"2. Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904, además subsisten para los Departamentos y Municipios las siguientes prohibiciones.

"...

"d) La de gravar con el impuesto de industria y comercio los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, **las culturales y deportivas,**

los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud.

"..."

(Se subraya).

Acuerdo 21 de 1983

"Artículo 4o.- ACTIVIDADES NO SUJETAS. No están sujetas a los impuestos de Industria, Comercio y de avisos las siguientes actividades:

"...

"4. La educación pública, las actividades de beneficencia, las actividades culturales y/o deportivas, las actividades desarrolladas por el sindicato, por las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, por los partidos políticos y los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud.

"..."

(Se subraya).

Ley 50 de 1984

"Artículo 11. Cuando las entidades a que se refieren el artículo 39, numeral 2o. literal d) de la Ley 14 de 1983 realicen actividades industriales o comerciales serán sujetos del impuesto de Industria y Comercio en lo relativo a tales actividades".

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que según el artículo 2o.de los Estatutos del Country Club de Bogotá, éste está constituido como un "Club Social y Deportivo", ajeno a la política, constituido para fines recreativos y culturales, "sin ánimo de lucro", y que los ingresos gravados por la Administración en la suma de $382.063.984 lo fueron por el ejercicio de actividades de servicio correspondientes al código 304 (artículo 15 del Acuerdo 11 de 1988), lo que no fue discutido por la Administración, se concluye que los ingresos obtenidos por el Club actor, en la cuantía antes mencionada por el ejercicio de las actividades de servicios no eran gravables con el impuesto de industria y comercio, tal como lo declaró el *a-quo*.

Por estos motivos tampoco hay lugar para mantener la sanción por inexactitud.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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.

SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD-Improcedencia

> **"Se debe levantar la sanción por libros, toda vez que por una parte el Decreto 187 de 1975, así como se expresó en la sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 5776, fundamento de esta providencia es aplicable solamente en materia del impuesto sobre la renta y no en el de ventas, y por otra, la sociedad actora no incurrió en la causal de irregularidad en la contabilidad prevista en el mencionado artículo 654 literal e) del Estatuto Tributario, puesto que los funcionarios de la Administración con fundamento en la contabilidad de la actora pudieron determinar los factores necesarios para establecer la base de liquidación del impuesto discutido".**

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

Consejero Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 5777. Apelación sentencia de 17 de junio de 1994 en juicio de nulidad y restablecimiento de carácter fiscal. Ventas 6o. bimestre de 1988. Actor: Trefilería Colombiana Trefilco S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 17 de junio de 1994, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que deter-

minaron el impuesto sobre las ventas a cargo de la sociedad TREFILERIA COLOMBIANA "TREFILCO S.A.", por el sexto bimestre de 1988 e impusieron sanciones por libros e inexactitud.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de ventas correspondiente al sexto bimestre de 1988, previa visita de inspección tributaria a la contabilidad de la contribuyente, la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, produjo el Requerimiento Especial 00024 de 17 de mayo de 1991, en virtud del cual propuso modificar la declaración de la sociedad, al encontrar que el número de unidades disponibles para la venta, comparado con las unidades vendidas, arrojó una diferencia de 466.932 unidades de mercancía que no fue contabilizada en el inventario final y que a juicio de la Administración correspondía a ventas efectuadas pero no contabilizadas, ya que, al calcular el costo por juego de inventarios no puede aceptarse que dicha diferencia corresponda a faltantes o desperdicios. También propuso sanciones por libros de contabilidad en la suma de $18.590.200 y por inexactitud en la suma de $8.706.323.

Oída la respuesta al requerimiento, la Administración expidió la Liquidación de Revisión número 140 del 31 de diciembre de 1991, a través de la cual incrementó los ingresos por operaciones gravadas en la suma de $54.438.526, fijándose el mayor impuesto en $5.443.853, más sanciones por inexactitud en la suma de $8.706.323 y por libros de contabilidad en $18.590.200.

Dicha liquidación oficial fue confirmada mediante la resolución 021 de 28 de enero de 1993, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos 742, 745, 746, 647, 778 y 654 literal e) del Estatuto Tributario.

El concepto de la violación se sintetiza así:

La sociedad en su declaración relacionó ventas por el bimestre en cuantía de $413.194.000 y que la Administración, basada en un procedimiento que calificó de absurdo e ilegal, consideró que las ventas ascendían a $508.700.272, denunció que está amparado por la presunción de veracidad (Art. 746 E.T.) y respaldado por varios elementos de juicio, a saber: que las ventas relacionadas constan en facturas de numeración continua y expedidas conforme a las exigencias de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, que las ventas se hallan debidamente contabilizadas y no existió salvedad alguna por parte de la Administración, que la presunción de veracidad no fue desvirtuada por ninguno de los indicios y presunciones que consagran los artículos 754

y siguientes del E.T.; que la Administración no hizo reparo alguno a la declaración de renta por el año de 1988 y las ventas allí relacionadas totalizan la suma de $2.225.635.000, que es la misma suma de las declaraciones de ventas del año 1988.

El artículo 28 del Decreto 187 de 1975, citado por la Administración, sólo hace referencia al impuesto sobre la renta y no al de ventas. Agregó que la diferencia que encontró la Administración no corresponde a pérdidas o faltantes de materias primas, que necesariamente tienen que reflejarse en el inventario físico de fin de año, sino a mermas o desperdicios resultantes del proceso de transformación a que se sometió la materia prima procesada y que no afectan el inventario físico del final del ejercicio, por cuanto dicha materia prima procesada, a medida que avanza el proceso, se iba dando de baja en el inventario de principio del ejercicio y que, en el caso de pérdidas por deterioro, sustracción o rotura, éstas se reflejan en el inventario del final del ejercicio.

En la repuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración solicitó la práctica de una prueba pericial, por parte del personal idóneo y especializado para que, previo seguimiento de los procesos que se cumplen para llegar al producto terminado, determinara cuál es el porcentaje de desperdicio, pero tal prueba fue considerada improcedente en la vía gubernativa. Acompañó certificado suscrito por la Siderúrgica de Paz del Río sobre los rendimientos metálicos de los procesos de trefilación que dicha empresa adelanta, según la cual los mismos oscilan entre el 95% y 96%, para concluir que el rendimiento metálico de los procesos que adelanta la actora está muy por encima.

La Administración, en la determinación del tributo, no se fundó en los hechos demostrados en el expediente sino en simples hipótesis o conjeturas y no aportó ni siquiera uno de los indicios y presunciones consagrados en el Estatuto Tributario que condujera a considerar o establecer una omisión de ingresos en ventas.

Respecto de la sanción por inexactitud señaló que como no se presentó omisión de ingresos, la Administración aplicó indebidamente el artículo 647 del Estatuto Tributario.

Y en cuanto a la sanción por libros manifestó, luego de transcribir y comparar las actas de inspección tributaria de 17 de mayo (6o. bimestre de 1988) y 12 de junio (bimestre 1o. a 6o. de 1989), en el informe sobre los libros de inventarios, que no existió discrepancia que permita presumir, que los funcionarios de la Administración, que practicaron la primera de las mencionadas inspecciones no tuvieron a su disposición los mismos elementos de juicio de que gozaron los que practicaron la segunda, para verificar y determinar los factores necesarios para establecer la base del gravamen. Al respecto indicó que la omisión de una formalidad (la relación de las unidades que componen la cuenta de inventarios) no puede elevarse a la categoría de irregularidad de la contabilidad. Con fundamento en lo anterior concluyó que la Administración vulneró el artículo 654 literal e) del E.T. por indebida aplicación, ya que no se presentó

la irregularidad consagrada en tal norma. Así mismo, la Administración vulneró los artículos 778 ib. al no decretar la práctica de la inspección solicitada (inspección tributaria con intervención de testigos), para que conceptuara sobre la contabilidad de la empresa, y 683 ib.

LA OPOSICION

La apoderada de la Administración se opuso a la prosperidad de las retenciones de la demanda por cuanto la diferencia encontrada por la Administración entre el número de unidades disponibles para la venta y las unidades vendidas, no fue contabilizada en el inventario final ni declarada, estando la sociedad obligada a hacerlo. Estimó que dicha irregularidad no fue desvirtuada por la sociedad, quien aceptó la diferencia detectada, pero la consideró como merma o desperdicio sufrido en el proceso de producción de la materia prima, sin que ello fuera comprobado técnica, contable o legalmente y que el contribuyente estaba obligado a justificar dicha diferencia y al no hacerlo confirmó la actuación de la Administración.

Aclaró que el hecho de que la Administración no haya glosado la declaración del impuesto sobre la renta presentada por el año gravable de 1988 no significa la aceptación de las ventas allí registradas, sino que simplemente el contribuyente no fue seleccionado en programas de revisión del impuesto sobre la renta.

Señaló que la inspección tributaria practicada por la Administración fue realizada por funcionarios competentes e idóneos y desarrollada en debida forma, siendo suficiente para fundamentar las decisiones adoptadas, y por lo tanto fue innecesario repetir nuevamente la prueba.

Respecto de la sanción por inexactitud, indicó que de conformidad con lo establecido en el artículo 647 del E.T. es procedente en razón a que la omisión de ingresos constituye causal de inexactitud sancionable.

En relación con la sanción por libros manifestó que de conformidad con lo previsto en el artículo 654 literal e) del E.T., como el contribuyente no llevaba sus libros de contabilidad y en especial el de inventarios de acuerdo con las exigencias legales (artículo 52 del Código de Comercio y 31 del Decreto 187 de 1975) ella es procedente.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante la sentencia apelada accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Consideró que si bien no existe prueba directa mediante la cual se demuestre que la sociedad ocultó los ingresos adicionados, la Administración efectuó el incremento con fundamento en una presunción de ventas por diferencia de inventarios detectada

en el examen de la contabilidad de la actora. Al respecto manifestó que los costos de los productos vendidos se integran con los costos de producción, inventario de productos en proceso e inventario de productos terminados y que cuando en el proceso productivo se presentan desperdicios de materiales su costo se debe contabilizar afectando, entre otras cuentas, los costos generales de fabricación o el inventario de productos en proceso, a opción de la empresa, lo que significa que las unidades terminadas del proceso productivo van cargadas con el mayor costo en razón de la pérdida por los remanentes y por lo tanto no es posible deducirlos de las unidades terminadas, sin que ello implique una doble contabilización.

Estimó que si las unidades disponibles para la venta eran de 11.931.399 y aparece que vendió 11.464.467, la diferencia de 466.932 no podía trasladarse ni afectar las operaciones propias del proceso de comercialización.

Manifestó que ni siquiera en el Impuesto sobre la Renta pueden tratarse como deducciones los faltantes de las unidades de mercancías terminadas, cuando el costo se determina por el sistema de juegos de inventarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 187 de 1975.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que la diferencia de 466.932 unidades debe presumirse como ventas que no fueron facturadas y que por lo tanto fue adecuada la actuación administrativa, pues la sociedad actora no logró explicar satisfactoriamente la diferencia de inventarios mencionada y a ésta le correspondía desvirtuar la presunción de legalidad según la cual cuando se presenten diferencias se considera que su valor corresponde a ventas gravadas omitidas.

El a-quo encontró ajustada a la ley la sanción por libros de contabilidad, ya que las operaciones o transacciones no fueron registradas conforme a la técnica contable y por ello sus resultados no reflejaron la situación real económica y financiera de la entidad, pues no se explicó por qué no se contabilizó la diferencia de unidades.

De otra parte levantó la sanción por inexactitud impuesta por considerar, con fundamento en el artículo 647 del E.T., que para ello se requería que la Administración demostrara que la sociedad utilizó medios fraudulentos para omitir ingresos que derivaran en un menor impuesto, lo que no ocurrió, pues todo indica que se está en presencia de un antitécnico e inadecuado manejo contable. Al respecto citó sentencia del Consejo de Estado de 5 de julio de 1985.

LA APELACION

El apoderado de la sociedad actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Luego de resumir la actuación gubernativa y algunas de las consideraciones de la sentencia, afirmó que el Tribunal erró al considerar que la sociedad tenía un inventario de unidades disponibles para la venta de 11.931.399, lo que no es cierto pues ésta nunca mantuvo ese inventario, que en la misma acta de inspección se dice que el inventario inicial de productos terminados era de 511.996 kg y que sometió al proceso de transformación 11.672.455 kg de alambrón, lo cual es diferente a como se hizo aparecer. Que los 11.672.455 kg de materia prima no lograron transformarse en 11.672.455 kg de productos terminados tales como: alambres lisos, brillantes, de púas, etc., porque ello era físicamente imposible de lograr.

Explicó que la diferencia de peso entre la materia prima a transformar y el peso de los productos logrados está constituída por los desperdicios o mermas que acarrea el proceso y que la Administración en lugar de aceptarla como desperdicio la consideró como ventas omitidas, no obstante que no existe prueba directa ni presuntiva que avale tan equivocado proceder. Agregó que la presunción establecida en al artículo 757 del E.T. es inoperante en el caso que se estudia.

Afirmó que la base gravable en el Impuesto sobre las Ventas es el precio de venta y que llevar los desperdicios a ventas constituye una flagrante violación de la ley, porque es gravar al contribuyente sobre un ingreso que ni siquiera puede presumirse que recibió.

En cuanto a la sanción por libros el apoderado de la actora manifestó que en el acta de la inspección contable fundamento de los actos administrativos demandados, no se encontró glosa ni observación alguna sobre la dificultad que hubieran tenido los funcionarios de la Administración en desarrollo de tal inspección, que indique que no se les permitió verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación.

Al respecto señaló que la diferencia de unidades que la Administración consideró como ventas omitidas, no se contabilizó porque al hacerlo se habría falseado la contabilidad, entendida ésta como un sistema para registrar los resultados que se obtienen y no los que se pretenden.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la Administración se opuso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte actora argumentando, en relación con la diferencia encontrada, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 27 de marzo de 1991, que la pérdida que se produce en la etapa de transformación se contabiliza afectando los costos generales de fabricación o el inventario de productos en proceso, pero nunca se pueden deducir del inventario de unidades terminadas.

En relación con la sanción por libros señaló que debía mantenerse, toda vez que los libros de contabilidad de la actora no reflejan la situación real, económica y financiera de la sociedad, porque no se contabilizó la diferencia entre las unidades vendidas y las disponibles para la venta, impidiéndose así la verificación y determinación de los factores necesarios para establecer la base de liquidación de los impuestos.

Finalmente, y en cuanto a la sanción por inexactitud, luego de transcribir el artículo 647 del E.T. alegó que no compartía las apreciaciones del Tribunal porque de la lectura de tal norma no surge que el legislador haya exigido que la Administración demuestre la utilización de medios fraudulentos por parte del contribuyente para poder aplicar la sanción en comento. Y por lo tanto, habiéndose confirmado la omisión de ventas en que incurrió la actora, que generó omisión de ingresos, es evidente que se configuró la causal de inexactitud sancionable. Al respecto citó las sentencias del Consejo de Estado de abril 3 de 1992, Consejero Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE, y de septiembre 8 de 1992, Consejero Ponente Dr. CARMELO MARTINEZ CONN.

El pronunciamiento del señor Procurador Octavo Delegado ante esta Corporación fue extemporáneo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del *sub-lite* la controversia se concreta en determinar la legalidad de la actuación administrativa en cuanto adicionó los ingresos declarados por la sociedad actora, por considerar que ésta omitió ingresos por operaciones gravadas con el impuesto sobre las ventas y la procedencia o no de la sanción por libros impuesta por la Administración.

El aspecto relativo a la sanción por inexactitud y que es materia del alegato de conclusión presentado por la Administración no será analizado, por cuanto la decisión del *a-quo* fue favorable en este punto a la actora y la Administración no apeló.

Mediante la sentencia del 28 de octubre de 1994 proferida dentro del proceso 5776, instaurado por la misma actora, para cuestionar actos proferidos por la misma entidad demandada respecto a su impuesto a las ventas por una vigencia fiscal distinta, la Sala se pronunció en los siguientes términos que ahora reitera:

> "Examinada la actuación gubernativa, advierte la Sección que la Administración, en desarrollo de la inspección contable a la actora, estableció que entre la materia prima a procesar y los productos vendidos y facturados, existía una diferencia de 173.226 kilogramos, sobre la cual dedujo que correspondía a ventas omitidas, por cuanto la misma no podía corresponder a faltantes, pérdidas o desperdicios de materias primas, dado que éstos se reflejan en el inventario final.

"Apoyó la Administración su actuación en los artículos 25 y 28 del Decreto 187 de 1975 y 63 del E.T., disposiciones relativas a la forma de establecer los costos de los activos para efectos de determinar el impuesto sobre la renta (Libro 1o.). Así, el artículo 62 del E.T. prevé los sistemas para determinar el costo de los activos movibles enajenados; bien sea por el juego de inventarios o por inventarios permanentes o por cualquier otro de reconocido valor técnico y el artículo 63 consagra, como límite en la valuación en juego de inventarios que las unidades del inventario final deben corresponder a las disponibles (inventario inicial más compras), menos las vendidas durante el año, norma que desarrolla al artículo 25 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 en el sentido de que sólo se aplicará 'respecto de las mercancías que se adquieran para venderlas sin transformarlas'.

"El costo de lo vendido por el sistema de juego de inventario está constituido por la suma del inventario practicado el 31 de diciembre del año anterior al gravable, adicionado con el costo de la mercancía comprada, transformada, extraída o producida en el año fiscal, suma de la cual se sustrae el inventario físico efectuado en el último día del año. Así mismo determina la legislación del Impuesto sobre la Renta que cuando los costos se establezcan por el sistema de juego de inventarios en ellos se encuentra incluido el valor de las mercancías perdidas y la utilidad en las ventas queda disminuida con su respectivo valor. En consecuencia, mal pueden reconocerse como deducción y por eso el artículo 28 del Decreto 187 de 1975 advertía que las pérdidas de activos movibles reflejadas en el inventario no eran deducibles.

"Otra regla que en el mismo capítulo se contempló para la determinación de los costos es la consagrada en el artículo 64 del E.T. que autoriza un margen de disminución en el inventario final de hasta un 5% de las unidades del inventario inical más las compras cuando se trate de mercancía de fácil destrucción o pérdida, pudiendo demostrarse pérdidas mayores por razones de fuerza mayor o caso fortuito, pero respecto de las mercancías que se adquieran para venderlas sin transformarlas, o sea, que no es aplicable a materia prima.

"Pero todas estas normas están específicamente relacionadas con una materia: la determinación del costo de activos movibles para efectos de depurar los ingresos brutos obtenidos en su venta para establecer la base gravable con Impuesto sobre la Renta.

"De suerte que la posición adoptada por la Administración y prohijada por el Tribunal no puede ser compartida por la Sala, pues si bien aquélla podía ser válida para determinar el Impuesto sobre la Renta, no lo es para el Impuesto sobre las Ventas que constituye materia de la *litis* en el proceso que se atiende.

"Para la Sala es claro que el análisis efectuado por la Administración a través de la inspección contable a los inventarios en la forma como se efectuó estuvo encaminado a cuestionar o establecer los costos, lo cual resultaba improcedente

en una inspección destinada a fiscalizar las declaraciones de ventas, toda vez que en el proceso de determinación del Impuesto sobre las Ventas no tiene relevancia la utilidad (o pérdida) obtenida por el responsable, sino el impuesto general en las operaciones gravadas y al incurrido en los costos y gastos que sean descontables, o sea, que tiene injerencia pero como impuestos pagados al incurrir en los costos, mas no la determinación misma de éstos.

"Adicionalmente, la Sala observa que el procedimiento utilizado por la Administración no corresponde a los establecidos por el legislador para determinar o investigar las ventas gravadas, ni encaja en las presunciones que excepcionalmente contempla la ley con el mismo fin.

"Tiene razón la demandante cuando invoca como violados los artículos 742, 745 y 746 del E.T., pues si bien es cierto que la Administración goza de amplias facultades de fiscalización 'la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstas sean posibles con aquéllos' (art. 742), y aunque en principio se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias (746), éstos pueden ser desvirtuados por la Administración pero mediante las pruebas a que se refiere en general el artículo 742.

"Si el Impuesto a las Ventas se causa por la importación o la venta de bienes corporales muebles (no excluidos) o la prestación de servicios en el territorio nacional, la labor de fiscalización de los factores que lo configuran, utilizando para ello todos los elementos que consagra la ley para determinar cuándo hay venta o se considera que ésta existe (arts. 420, 421, 429, etc.).

"Pero, no existiendo objeción a la contabilidad (que prueba a favor del contribuyente, art. 772 E.T.), ni prueba directa de omisión de registro de ventas, no podía la Administración utilizar un método indirecto establecido para otros fines, como ya se explicó .

"Porque dentro de los medios de prueba la legislación tributaria también contempla las presunciones, pero siendo estos medios excepcionales que requieren especial consagración, su aplicación debe ajustarse a los que disponga la ley, como se desprende de las que específicamente regula el Estatuto Tributario en sus artículos 754 a 763.

"Es cierto que dentro de ellas figura la 'presunción por diferencia de inventarios' en el artículo 757, pero ésta nunca fue invocada por la Administración como fundamento de su actuación, sino apenas mencionada en el proceso contencioso cuando ya no era procedente; pero además, resulta que el método aplicado por la Administración (basado, como ya se dijo, en el art. 63) no es igual ni comparable con el del artículo 757, que es uno de los especiales para el Impuesto a las Ventas.

"Prevé el artículo 757 del E.T. (art. 50 inc. 1o. literal a), Dcto. 3541/83) que cuando se establezca que los inventarios son superiores a los contabilizados o registrados podrá presumirse que tales diferencias representan ventas gravadas omitidas en el ejercicio fiscal anterior.

"Igualmente precisa que el monto de las ventas gravadas omitidas se calculará incrementando la diferencia de inventarios detectada en el porcentaje de utilidad bruta registrada en la declaración del contribuyente del ejercicio fiscal o del inmediatamente anterior.

..."

La Administración, tomando como fuente de información los libros de contabilidad, los comprobantes y documentos que respaldan los registros por el año gravable de 1988, estableció a título de unidades disponibles para la venta las cantidades de materia prima medidas por su peso en kilogramos, así:

	Kilogramos
INVENTARIO INICIAL DE MATERIA PRIMAS	1.722.502
(+) COMPRAS	10.199.553
INVENTARIO UTILIZABLE	11.922.055
(-) INVENTARIO FINAL DE MATERIA PRIMA	249.600
UNIDADES DE MATERIA PRIMA FABRICADA	11.672.455
(+) INVENTARIO INICIAL DE ARTICULOS TERMINADOS	511.996
(-) INVENTARIO FINAL DE ARTICULOS TERMINADOS	253. 052
UNIDADES VENDIDAS (Disponibles para la venta)	11.931.399

El mencionado rubro, esto es, unidades (kilogramos) disponibles para la venta fue comparado con la cantidad de unidades efectivamente facturadas por ventas para determinar como diferencia de ventas omitidas lo siguiente:

Unidades disponibles para la venta	11.931.399
(-) Unidades vendidas facturadas	11.464.467
Diferencia ventas omitidas	$ 466.932

De acuerdo con lo anterior, la Sala acoge lo dicho en la sentencia que en el caso de autos se transcribe, así:

"De esta forma se observa que la Administración, si aparentemente quiso aplicar aquella disposición, lo hizo equivocadamente, entre otras razones porque no constató previamente si las unidades del inventario final eran efectivamente superiores a las contabilizadas o registradas en los libros, hecho que no aparece demostrado en la actuación administrativa, pero obró también equivocadamente tratando de amoldar un sistema que está diseñado para determinar costos, y por ende renta bruta, a un problema de posible omisión de ingresos por venta.

"En síntesis, la Sala encuentra que el procedimiento adoptado por la Administración, basado en el artículo 63 del E.T. fue totalmente desacertado; que aun en el supuesto de que hubiera pretendido aplicar el art. 757 también fue equivocado, por lo que la adición a las ventas declaradas por la compañía debe tenerse como el fruto de suposiciones o conjeturas y no fundada en pruebas ciertas, como tampoco basada en las presunciones que autoriza la ley, por todo lo cual debe revocarse la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de la demanda.

..."

En cuanto a la sanción por libros de contabilidad, se observa que fue aplicada a la sociedad actora por la Administración, con fundamento en el artículo 31 del Decreto 187 de 1975, "por medio del cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia de impuesto sobre la renta y complementarios" afirmando que su inobservancia configuraba la causal de irregularidad en la contabilidad consagrada en el artículo 654 literal e) del Estatuto Tributario diferente a "No llevar los libros de contabilidad en forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones", la Sala procederá a levantarla, toda vez que por una parte el decreto 187 de 1975, así como se expresó en la sentencia de 28 de octubre de 1994, expediente 5776, Consejero Ponente Dr. JAIME ABELLA ZARATE, fundamento de esta providencia es aplicable solamente en materia del impuesto sobre la renta y no en el de ventas y por otra, la sociedad actora no incurrió en la causal de irregularidad en la contabilidad prevista en el mencionado artículo 654, literal e) del Estatuto Tributario, puesto que los funcionarios de la Administración, con fundamento en la contabilidad de la actora, pudieron determinar los factores necesarios para establecer la base de liquidación del impuesto discutido.

De conformidad con lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia apelada, estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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:

REVOCASE la sentencia apelada.

En su lugar, ANULANSE la Liquidación de Revisión número 140 de 31 de diciembre de 1991 y la Resolución número 021 de enero 28 de 1993, expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Santander.

En consecuencia, DECLARESE en firme la liquidación privada del impuesto sobre las ventas presentada por el actor, correspondientes al impuesto sobre las ventas por el 6o. bimestre de 1988.

Se reconoce a la doctora MYRIAM HERLINDA RONCANCIO TELLEZ como apoderada de la entidad demandada en los términos y para los efectos del memorial poder anexo.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen. CUMPLASE.

Esta 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.

ACTIVIDAD DE EDICION DE LIBROS Y REVISTAS/ACTIVIDAD DE SERVICIOS/ACTIVIDAD INDUSTRIAL/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"A través del Acuerdo 2 de 1985, el Concejo Distrital modificó sustancialmente el tratamiento dado a la actividad de edición de revistas y periódicos que en principio había enmarcado como industrial, para clasificarla como de servicios, entre otras razones para aliviar la carga tributaria que pesaba sobre estos contribuyentes, evitar la doble tributación y en consideración a que las publicaciones de libros, revistas y periódicos satisfacen necesidades espirituales y culturales de la comunidad, por lo cual deberían clasificarse entre las actividades de servicio".

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

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5669. Actor: Legis Editores S.A. Industria y Comercio. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Santafé de Bogotá, D.C., contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1994, mediante el cual se declaró la nulidad

de la Liquidación Oficial del Impuesto de Industria, Comercio y Avisos No. 2435 de 1990 y de las resoluciones 749 de 1991 y 095 de 1992, que determinaron el impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad Legis Editores S.A., por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración privada de industria y comercio presentada por la sociedad Legis Editores S.A. por el año gravable de 1988, la Administración Tributaria de Santafé de Bogotá practicó el Requerimiento Especial 1563 de fecha 4 de junio de 1989, mediante el cual solicitó demostrar la actividad económica de la contribuyente, denunciada bajo el código 301 como servicios de publicaciones.

Con base en la respuesta al requerimiento y al certificado de existencia y representación, la Dirección Distrital de Impuestos expidió la Liquidación Oficial 2435 de 1990 y modificó la actividad económica declarada por la actora, determinándola en otras actividades industriales, código 103.

Previa la resolución de los recursos interpuestos, reposición y en subsidio apelación, la Administración practicó visita y conceptuó que la actividad de Legis Editores S.A. es de servicios y comercial.

La liquidación oficial fue confirmada por la Resolución 749 de 1991 que resolvió el recurso de reposición y, por la Resolución 095 de 1992 que desató la apelación, con lo cual se agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

El apoderado de la sociedad Legis Editores S.A. solicitó que se declare la nulidad de la actuación administrativa, básicamente por las siguientes razones:

Aplicación del silencio administrativo positivo. Explicó la parte que el término que tenía la Administración Distrital para resolver el recurso de apelación interpuesto era de 6 meses, contados a partir de la fecha de notificación de la Resolución 749 de 1991 que desató el recurso de reposición, esto es desde el 26 de septiembre de 1991 hasta el 26 de marzo de 1992, el cual fue expedido por la Junta Distrital, toda vez que sólo hasta el 30 de marzo de 1992 se introdujo al correo la citación para que la sociedad se notificara personalmente.

Nulidad de los actos administrativos impugnados. La contribuyente se opuso a la variación de código de la actividad efectuada por la Administración, de actividad de servicios a industrial y solicitó que se apliquen los conceptos de la Ley 23 de 1982 relativos a "publicación" y a "editor" según los cuales la publicación de una obra literaria

implica la edición de la misma y por lo tanto no puede existir edición que no conlleve la publicación, por cuanto la publicación es parte de la edición.

De otra parte sostuvo que la edición de una obra de acuerdo con los parámetros de la Ley 14/83 es una actividad de servicios, habida cuenta que no conlleva ningún proceso de transformación, extracción, fabricación, confección o reparación, sino que está encaminada a satisfacer las necesidades espirituales, culturales y de conocimiento de la comunidad.

Indicó que el Acuerdo 11 de 1988, en su artículo 15, estableció como actividad de servicios la publicación de revistas, libros y periódicos, sin distinguir si la reproducción se efectuaba por el editor directamente o por medio de terceros.

Estimó que si bien es cierto que el objeto social de una sociedad limita su campo de acción frente a terceros, esto no implica que la sociedad desarrolle a plenitud dicho objeto social.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

A juicio del apoderado del Distrito Capital la actividad de la actora es industrial, porque en ella se presenta un proceso de transformación, elaboración y reproducción de productos terminados.

Propuso como excepción la de inepta demanda por falta de requisitos formales, por cuanto se designó como representante del Distrito al Personero y no al Alcalde Mayor, como correspondía.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En primer término el *a-quo* rechazó la excepción propuesta por cuanto la demanda fue correctamente notificada al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá y éste intervino oportunamente a través de su apoderado.

En segundo lugar, frente a la presunta operancia del silencio administrativo con efectos positivos, estimó que el término para la Administración para desatar el recurso de apelación empezaba a correr a partir de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resolvió la reposición y por ello vencía el 10 de abril de 1992, por lo que la resolución notificada el 8 de abril de ese año lo fue en tiempo.

En relación con la clasificación de la actividad que desarrolla Legis Editores S.A. determinó el Tribunal que es de servicios, código 301, por cuanto a su juicio los términos publicación y edición son equivalentes y por su naturaleza se hallan lejos de implicar un proceso de transformación. Considera que la publicación de libros y revistas implica

forzosamente su edición y ésta, en el caso de la actora, se lleva a cabo para su distribución y venta, o sea, para su publicación.

APELACION

El apoderado del Distrito Capital solicitó que se revoque el fallo del Tribunal y reiteró sus apreciaciones frente a que la actividad de la actora es industrial, por cuanto la edición conlleva un proceso de elaboración, producción y transformación de productos terminados.

Insistió en que el hecho de que la actividad editorial conlleve la publicación de sus productos no implica que pierda su naturaleza de actividad industrial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Debe dilucidar la Sala solamente si la actividad ejercida por la sociedad actora en el Distrito Capital es industrial, como lo ha sostenido la entidad demandada, o si por el contrario es de servicios, y en consecuencia determinar si la actuación administrativa en cuanto cambió el código de actividad de la contribuyente se ajustó a la legalidad.

La sociedad actora, al diligenciar su denuncio de industria y comercio por el año gravable de 1988, determinó que su actividad era de servicios encuadrada en el código 301 "publicación de revistas, libros y periódicos", contenido en el artículo 15 del Acuerdo 11 de 1988 con tarifa del tres por mil.

Observa la Sala que el motivo fundamental que tuvo la Administración para modificar el código declarado por la sociedad al código de actividad 103 "demás actividades **industriales**", con tarifa del 7 por mil, fue lo estatuido en el certificado de existencia y representación, como objeto social de la compañía en cuanto éste consiste en la "edición, distribución y venta por sí o a través de terceros de libros, revistas o folletos de carácter científico o cultural", de donde concluyó que la actividad gravable con el impuesto de industria y comercio es la "edición", que consideró actividad industrial, porque en ella se presenta un proceso de transformación, elaboración y producción de artículos terminados.

2. CLASIFICACION DE LA ACTIVIDAD DE EDICION DE LIBROS Y REVISTAS EN BOGOTA

Para resolver la controversia, estima pertinente la Sección efectuar un breve repaso al tratamiento fiscal que el Concejo Distrital ha otorgado a los contribuyentes que ejercen actividades como la que es materia de *litis*, así:

Desde un principio el Acuerdo 21 de 1983, en concordancia con el artículo 34 de la Ley 14 de 1983, en su artículo 7o. definió como actividad industrial "la producción, extracción, fabricación, manufactura, confección, preparación, reparación, ensamblaje de cualquier clase de material o bienes, y en general cualquier proceso de transformación por elemental que éste sea".

Así mismo, el artículo 9o. del mencionado Acuerdo definió la actividad de servicio como "aquella destinada a satisfacer necesidades de la comunidad, mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades... servicios de publicidad..."

En los artículos 21, 22 y 23 del acuerdo fijó las tarifas del impuesto. En el artículo 21 separó en varias las actividades industriales y asignó el código 104 a la "impresión y edición de libros, revistas y periódicos", con tarifa 2 por mil.

En el artículo 20 reglamentó la base gravable de los contribuyentes con ingresos fuera de Bogotá, y en su parágrafo 2o. dispuso que no podrían descontarse los ingresos percibidos fuera de Bogotá en ejercicio de actividades industriales. También al referirse en el artículo 24 a los contribuyentes con varias actividades previó que en el caso de la "edición de revistas y periódicos" se entenderá que todos los ingresos relacionados con el producto final constituyen ingresos industriales.

Posteriormente, a través del acuerdo 2 de 1985, el Concejo Distrital modificó sustancialmente el tratamiento dado a la actividad, que en principio había enmarcado como **industrial**, para clasificarla como de **servicios,** entre otras razones para aliviar la carga tributaria que pesaba sobre estos contribuyentes, evitar la doble tributación y en consideración a que las publicaciones de libros, revistas y periódicos satisfacen necesidades espirituales y culturales de la comunidad, por lo cual deberían calificarse entre las actividades de servicio. Para tal efecto, la Sala, con base en el artículo 169 del C.C.A., requirió del Concejo Distrital los antecedentes del acuerdo 2 de 1985, entre los cuales se destaca la ponencia del H.Concejal MELQUIADES CARRIZOSA AMAYA (fl. 201) en la cual justifica los cambios propuestos en el proyecto de Acuerdo 37 de 1984 que luego se convirtió en el citado acuerdo 2 de 1985:

> "Ha sido tradición del Concejo proteger dentro de un sano criterio la actividad de las publicaciones, buscando incentivar su producción con el fin de que más número de colombianos tengan acceso a la información, analizada desde diferentes ángulos y concepciones ideológicas, haciendo más objetiva la imagen que sobre los diferentes hechos nacionales se puedan formar los lectores y permitiendo en esta forma una participación más democrática, más independiente y más responsable de todos y cada uno de los diferentes sectores de opinión. Adicionalmente, pareciera que la calificación de la actividad periodística quedaría más ajustada a la realidad si su calificación frente al impuesto de Industria y Comercio se hiciera como "SERVICIO" y no como actividad industrial. Es sabido que la lectura de libros, revistas y periódicos es una necesidad diaria de las democracias y que más que un efecto material la lectura

produce un efecto espiritual no latente que engrandece el espíritu y la mente y que la publicación fuera de su lectura se convierte en un perecedero de consumo inmediato y por estas razones su calificación de servicio estaría más ajustada a la realidad.

"Por las anteriores consideraciones, hacer desaparecer la impresión y edición de libros, revistas y periódicos del código 104 del Art. 21 (Tarifas Industriales) creando el nuevo código 309 del Art. 23 (Tarifas de Servicio), se convertiría en una herramienta plausible con el fin de no gravar el porcentaje de edición no vendido en Bogotá, acto que tendría que ser realizado por los representantes de cada publicación en cada municipio, evitando con esto la doble tributación realizando una distribución más equitativa y permitiendo un mejor ordenamiento en el cobro de impuesto de industria y comercio al sector de las publicaciones.

"Adicionalmente a lo anterior y después de un detallado análisis de la ponencia respectiva, la Comisión de Presupuesto, con el fin de darle un tratamiento igualmente equitativo a otros medios de comunicación diferentes a los escritos (radio y televisión), aprobó incluir dentro del nuevo Código de tarifas de servicios (Código 309) las pautas de radio y televisión, haciendo en esta forma una presentación de igualdad para todos los medios de comunicación".

Como resultado de lo anterior, fue expedido el acuerdo 2o. de 1985 a través del cual el Concejo modificó el acuerdo 21 de 1983 en los siguientes sentidos: derogó expresamente el parágrafo segundo del artículo 24 y el código 104 del artículo 21 sobre tarifas industriales atribuida a la "impresión y edición de libros, revistas y periódicos", y por otra parte, estableció en el artículo 23, que contiene las tarifas de servicios, un nuevo código que denominó "Código 309: publicación de revistas, libros, periódicos, radio y televisión, tarifa 2 por mil".

De esta forma, la Sala esclarece que desde 1985 la actividad de publicación de revistas, libros y periódicos ha sido considerada como de "servicios", tratamiento que el Concejo conservó después, no obstante la expedición del acuerdo 11 de 1988 reformatorio del acuerdo 21 de 1983, pues las únicas modificaciones que efectuó fueron la recodificación del capítulo de servicios para incluir la actividad de transporte y el aumento de la tarifa (del 2 al 3 por mil) en los siguientes términos:

"Artículo 15: Tarifas

"a) Industriales.....

"b) Comerciales.....

"c) Servicios: A las actividades de servicios se les aplicará la siguiente tarifa mensual sobre la base gravable:

"301 Transporte, publicación de revistas, libros y periódicos; radiodifusión y programación de televisión..... tres por mil".

El anterior repaso de la evolución normativa que le ha dado el Concejo de la ciudad capital a la actividad de edición y publicación de libros, revistas y periódicos de la cual se concluye que ha reiterado su clasificación como actividad de **servicios,** sirve de complemento al análisis que llevó al Tribunal de Cundinamarca a la misma conclusión por la equivalencia de los términos edición y publicación y la primacía de su finalidad, cual es la de satisfacer las necesidades culturales y de comunicación de la sociedad.

3. APLICACION AL CASO DEBATIDO

Precisado lo anterior y en relación con la actuación gubernativa impugnada, advierte la Sección que en la visita llevada a cabo a la sede social, la Administración verificó que en las instalaciones de la sociedad funcionan las sociedades LEGIS EDITORES S.A., la actora, y LEGISLACION ECONOMICA S.A. y que la primera ejerce las siguientes actividades:

Edición: actividad de servicios por la publicación de obras, revistas, folletos y libros, la cual combina con la actividad comercial de venta de los productos a través de terceros. Así mismo estableció el funcionario visitador que la actividad industrial es ejercida por la sociedad Legislación Económica, quien vende la producción a LEGIS EDITORES, por cuanto esta última "no posee la maquinaria para la impresión y encuadernación" (fl. 134 C.P.).

Es decir, que en sede administrativa se estableció de manera directa que la sociedad actora no ejerce actividades industriales, como lo calificó la liquidación oficial, sino que las desarrolladas corresponden a servicios y comerciales, pero sin establecer el monto de los ingresos percibidos por el ejercicio de cada una de las mencionadas actividades, con lo cual, a juicio de la Sala, quedó comprobada la afirmación de la actora en el sentido de que su actividad es de servicios; el hecho de que a través de la mencionada visita se desprenda el ejercicio de actividades comerciales en nada incide frente a la liquidación, por cuanto en ésta sólo se produjo el cambio de actividad de servicios a industrial, sin efectuar cuestionamiento o precisión alguna en relación con posibles ingresos recibidos por la actividad comercial.

Conforme a las consideraciones anteriores, comparte la Sala la decisión adoptada por *el a-quo* y procede a confirmar el fallo apelado.

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.

DECLARACION TRIBUTARIA-Anexos/**COSTO**-Comprobación/**DEDUCCION**-Comprobación/**PASIVOS**-Comprobación

"Como desde la promulgación del Decreto Ley 2503 de 1987, el 30 de diciembre de este año, y del Decreto Reglamentario 290 de 1989, bajo cuya vigencia se produjeron las actuaciones impugnadas, no sólo no se exigía sino que se prohibía la inclusión en la declaración tributaria de "anexos, pruebas, relaciones, certificados o documentos adicionales", resulta evidente que el actor en el caso estaba impedido para cumplir el requisito de la discriminación de beneficiarios en la declaración de renta, aunque, así mismo, es suficientemente claro que tampoco podía hacerlo con la contestación de los requerimientos administrativos, toda vez que las normas que así lo autorizaban habían sido derogadas expresamente y no se habían reproducido en preceptos nuevos. Consecuencia de lo anterior es la de que, a partir de la vigencia de los decretos en cita, no basta la discriminación de determinados factores de costos, deducción, descuento o pasivo de la declaración para que éstos se tengan por ciertos, sino que se requiere de la plena prueba de los mismos, cuando así lo requiera la Administración y se pretende su reconocimiento fiscal".

TESTIMONIO-Inadmisibilidad/**TESTIMONIO**-Oportunidad/**DEDUCCIONES**-Comprobación

"Habiéndose demostrado que la sola relación discriminada de los supuestos beneficiarios de los pagos por gastos y deducciones, presentada con la contestación del requerimiento, no bastaba para ser

fiscalmente admisibles éstos, al contribuyente se imponía la carga de la prueba de los mismos, para lo cual, evidentemente, no eran idóneos los "testimonios" que logró hacer valer ante la Unidad de Liquidación ni los que adujo posteriormente frente a las clarísimas restricciones de los artículos 751 y 752 del Estatuto Tributario, por lo que se deniega efecto alguno a los "testimonios" presentados después de notificados el requerimiento y la liquidación a quien los aduce, y a aquéllos destinados a establecer situaciones que, como en el caso, estando obligado el contribuyente a tener contabilidad registrada, suponían "la existencia de documentos o registros escritos".

SANCION POR INEXACTITUD-Procedencia

"Comprobada, igualmente, la pretensión del contribuyente de afectar la base imponible con costos y deducciones objetivamente inexistentes, puesto que no solamente no se demostraron, sino que los medios empleados para ello eran contrarios a la ley, se configura ostensiblemente la irregularidad advertida por la Administración y debe mantenerse su sanción".

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

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5762. Apelación sentencia de 1o. de julio de 1994 del Tribunal Administrativo de Santander, en juicio de restablecimiento fiscal impuesto sobre la renta período impositivo de 1987. Actor: Roberto Belarmino Poveda Salazar. Fallo.

ROBERTO BELARMINO POVEDA SALAZAR, el actor, mediante apoderado, apela de la sentencia de primer grado, de 1o. de julio de 1994, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1987, promovido contra la liquidación de revisión No. 022 de 12 de febrero de 1992 y la resolución No. 054 de 11 de marzo de 1993, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Santander.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, la liquidación impugnada adicionó, por $11.760.000, el patrimonio declarado, rechazó costos y deducciones, por $19.297.471 y sancionó por inexactitud ($9.602.538) y libros de contabilidad ($3.871.052); la actuación fue íntegramente confirmada en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Indica violados, por los conceptos que se sintetizan, los siguientes preceptos:

1. Los artículos 29 de la Constitución y 742 y 743 del Estatuto Tributario por haberse negado mérito probatorio a las "declaraciones juramentadas" presentadas con la contestación del requerimiento especial, en relación con costos y gastos por concepto de fletes.

2. El artículo 705 ib., por extemporaneidad de la notificación del requerimiento especial, supuesto que, en el caso, al haber vencido el plazo para la declaración de renta del período, el 11 de octubre de 1988, dicha notificación debía hacerse a más tardar el 11 de octubre de 1990, por lo cual la que se hizo 25 de julio de 1991 resultaría inoportuna, afectándose de nulidad el acto, así como la liquidación subsiguiente, en términos del artículo 730 ib.

3. El artículo 107, sobre la deducibilidad de las expensas por desecharse los pagos a dos clínicas y a empresas aéreas por pasajes de transporte (en conjunto, $602.355), de acuerdo con el requerimiento, por no tener el carácter de expensas necesarias, ni relación de causalidad con los ingresos declarados, y, según la liquidación oficial, por falta de prueba, conforme al artículo 788 ib., norma ésta referida a "excenciones" (sic) y no a deducciones, que era de lo que se trataba; adicionalmente, se había quebrantado el artículo 711 ib.

4. El artículo 746 ib., referente a la presunción de veracidad de la declaración tributaria, porque, pese a que con la contestación del requerimiento ordinario No.0536 de 29 de agosto de 1990, se habían acompañado las relaciones solicitadas, con indicación de nombres y Nit de los beneficiarios por pagos de fletes y la cuantía de éstos se exigió "comprobación" de tales pagos; se habría violado, igualmente, el citado artículo 788, por la misma razón expuesta antes.

5. El artículo 82 ib., relativo a la determinación de costos estimados y presuntos, pues, al rechazarse los costos, éstos se habrían convertido en renta líquida, desconociéndose el principio de que en la actividad comercial no puede haber ingresos que no aparejen costos.

6. Los artículos 647 y 683 ib., por no haberse incurrido en hipótesis sancionables por inexactitud, conforme al primero de éstos, pues sólo se habría dado "dificultad para probar los costos" que, según el criterio del Consejo de Estado expuesto en las sentencias del 13 de marzo de 1989 y 20 de abril de 1990, la primera, con ponencia del señor Consejero JAIME ABELLA ZARATE, podría dar lugar al rechazo de los ítems afectados por deficiencias probatorias pero no a sanción; la segunda norma citada se habría violado por faltarse el espíritu de justicia mediante la liquidación de impuestos y sanciones que no correspondían a la actividad económica desarrollada por el contribuyente.

LA SENTENCIA

Desestima el cargo fundado en la "extemporaneidad del requerimiento", en consideración a que, habiéndose determinado "saldo a favor" en la liquidación privada del ejercicio, el plazo para notificar requerimiento especial, de conformidad con el artículo 705 del Estatuto Tributario, se debía contar "desde la fecha de presentación de la declaración por el año de 1988, que es cuando se solicita la compensación" (del saldo a favor), que lo fue el 4 de octubre de 1989, encontrándose en término, por tanto, la notificación del 25 de julio de 1991.

Respecto del desconocimiento de deducciones, halla que, con la contestación del requerimiento, se anexaron "once declaraciones extraproceso y una certificación expedida por ECOPETROL", ésta relativa al pago del "impuesto vial" ($11.577.788) y aquéllas al pago de fletes ($16.796.466), para un total acreditado por $28.374.254 que se reconoció en la liquidación oficial, aunque con error numérico en los pagos por fletes, que se computaron por $15.466.466 y no por $16.796.466 que era la cifra exacta, procediendo la corrección; el saldo rechazado por el concepto en cuestión se concretaría, por tanto, a la cantidad de $17.339.860, pero tal rechazo habría sido acertado, pues los argumentos del actor para justificar esa suma carecerían de consistencia.

Añade que el hecho de haber fallecido algunos de los beneficiarios de los pagos sería "una razón simple e inverosímil", pues un comerciante cuidadoso procuraría exigir un comprobante al realizar cada pago; sostiene del mismo modo que las "declaraciones extraproceso" acompañadas a la demanda no son admisibles, tratándose de testimonios que no reunirían los requisitos del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil; igualmente que el rechazo de pagos a clínicas ($300.000) fue legal por no observar éstos relación de causalidad con la actividad declarada ("el transporte terrestre"), como lo habría sido también el de los pagos por pasajes aéreos por la misma razón; tampoco estima que la cita errónea en la liquidación impugnada del artículo 788 del Estatuto Tributario en materia "deducciones" tuviera alguna trascendencia.

Rechaza los cargos por la supuesta transgresión de los artículos 107, 711 y 746 ib. del primero, puesto que la Administración no habría dicho que las expensas necesarias

no fueran deducibles, sino que las pedidas no tenían relación de causalidad con el ingreso; del segundo, porque entre el requerimiento y la liquidación oficial sí habría la debida correspondencia del último, ya que la aducida presunción podía ser desvirtuada por la exigencia de prueba que formulara el funcionario impositivo, en relación con los factores declarados por el principio de incumbir a las partes la prueba del "supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", concluyéndo-se que en el caso era al contribuyente a quien correspondía probar las deducciones solicitadas; del mismo modo, niega que al caso fuera aplicable el artículo 82 ib. sobre costos presuntos, pues de lo que se trataba no era del costo de enajenación de activos, sino del desconocimiento de gastos por falta de prueba, no pudiendo confundirse, de otro lado, "ni contable ni legalmente el concepto de lo que es un costo con lo que es un gasto".

Por último, en lo que hace a la sanción por inexactitud, considera ésta bien fundada, por inclusión en la declaración del ejercicio de costos y deducciones "inexistentes, de los cuales se deriva un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente"; sobre el particular, transcribe apartes de la sentencia de la Sala, de 8 de octubre de 1993, dictada con ponencia del señor Consejero Delio Gómez Leyva.

EL RECURSO

En relación con que el argumento de haber fallecido alguno de los beneficiarios de los pagos discutidos resultará "razón simple e inverosímil", afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta el artículo 791 del Estatuto Tributario, norma de las "transacciones efectuadas con personas fallecidas" (sic), con base en la cual, desde la respuesta al requerimiento ordinario, se habrían "aclarado" los datos de la declaración del período, allegándose "las relaciones solicitadas, con indicación del nombre, NIT, valor de los pagos por concepto de fletes, etc.," y solicitándose la aceptación de los pagos hechos a OTONIEL VILLAMIZAR, por $7.000.000 y ROSA H. CALDERON DE GUALDRON, por $5.400.000, fallecidos posteriormente, según se probó.

Por otra parte, que la sentencia había guardado silencio sobre el cargo de violación del artículo 29 de la Constitución en el trámite gubernativo, en lo que decía relación con el desconocimiento del valor probatorio del testimonio, no obstante existir libertad probatoria en materia tributaria, conforme a los artículos 742 y 743 ib., con lo que se habría creado inseguridad jurídica, incluso entre los propios funcionarios, dado que mientras en la liquidación oficial se habían admitido pruebas testimoniales para demostrar el pago de fletes, la oficina de recursos desestimó las que se le anexaron, menguándose el derecho de defensa del contribuyente mediante prueba única tasada por la Administración.

Igualmente, que el fallo se habría apartado de la jurisprudencia del Consejo de Estado imperante tanto en materia de la aplicación del costo presuntivo como del concepto de inexactitud sancionable.

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

Asume que, en lo referente a los costos y deducciones en controversia, el debate es eminentemente probatorio y fundado en la prueba testimonial, cuya eficacia sin embargo, como se había expresado en la resolución del recurso gubernativo, estaría limitada por lo dispuesto en el artículo 752 del Estatuto Tributario, de no ser admisible la misma con respecto de hechos que, por normas generales y especiales, no fueran susceptibles de probarse por dicho medio "ni para establecer situaciones que por su naturaleza suponen la existencia de documentos o registros escritos salvo que, en este último caso y en las circunstancias en que otras disposiciones lo permitan, existe un indicio escrito", a lo cual cabría añadir que, de conformidad con el artículo 751 ib., los testimonios en cuestión tenían que haberse rendido antes del requerimiento o la liquidación, lo que no se cumplió en el caso.

Y que, adicionalmente, por la naturaleza de sus actividades, el demandante tenía el carácter de comerciante y, como tal, se obligaba a tener contabilidad registrada, por lo que necesariamente sus transacciones debían figurar en las respectivas facturas o registros escritos.

Coincide también con el *a-quo* en que la norma del costo presuntivo sólo era aplicable al caso de la venta de activos, no de la prestación de servicios, aparte de que los costos reconocidos por la Administración superaban el porcentaje de los presuntos.

En lo tocante a la sanción, dice que, contrario a lo afirmado por el accionante, ésta merece confirmarse, no sólo porque se configuraban los supuestos de hecho de la misma (por incluirse en la declaración costos y deducciones inexistentes, que se reflejaban en un menor impuesto, sin que se presentare la disparidad de criterios acerca del derecho aplicable como circunstancia exonerativa), sino porque la jurisprudencia, invocada al respecto, carecía de relación con lo discutido, pues la Administración nunca alegó que el contribuyente se hallare incurso en maniobras fraudulentas o que declarare factores falsos.

LA SALA CONSIDERA

1. Relaciones discriminadas de beneficiarios.

Durante la vigencia de los artículos 34 y 43 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978, los requisitos formales y pruebas de la declaración tributaria debían cumplirse o presentarse con ésta o su corrección, cuando así lo exigiere la ley y, de no existir tal exigencia "con la respuesta a los requerimientos administrativos previstos en la presente ley".

Dichos preceptos fueron derogados expresamente por el Decreto 3803 de 1982, cuyo artículo 17, sin embargo, precisó que con la contestación del requerimiento

especial era viable "presentar pruebas", y "subsanar las omisiones que permite la ley", lo cual significaba, en lo concerniente a "requisitos formales", que mientras en el sistema de la Ley 52 de 1977 era regla general que éstos se podían subsanar con la respuesta a los requerimientos administrativos, bajo el régimen del Decreto 3803 de 1982, esto sólo fue procedente en virtud de autorización explícita de la ley.

En el caso, la relación discriminada de los terceros presuntamente beneficiarios de los pagos en cuestión constituía "requisito formal" de la declaración, por consiguiente, sujeto a la nueva regla general de tener que cumplirse en tal declaración, en lo cual por lo demás coincidían los artículos 1o. del Decreto Legislativo 398 de 1983, 2o., numeral 3o. del Decreto extraordinario 3410 de 1983 y 16, 27 y 28 del Decreto Reglamentario 80 de 1984.

Pero como desde la promulgación del Decreto-Ley 2503 de 1987, el 30 de diciembre de este año, y del Decreto Reglamentario 290 de 1989, bajo cuya vigencia se produjeron las actuaciones impugnadas, no sólo se exigía sino que se prohibía la inclusión en la declaración tributaria de "anexos, pruebas, relaciones, certificados o documentos adicionales" (art. 20, decreto reglamentario citado), resulta evidente que el actor en el caso estaba impedido para cumplir el requisito de la discriminación de beneficiarios en la declaración de renta, aunque, así mismo, es suficientemente claro que tampoco podía hacerlo con la contestación de los requerimientos administrativos, toda vez que las normas que así lo autorizaban habían sido derogadas expresamente y no se habían reproducido en preceptos nuevos.

Consecuencia de lo anterior es la de que, a partir de la vigencia de los decretos en cita, no basta la discriminación de determinados factores de costos, deducción, descuento o pasivo de la declaración para que éstos se tengan por ciertos, sino que se requiere de la plena prueba de los mismos, cuando así lo requiera la Administración y se pretende su reconocimiento fiscal, sin lugar, por tanto, a la supuesta violación de los artículos 29 de la Constitución y 742, 743 y 746 del Estatuto Tributario ni, de suyo, al desconocimiento de las "expensas necesarias", contempladas por el artículo 107 ib., toda vez que éstas nunca se probaron.

2. Declaraciones de terceros

En este punto, la Sala comparte las apreciaciones y conclusiones de la sentencia y las que, en su alegato, expone el señor abogado de la parte demandada.

Habiéndose demostrado que la sola relación discriminada de los supuestos beneficiarios de los pagos por éstos y deducciones, presentada con la contestación del requerimiento, no bastaba para hacer fiscalmente admisibles éstos, al contribuyente se imponía la carga de la prueba de los mismos, para lo cual, evidentemente, no eran idóneos los "testimonios" que logró hacer valer ante la Unidad de Liquidación, ni los que adujo posteriormente frente a las clarísimas restricciones de los artículos 751 y 752 del

Estatuto Tributario, por lo que se deniega efecto alguno a los "testimonios" presentados después de notificados el requerimiento y la liquidación a quien los aduce, y aquellos destinados a establecer situaciones que, como en el caso, estando obligado el contribuyente a tener contabilidad registrada, suponía la existencia de documentos o registros escritos".

3. Sanción por inexactitud

Comprobada, igualmente, la pretensión del contribuyente de afectar la base imponible con costos y deducciones objetivamente inexistentes, puesto que no solamente no se demostraron sino que los medios empleados para ello eran contrarios a la ley, se configura ostensiblemente la irregularidad advertida por la Administración y debe mantenerse su sanción.

En relación con los cargos de violación por "extemporaneidad" del requerimiento especial (Art. 705, E.T.) y falta de aplicación en el caso de las normas sobre "costos presuntos" (Art. 82 Estatuto Tributario), la Sala acoge en su totalidad lo que con acierto define la sentencia, pues ni el primero fue inoportuno, como se afirmó, ni a unas deducciones no comprobadas se podía aplicar la regulación específica del costo en venta de activos fijos.

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

El doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS tiene personería para obrar por 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.

PATRIMONIO LIQUIDO-Determinación/**PATRIMONIO BRUTO**-Determinación/**AJUSTE POR INFLACION AL PATRIMONIO**

"Es obvio que el patrimonio inicial de un ejercicio fiscal es el mismo patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable. A efectos de configurar el patrimonio bruto, los artículos 267 a 279 del mismo Estatuto determinan el valor patrimonial de los diferentes bienes que lo integran, entre ellos los bienes raíces y las acciones, así como el valor de los activos monetarios. Es al valor patrimonial de este conjunto de bienes, descontando el valor de las deudas que lo gravan, al que se refiere el artículo 345 del Estatuto Tributario para efectos del ajuste por PAAG y el consecuente débito a la cuenta de corrección monetaria por igual cuantía. Concepto que reiteran los artículos 346 y 364 del mismo ordenamiento, cuando partiendo del concepto de patrimonio líquido antes definido señalan de manera taxativa los valores a excluir por concepto del valor patrimonial neto (activo-pasivo proporcional) correspondientes a intangibles, y los ajustes que han de hacerse sobre el patrimonio líquido que ha sufrido disminuciones o aumentos en el año. ANULASE el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de febrero de 1994".

AJUSTE POR INFLACION AL PATRIMONIO/BASE PARA AJUSTE AL PATRIMONIO/PATRIMONIO LIQUIDO

"El artículo 345 del E.T. permite deducir que el concepto de patrimonio líquido allí expresado no sólo es claro sino que es el mismo que esta

definido en otros artículos del Estatuto Tributario sin que resulte constitucional y legalmente admisible al Gobierno que so pretexto de reglamentar la ley, a efectos de su ejecución, disponga de manera diferente a lo que ella imperativamente ordena, con el fin de disminuir para efectos fiscales el valor del patrimonio líquido sujeto al ajuste por PAAG. En efecto, cuando el artículo 2o del Decreto 401 de 1994 dispone que para efectos del ajuste del patrimonio líquido al comienzo de cada período gravable deban tenerse en cuenta las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios, no sólo limita el alcance del concepto de patrimonio líquido, sino que excluye del tratamiento de ajuste por PAAG, para desconocerle efecto fiscal, la diferencia que exista entre el costo fiscal y el valor patrimonial de los bienes, como el ajuste sobre activos monetarios que si bien no son ajustables por PAAG conforme lo señala el artículo 309 del Estatuto Tributario, sí forman parte del patrimonio líquido y por ende objeto del ajuste establecido por el artículo 345 *ibídem*. ANULASE el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de febrero de 1994".

SUSTRACCION DE MATERIA/AJUSTES POR INFLACION-Inaplicabilidad/ **DECLARACION DE IVA**

"Como el artículo 2o. del Decreto 401 de 1994 se retira del ordenamiento jurídico, el cargo contra el artículo 3o. (violación del inciso 3o. art. 338 de la C.N.) se rechaza no sólo por sustracción de materia frente a la norma anterior, sino porque lo allí dispuesto sólo se predica en consecuencia respecto del artículo 1o. *ibídem*. norma que en cuanto dispone que, los ajustes por inflación no deben incluirse en el valor de los ingresos requeridos en la declaración del impuesto sobre las ventas, constituye desarrollo el artículo 330 del Estatuto Tributario, que precisa que los ajustes integrales por inflación sólo producen efecto para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes. Sistema que no será tenido en cuenta para la determinación del impuesto de industria y comercio ni los demás impuestos (entre ellos el impuesto sobre las ventas). ANULASE el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de febrero de 1994".

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5612. Actor: Laureano Gómez Robayo. Acción de nulidad contra los artículos 2o. y 3o. del decreto reglamentario 401 de febrero 18 de 1994 expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano LAUREANO GOMEZ ROBAYO, actuando en su propio nombre, solicita de la jurisdicción la declaratoria de nulidad de los artículos 2o. y 3o. (parcialmente) del Decreto 401 del 18 de febrero de 1994, proferido por el Gobierno Nacional.

1. Acto acusado.

El contenido de las normas acusadas según precisa la demanda es el siguiente:

"Decreto 401 de 1994:

"... Artículo 2o. Para efectos del ajuste del Patrimonio Líquido al comienzo de cada período gravable, se deberán tomar las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios que integran dicho patrimonio.

"Artículo 3o. El presente decreto rige a partir de su publicación"...

LA DEMANDA

Solicita la nulidad de los preceptos transcritos por violación de los artículos 11 del Decreto 1744 de 1991 inciso 1o., incorporado en el Estatuto Tributario, artículos 345 y 346; 338 y 363 de la Constitución Política, expresando:

1. Que si se comparan las normas acusadas con los artículos mencionados se encuentra que:

a) El artículo 2o. del Decreto 401 de 1944 contraría al artículo 345 del Estatuto Tributario, pues es obvio que modifica la base del patrimonio líquido sobre la cual se aplica el ajuste integral por inflación, incurriendo así en flagrante violación de la norma que dice reglamentar, pues mientras la norma superior dispone que sea el patrimonio líquido de comienzo de cada ejercicio fiscal el que deba ajustarse por Porcentaje de Ajuste del Año Gravable (PAAG), sin efectuar ningún tipo de depuración, el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 ordena que para efectuar tal ajuste se tomen las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios, modificando así la base sobre la cual se aplica el ajuste por inflación del patrimonio al comienzo de cada período.

b) Adicionalmente, el artículo 2o. del Decreto 401 de 1994 viola el artículo 346 del Estatuto Tributario, porque introduce un nuevo elemento de depuración al patrimonio líquido, no previsto en éste, al establecer que para efectos del ajuste al patrimonio líquido se deban tomar las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios, excluyendo la diferencia entre el valor patrimonial de los activos sujetos al ajuste y el costo fiscal de los mismos, base de los ajustes integrales por inflación.

c) Por otra parte, el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 viola el artículo 338, inciso 2o., de la Constitución Nacional, pues al introducir elementos no previstos en la norma reglamentada modifica la base sobre la cual se aplica el impuesto de renta, modificación que sólo puede hacer la ley.

2. El artículo 3o. del Decreto 401 de 1994, al expresar: "el presente decreto rige a partir de su publicación", desconoce el inciso 3o. del artículo 338 de la Constitución Nacional que señala para las normas tributarias una aplicación diferente, porque:

a) Como el tributo de rentas y complementarios es un impuesto de período anual y el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 cambia la base sobre la cual se calcula dicho impuesto, la vigencia por lo menos en cuanto a este artículo debe ser a partir del 1o. de enero de 1995 y no a partir de su publicación, como allí se expresa.

b) El artículo 363 de la Constitución Nacional dispone que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad y que por lo tanto las leyes tributarias no se aplican con retroactividad.

Invoca en apoyo de sus argumentos la sentencia del Consejo de Estado del 15 de octubre de 1993, expediente 4710.

Mediante ejemplo demuestra numéricamente los resultados de aplicar una u otra disposición.

Actuación procesal

Solicitada la suspensión provisional del acto acusado, la Sala, mediante providencia del 17 de junio del año en curso, no accedió a tal petición en razón de no haber encontrado *prima facie* contradicción con la norma superior.

OPOSICION DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la entidad demandada se opone a la petición de nulidad de las normas reglamentarias acusadas, alegando que:

1. Si bien cierto que el impuesto al patrimonio como complementario del de renta desapareció de la legislación tributaria, conservan su vigencia aquellas disposiciones que tienen que ver con la determinacion de los conceptos patrimoniales en virtud de los cuales es posible la cuantificación del Patrimonio Liquido como factor no sólo informativo sino como elemento cuantificador de la capacidad contributiva de los contribuyentes, a través de los mecanismos legales establecidos para el efecto, tales como renta presuntiva y la comparación patrimonial, como sistemas especiales de determinación de la renta.

Respecto del valor patrimonial de los activos se prescriben a partir del artículo 267 del Estatuto Tributario, reglas precisas respecto de su forma de determinación, según la naturaleza del activo.

De las disposiciones contenidas estima que interesan para el caso, los artículos 277 y 273 del Estatuto Tributario que tienen que ver con los activos cuyo valor patrimonial está subordinado a las fluctuaciones del mercado, es decir que por efectos ajenos a las previsiones fiscales pueden ser objeto de valorización o desvalorización, como es el caso de los activos representados en bienes inmuebles y las acciones que se cotizan en bolsa.

Disposiciones conforme con las cuales el valor patrimonial de los inmuebles está determinado por el avalúo catastral si este fuera mayor al costo fiscal y el valor patrimonial de las acciones que coticen en bolsa, por el valor de cotización en bolsa, valor de mercado que puede ser superior o inferior al costo del bien, según se hayan valorizado o desvalorizado las acciones.

Para efectos de los ajustes por inflación según lo dispuesto en los artículos 332 y 357 del Estatuto Tributario se toman los conceptos de costo fiscal y valor patrimonial según se trate de activos adquiridos a partir de 1992 o de activos adquiridos antes de dicha vigencia fiscal, respectivamente.

Como de conformidad con el artículo 345 del Estatuto Tributario el patrimonio objeto de ajustes por inflación es el inicial, o sea, el que corresponde al patrimonio líquido a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, es necesario,**con el fin de guardar el equilibrio entre el ajuste realizado a los activos no monetarios, considerados individualmente, y el ajuste al patrimonio líquido fiscal inicial** que para efectos de este último se tomen las mismas bases a partir de las cuales se efectuó el ajuste de los activos no monetarios que integran el patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, bienes que son precisamente los que integran el patrimonio líquido inicial. (Subraya fuera del texto).

Es precisamente la previsión que se establece en el artículo 2o del Decreto 401 de 1994 cuando dispone que "para efectos del ajuste del patrimonio líquido al comienzo de cada período gravable se deberán tomar las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios que integran dicho patrimonio".

Previsión que atiende a los principios elementales del Sistema Integral de Ajustes por inflación con el fin de que a los ajustes de los activos y a los del patrimonio corresponda el mismo valor del bien ajustable.

Estima que la precisión hecha en el reglamento acusado, partiendo de los mismos términos definidos en la ley, **permite neutralizar los efectos de las valorizaciones**

o desvalorizaciones de los activos no monetarios, susceptibles de ser afectados por ellas, como es básicamente el caso de los inmuebles y las acciones que se cotizan en bolsa, porque en estos casos su valor se afecta no por el fenómeno inflacionario sino por hechos económicos de naturaleza distinta.

2. No hay violación de los artículos 345 y 346 del Estatuto Tributario porque, como parte de la estructura básica del sistema integral de los ajustes por inflación, define la ley de los conceptos fiscales sobre los cuales deben efectuarse los ajustes. A partir de esta definición se ha venido reglamentando el sistema, precisando en cada caso las particularidades necesarias para su correcta aplicación.

Conceptos dentro de los cuales se incluye el Patrimonio Líquido inicial en los términos del artículo 345 del Estatuto Tributario.

Patrimonio Líquido Inicial que aun cuando pueda corresponder cuantitativamente al Patrimonio Líquido poseído a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable, no constituye un concepto base de depuración de la renta líquida gravable del respectivo año ni directa ni indirectamente.

Como se evidencia del mismo contexto de la norma, cuando excluye la posibilidad de ajuste si éste es negativo o simplemente no hay patrimonio inicial y cuando dispone que:

> "La cuenta de revalorización del patrimonio forma parte del patrimonio de los años siguientes....y que "el valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas hasta tanto se liquide la empresa..."

A su juicio los artículos 346 y 347 del Estatuto Tributario establecen no sólo los conceptos de intangibles que se excluyen del Patrimonio Líquido Inicial, **sino la posibilidad de hacer** ajustes al Patrimonio Líquido que ha sufrido disminuciones o aumentos durante el año.

Concluye que el tratamiento dado por la ley al Patrimonio Líquido Inicial en materia de ajustes por inflación permite revisar el valor de ese patrimonio líquido, por circustancias diversas, es decir, que no se considera como un concepto rígido base de determinación del gravamen, y por lo tanto puede válidamente el reglamento, a partir de la definición legal contenida en el artículo 345 del E.T., desarrollar este concepto como lo hace el artículo 2o. del Decreto 401 de 1994, al precisar la forma de determinar el Patrimonio Líquido Inicial sobre el cual se aplicará el reajuste sin que tal precisión constituya modificación al concepto básico del ajuste definido por ley como es el Patrimonio Líquido Inicial, toda vez que a este último concepto no es posible aplicarle una rigurosa interpretación literal porque, como ya se dijo antes, no está definido por ley como factor de determinación del gravamen; lo contrario sería desconocer el

alcance dado a las facultades otorgadas al Gobierno Nacional en el artículo 189 de la Constitución Política en sus numerales 11 y 20.

3. No incurre el artículo 3o. del Decreto 401 de 1994, al indicar que rige a partir de su publicación, en violación del artículo 338 de la Constitución Política, porque la definición legal del concepto objeto de ajuste no fue modificada por el reglamento, por aclarar su alcance y determinar la aplicación de los conceptos de valor patrimonial ya definidos en los artículos 267 a 279 del E.T. frente al sistema integral de ajustes por inflación.

Mediante ejemplo numérico demuestra la diferencia que resulta en la utilidad aplicando una u otra norma.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor, al alegar de conclusión, afirma que los argumentos de la apoderada de la Nación sólo contienen una serie de consideraciones acerca de las normas que regulan el valor patrimonial de los bienes, que no desvirtúan en absoluto la violación que hace el artículo 2o. de Decreto 401 de 1994 a los artículos 345 y 346 del E.T. y que al concluir como lo hizo que "el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 buscó **hacer una interpretación acorde con los principios del sistema integral de ajustes por inflación, para no romper el equilibrio del sistema**", no tuvo en cuenta que con tal interpretación se violaba el artículo 345 del E.T., por cuanto modificó la base sobre la cual se debe efectuar el ajuste por inflación del patrimonio.

El artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 no puede modificar una norma con fuerza de ley so pretexto de hacer una interpretación armónica con los principios del sistema integral de ajustes por inflación para no romper el sistema, pues tal modificación corresponde al legislador y no al Gobierno.

Invoca el mismo ejemplo numérico que expresó la apoderada de la Nación para reiterar que con la norma acusada (artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994) el Gobierno sí modificó la base gravable, pues al aplicarlo de la manera como explica la demandada se incrementa la renta gravable.

Cualquier modificación que un decreto reglamentartio efectúe a las bases sobre las cuales se aplican los ajustes por inflación afecta, como es lógico, la utilidad o la pérdida por exposición a la inflación afectando la renta gravable de los contribuyentes, por cuanto la utilidad por exposición a la inflación constituye un ingreso tributario y la pérdida, por el misnmo concepto, una deducción.

Al quedar demostrado que el artículo 2o. violó los artículos 345 y 346 del E.T., se demuestra que la violación del artículo 338 de la Constitución Política, y al ordenar el

artículo 3o. del decreto acusado que la vigencia del mismo era a partir de su publicación violó los artículos 338 y 363 de la Constitución Política.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Séptima Delegada ante la Jurisdicción, conceptúa que las normas acusadas deben ser anuladas porque, estudiando el Sistema de Ajustes Integrales por Inflación, se observa que éste se desarrolla a través de distintos tipos de operaciones contables, según se trate de ajustes a los activos, ajustes a los pasivos, ajustes al patrimonio líquido y ajustes a las cuentas de resultado. Para cada uno de ellos el Estatuto señala los rubros que se deben tener en cuenta para realizar la operación de ajustes y procedimiento que deben cumplirse para acomodar los registros contables a las exigencias de las normas legales expedidas sobre el particular.

Prevé así mismo el Estatuto Tributario un porcentaje para ser aplicado a cada una de las operaciones contables que deben realizarse tanto al comienzo del año fiscal como a su terminación, y que consiste en la variación porcentual del índice de precios al consumidor para empleados, registrado entre el 1o. de diciembre del año anterior al año gravable y el 30 de noviembre del año gravable.

Porcentaje que es el mismo para todos los ajustes y tiene que aplicarse sobre las bases que para cada uno de ellos señala el mismo Estatuto en los capítulos correspondientes.

Los artículos 343 y 344 establecen las bases para efectuar los ajustes a los pasivos y los artículos 345 y 347 ordenan ajustar, de conformidad con las reglas que allí se señalan, el patrimonio líquido del contribuyente, el cual consiste en la diferencia entre el total del patrimonio bruto y las deudas, tal como lo dispone la ley (artículo 282 del E.T.), del cual deben descontarse para esos efectos los activos correspondientes a *good will, know how* y demás intangibles.

Esta reglamentación legal está señalando por tanto las bases que sirven para liquidar el ajuste por inflación de un elemento claramente determinado por la Ley y que se denomina patrimonio líquido.

Pero cuando el artículo 2o. del decreto acusado dispone que el ajuste del patrimonio líquido que debe efectuarse al comienzo de cada período gravable, según lo prevé la ley, debe hacerse tomado para esos efectos las mismas bases que se tuvieron en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios, contraría de hecho que desconoce la diferencia que la misma ley establece entre lo que es ajuste de los activos y lo que es ajuste del patrimonio líquido, que no puede ser nada distinto a la diferencia entre el total del patrimonio bruto y las deudas.

A su juicio, evidentemente el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 modifica la noción que de ajuste al patrimonio líquido trae la ley que pretende reglamentar, y por tanto merece ser declarado nulo por el Consejo de Estado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Potestad reglamentaria (alcances y límites)

Este tema ha sido objeto de análisis por la Corporación en diversas ocasiones y recientemente en la sentencia del 15 de julio de 1994, expediente 5393, actor Juan Rafael Bravo Arteaga, en donde con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, precisó la Sala:

"Dispone el artículo 189 de la Constitución Política:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe del 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 aquélla 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, condicinal 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 naturtales 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 la leyes con la facultad de reglamentarlas".

Las normas reglamentarias *sub-júdice*

Hechos los anteriores planteamientos, que ahora se reiteran, analiza la Sala las normas acusadas sobre las cuales concreta el demandante los cargos de nulidad por violación de las normas superiores, actitud en la cual, a su juicio, incurre el Gobierno al excluir parte del valor patrimonial de los bienes que integran el patrimonio líquido al disponer que para efectos del ajuste por PAAG deben tomarse las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios.

Primer cargo:

Violación del artículo 345 del E.T. por el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994.

Dispone la norma superior supuestamente transgredida:

"**Ajuste del patrimonio**. El patrimonio líquido al comienzo de cada período debe ajustarse con base en el PAAG, salvo cuando dicho patrimonio sea negativo, en cuyo caso no se efectúa este ajuste. Como contrapartida se llevará un débito a la cuenta de Corrección Monetaria por igual cuantía.

"Para efectos comerciales, el patrimonio inicial de cada año debe ser objeto de tal ajuste, registrando el mismo como un mayor valor del patrimonio en la cuenta de Revalorización del Patrimonio.

"La cuenta de Revalorización del Patrimonio forma parte del patrimonio de los años siguientes, para efectos del cálculos a que se refiere el inciso anterior. El valor reflejado en esta cuenta no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la empresa o se capitalice tal valor de conformidad con lo previsto en el artículo 36-3 del E.T., en cuyo caso se

distribuirá como un ingreso no gravado con el Impuesto sobre la Renta y Complemenatrios".

El contexto literal de la norma transcrita enseña que el patrimonio líquido al comienzo de cada año debe ajustarse por Porcentaje de Ajuste del Año Gravable (PAAG).

Es obvio que el patrimonio inicial de un ejercicio fiscal es el mismo patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, concepto definido expresamente en el Libro I, Título II, Capítulo II, artículo 282 del E.T. que enseña:

"El patrimonio líquido gravable se determina restando del patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable el monto de las deudas a cargo del mismo, vigentes en esa fecha".

A efectos de configurar el patrimonio bruto, los artículos 267 a 279 del mismo estatuto determinan el valor patrimonial de los diferentes bienes que lo integran, entre ellos los bienes raíces y las acciones, así como el valor de los activos monetarios.

Es el valor patrimonial de este conjunto de bienes, descontando el valor de las deudas que lo gravan, al que se refiere el artículo 345 del E.T. para efectos del ajuste por PAAG y el consecuente débito a la cuenta de corrección monetaria por igual cuantía.

Concepto que reiteran los artículos 346 y 374 del mismo ordenamiento, cuando partiendo del concepto de patrimonio líquido antes definido señalan de manera taxativa los valores a excluir por concepto del valor patrimonial neto (activo-pasivo proporcional) correspondiente a intangibles y a los ajustes que han de hacerse sobre el patrimonio líquido que ha sufrido disminuciones o aumentos en el año.

De esta manera es la misma ley la que en el artículo 345 determina la base o valor patrimonial sobre la cual debe efectuarse el ajuste por PAAG, los valores a excluir y los ajustes pertinentes, en caso de modificación de su valor inicial durante el ejercicio fiscal.

Norma cuyo contexto literal permite deducir que el concepto de patrimonio líquido allí expresado no sólo es claro sino que es el mismo que está definido en otros artículos del E.T. como antes se vio, sin que resulte constitucional y legalmente admisible al Gobierno que so pretexto de reglamentar la ley, a efectos de su ejecución, disponga de manera diferente a lo que ella imperativamente ordena, con el fin de disminuir para efectos fiscales el valor del patrimonio líquido sujeto al ajuste por PAAG.

En efecto, cuando el artículo 2o. del Decreto 401 de 1994 dispone que para efectos del ajuste del patrimonio líquido al comienzo de cada período gravable deban tenerse

en cuenta las mismas bases que fueron tenidas en cuenta para el ajuste de los activos no monetarios, no sólo limita el alcance del concepto de patrimonio líquido, sino que excluye del tratamiento de ajuste por PAAG, para desconocerle efecto fiscal, la diferencia que exista entre el costo fiscal y el valor patrimonial de los bienes, como el ajuste sobre activos monetarios que si bien no son ajustables por PAAG conforme lo señala el artículo 309 del E.T., sí forman parte del patrimonio líquido y por ende del ajuste establecido en el artículo 345 *ibidem.*

Sin que pueda admitirse en manera alguna que el concepto de patrimonio líquido ajustable por PAAG corresponde a un concepto flexible manejado a discrecionalidad por la Administración, porque por una parte él tiene incidencia en la determinación de la base gravable de exclusiva competencia del legislador, conforme lo preceptúa el artículo 338, inciso 2o., de la Constitución Política, y por la otra en materia de tributos la actividad de la Administración es reglada en su totalidad.

Segundo cargo:

Viola igualmente al artículo 2o. acusado el artículo 346 del E.T., pues evidentemente introduce un elemento de depuración del patrimonio líquido sometido a ajustes no previstos en esta norma, que con carácter taxativo determina el valor patrimonial neto de los bienes a excluir sin que sea posible al reglamento incluir factores distintos a los señalados en la norma.

En consecuencia, el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 401 de 1994 debe retirarse del ordenamiento jurídico, ya que evidentemente modifica inconstitucional e ilegalmente la base impositiva en el impuesto sobre la renta, como claramente se evidencia de los ejemplos numéricos expuestos no sólo por la actora sino por la apoderada de la demandada.

Tercer cargo:

Violación del artículo 338 de la Constitución Nacional.

El cargo de violación de esta norma constitucional lo condiciona la actora al artículo 2o. del mismo decreto, en la medida en que al variar la base gravable sobre la cual se liquida el impuesto de período anual no sería aplicable tal disposición a partir de la fecha de publicación de la norma, como allí se ordena, sino a partir del año gravable de 1995, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 338, inciso 3o., de la Constitución, que dispone:

> "Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado no pueden

aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

Como el artículo 2o. del Decreto 401 de 1994 se retira del ordenamiento jurídico; el cargo contra el artículo 3o. se rechaza no sólo por sustracción de materia frente a la norma anterior, sino porque lo allí dispuesto sólo se predica en consecuencia respecto del artículo 1o. *ibidem,* norma que en cuanto dispone que los ajustes por inflación no deben incluirse en el valor de los ingresos requeridos en la declaración del impuesto sobre las ventas, constituye desarrollo el artículo 330 del E.T., que precisa que los ajustes integrales por inflación sólo producen efecto para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes. Sistema que no será tenido en cuenta para la determinación del impuesto de industria y comercio ni los demás impuestos (entre ellos el impuesto sobre las ventas).

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 2o. del Decreto Reglamentario 401 de febrero 16 de 1994.

2) DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

3) RECONOCESE personería a la doctora Elizabeth Whittingam García a términos del poder que obra a folio 41 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNICASE Y ARCHIVESE el expediente. CUMPLASE.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CONTRIBUYENTE NO DECLARANTE/RETENCION EN LA FUENTE/ IMPUESTO SOBRE LA RENTA/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Prohibición impositiva/**RETENCION POR INGRESOS DEL EXTERIOR**

> **"Al expedir el Decreto 1085 de 1992, artículo 1o., el Presidente de la República excedió sus facultades con relación a los contribuyentes no declarantes, pues ejerció funciones constitucionalmente atribuídas al Congreso de la República; por tanto habrá de declararse su nulidad por violar normas superiores del ordenamiento jurídico. DECLARA LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto reglamentario 1085 de julio de 1992 expedido por el Presidente de la República para reglamentar parcialmente el Estatuto Tributario y ANULA el artículo 3o. del Decreto 1217 de 16 de junio de 1994, expedido por el Presidente de la República".**

CONTRIBUYENTE DECLARANTE/CONTRIBUYENTE NO DECLARAN-TE/TARIFA DE RETENCION EN LA FUENTE/TARIFA DE IMPORRENTA PARA NO DECLARANTES- Aumento/**POTESTAD REGLAMENTARIA**

> **"Cuando el reglamento traslada las condiciones de declarante o no declarante del sujeto pasivo de la obligación tributaria de un año a otro, para efectos de determinarle la tarifa de la retención aplicable, incrementa sin facultad legal el impuesto que conforme a la ley corresponde al beneficiario de pago no declarante. En efecto, cuando para aplicar la tarifa en el año gravable toma en cuenta el carácter de declarante en el**

año anterior para retenerle, en un porcentaje superior, a quien por tal vigencia puede no ser declarante en razón de sus ingresos o su patrimonio o su condición de asalariado, aumenta sin facultad legal el impuesto al incrementar la tarifa de retención a aquellos contribuyentes para quienes ésta constituye la tarifa del impuesto mismo, desconociendo adicionalmente la independencia de las anulidades fiscales que para el impuesto de renta establece la ley. De otra parte, los requisitos que exige la norma acusada en nada conducen a demostrar la calidad de no declarante del sujeto pasivo en el ejercicio fiscal en el cual se efectúa la retención en la fuente, pues en cualquier momento después de hecho el juramento en ella exigido puede producirse o completarse dentro del período gravable, el nivel de ingresos brutos, o a diciembre 31 el nivel de patrimonio bruto exigidos por la ley para considerarlo declarante. Pero si tales supuestos no se producen aun cuando en el ejercicio anterior haya tenido la calidad de declarante, no lo será por el período fiscal para el cual se efectúa la retención. DECLARA LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto reglamentario 1085 del julio 1o. de 1992 expedido por el Presidente de la República para reglamentar parcialmente el Estatuto Tributario y ANULA el artículo 3o. del Decreto 1217 del 16 de junio de 1994, expedido por el Presidente de la República".

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

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5692. Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete. Acción de nulidad contra los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decretó Reglamentario 1402 de 1991; 1o. del Decreto Reglamentario 1085 de 1992 y 3o. del Decreto 1217 de 1994 expedidos por el Gobierno Nacional. Fallo.

El ciudadano HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demanda la nulidad de los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1402 del 31 de mayo de 1991; 1o. del Decreto Reglamentario 1085 del 1o. de julio de 1992 y 3o. del Decreto 1217 de junio 16 de 1994 expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales fijó la tarifa de retención en la fuente del 3%, incrementándola posteriormente al 10% para los ingresos provenientes del exterior en moneda extranjera por concepto de salarios, servicios, comisiones, honorarios, arrendamientos, regalías, donaciones y transferencias y estableció requisitos para acreditar el carácter de "no declarante" para efectos de aplicar la tarifa para este grupo de contribuyentes.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, procede la Sala a dictar sentencia.

El acto acusado

Son los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1402 de mayo 31 de 1991; 1o. del Decreto 1085 de julio 1 de 1992 y 3o. del Decreto 1217 de junio 16 de 1994, que en su orden disponen:

"Decreto 1402 de 1991.

"Artículo 1o. **Retención por ingresos obtenidos en el exterior.** Establécese una retención en la fuente a título de impuesto de renta y complementarios sobre los pagos o abonos en cuenta obtenidos en el exterior, en moneda extranjera, por concepto de ingresos laborales, servicios, comisiones, honorarios, arrendamientos, regalías, donaciones y transferencias, a la tarifa del tres por ciento (3%) sobre el valor bruto del pago o abono en cuenta, siempre y cuando quien lo efectúa no sea agente retenedor en Colombia.

"Parágrafo. No se encuentran sometidos a la retención en la fuente establecida en este artículo los ingresos provenientes de exportaciones, las transferencias provenientes de la casa matriz u oficina principal por conceptos diferentes a los enunciados en este artículo, los ingresos laborales por concpeto de pensiones de jubilación, invalidez o muerte y los ingresos por concepto de donaciones efectuadas a entidades públicas o contribuyentes o entidades sin ánimo de lucro.

"Artículo 2o. **Declaración y pago de retención por ingresos obtenidos en el exterior.** Para los efectos de esta retención, el beneficiario del ingreso operará como autorretenedor, debiendo declarar y pagar la respectiva retención en la fuente, determinada sobre el valor de las divisas en moneda nacional a la tasa de cambio vigente a la fecha de pago o abono, a más tardar el día en que efectúe la correspondiente conversión de las divisas a moneda nacional y previamente a la misma. Cuando el beneficiario sea agente retenedor por otros conceptos, deberá cancelar la autorreten-ción a más tardar en la fecha señalada en recibo oficial de pago en banco, e incluirla en la declaración de retención del respectivo mes.

"Artículo 3o. **Mecanismos de control de la retención por ingresos obtenidos en el exterior.** Las entidades financieras y las casas de cambio, para efectuar la conversión de las divisas, deberán exigir al interesado fotocopia debidamente autenti-cada de la respectiva declaración o recibo oficial de pago en bancos, con el cual se acredite el pago de la retención a su nombre y deberán conservar dicho documento para ponerlo a disposición de la Administración Tributaria cuando ésta lo requiera.

"Cuando al momento de la conversión, el contribuyente no acredite el pago de la autorretención establecida en este decreto, para que se le efectúe el cambio podrá autorizar a la respectiva entidad o casa de cambio que le descuente el valor a entregar en moneda nacional. En este evento, la entidad deberá declarar y consignar dichos valores junto con las demás retenciones que efectúe por sus propios pagos o abonos en cuenta, sometiéndose en lo que respecta a aquéllos el régimen sancionatorio establecido en el Estatuto Tributario.

"Parágrafo 1o. En los casos señalados en el parágrafo del artículo 1o. de este decreto, deberá presentarse al momento de la conversión copia o documento autenticado que acredite la naturaleza de los ingresos, y su destinación en el evento de las donaciones a favor de entidades oficiales no contribuyentes o sin ánimo de lucro, el cual será conservado por la entidad financiera o casa de cambio y se mantendrá a disposición de la Administración Tributaria.

"Parágrafo 2o. Cuando las entidades financieras o casa de cambio conviertan sus divisas en moneda nacional ante el Banco de la República u otra entidad financiera, deberán adjuntar para que pueda hacerse la conversión, una certificación firmada por el representante legal y contador público en donde se acredite que se cumplieron los requisitos señalados en los artículos anteriores, distinguiendo los valores sobre los cuales se acreditó la autorretención, aquellos sobre los cuales por autorización del beneficiario se efectuó la misma y los que no requerían, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto, acreditar su cancelación, para efectos de la conversión respectiva.

"Decreto 1085 de 1992

"Artículo 1o. **Tarifa de retención en la fuente por ingresos provenientes del exterior.** Conforme lo dispuesto en el artículo 366-1 del Estatuto Tributario, la tarifa de retención en la fuente a título del impuesto de renta y complementarios sobre los pagos o abonos en cuenta por ingresos provenientes del exterior en moneda extranjera por los conceptos a los que se refiere el artículo 1o. del Decreto 1402 de 1991, será del diez por ciento (10%).

"Lo dispuesto en los artículos 2o., 3o. y 4o. del referido decreto continuará aplicándose a la retención por ingresos provenientes del exterior en moneda extranjera, sin perjuicio de las demás normas pertinentes del E.T.

"Parágrafo. La retención prevista en este artículo no será aplicable a los ingresos por concepto de exportaciones, salvo en el caso que se detecte que son ficticias".

"Decreto 1217 de 1994

"Artículo 3o. **Documentos que acreditan la condición de no declarante ante el agente retenedor.** Para aplicar la tarifa de retención en la fuente a que haya lugar y ejercer el control respectivo por parte del agente retenedor, las personas naturales y sucesiones ilíquidas no obligadas a presentar declaración de renta y complementarios, deberán aportar al momento de aplicarles la retención los siguientes documentos que deben ser conservados por agente retenedor como soporte de su contabilidad, así:

"a) Para el caso de asalariados, fotocopia autenticada del certificado de ingresos y retenciones correspondiente al año inmediatamente anterior, debidamente diligenciado;

b) Para el caso de trabajadores independientes, copia o fotocopia autenticada de una declaración juramentada rendida ante Notario o Alcalde. Dicha declaración se hará por una sola vez en el año gravable y en ella el trabajador declara:

"1. Fecha.

"2. Apellidos y nombres del trabajador.

"3. NIT o cédula de ciudadanía.

"4. Dirección de la residencia o domicilio permanente o asiento principal de sus negocios.

"5. Que no es responsable del Impuesto sobre las ventas.

"6. Que la totalidad de los ingresos brutos recibidos en el año gravable inmediatamente anterior, fueron debidamente facturados y que de los mismos un 80% o más se originaron en honorarios, comisiones y servicios sobre los cuales se les practicó retención en la fuente.

"7. Valor y concepto de los ingresos totales recibidos en el año gravable inmediatamente anterior, así como del patrimonio bruto en el último día de dicho año, que no excedan los topes actualizados del artículo 594-1 del E.T.

"8. La firma del trabajador.

"c) Para el caso de contribuyentes de menores ingresos, copia o fotocopia autenticada de una declaración juramentada rendida ante Notario o Alcalde. Dicha declaración se hará por una sola vez en el año gravable y en ella el contribuyente declarará:

"1. Fecha.

"2. Apellidos y nombres del contribuyente.

"3. NIT o cédula de ciudadanía.

"4. Dirección de la residencia o domicilio permanente o asiento principal de sus negocios.

"5. Que no es responsable del impuesto sobre las ventas.

"6. Valor y concepto de sus ingresos totales, así como de su patrimonio bruto en el último día del año gravable inmediatamente anterior que no excedan los topes actualizados del artículo 592 de E.T.

"7. La firma del contribuyente.

"Parágrafo. Aquellos contribuyentes declarantes que al finalizar el período fiscal no resulten obligados a presentar declaración de impuesto sobre la renta y complementarios de conformidad con las normas vigentes, podrán solicitar el reintegro de las sumas retenidas en exceso siguiendo el procedimiento contemplado en el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 1189 de 1988."

LA DEMANDA

La demanda persigue la nulidad de los artículos transcritos al considerar que el Gobierno Nacional al expedir los artículos acusados de los decretos 1402 de 1991, 1085 de 1992 y 1217 de 1994, violó la Constitución Nacional vigente en su artículo 338, en razón de que a través de normas reglamentarias aumentó el impuesto sobre la renta para los contribuyentes no obligados a declarar, en cuanto para ellos eleva la tasa de tributación del 3 al 10%. Siendo ambas tasas impositivas para tales personas, de creación meramente reglamentaria, sin que pueda subsistir ninguno de tales artículos frente a la norma constitucional, pues a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 cualquier disposición legal, reglamentaria o de cualquier otro orden que la contraríe dejó de existir.

Para efectos de determinar la violación de la norma superior contenida en el artículo 338 de la Constitución Nacional distingue, entre contribuyentes declarantes y no declarantes del impuesto sobre la renta, para predicar de estos últimos, que de acuerdo con lo establecido por los artículos 6, 244 y 594-1 del Estatuto Tributario, la retención en la fuente es impuesto y, por lo tanto, en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, artículos 121 y 338 carece de competencia el Presidente de la República para modificar las tarifas de retención que estaban vigentes entonces, o para fijar tarifas no establecidas por la ley para los no declarantes.

Pues la condición de declarantes sólo puede establecerse para este impuesto de la renta, de periodo anual, al final del ejercicio gravable (Estatuto Tributario artículos 242, 243, 592 y 593; Ley 40 de 1990 artículos 11 y 12).

Siendo las normas demandadas de carácter reglamentario como ellas mismas lo enuncian, no podía el gobierno, frente a la actual Constitución, modificar el impuesto sobre la renta por medio de un simple reglamento, y aún el supuesto de que en vigencia de la anterior Constitución Nacional vigente norma de normas, reforma y deroga todas las normas jurídicas anteriores que le sean contrarías, no sólo las de carácter constitucional, sino las legales o reglamentarias.

Alega que según el artículo 150 numeral 12 de la Constitución Nacional la facultad de establecer contribuciones fiscales corresponden única y exclusivamente al Congreso Nacional, así como corresponde al Presidente de la República obedecer la ley y ejercer la facultad reglamentaria sin detrimento de la Constitución vigente, por lo que no le está permitido aumentar impuestos a determinados contribuyentes, so pretexto de variar unas tasas de retención, puesto que no existe ni ha existido norma legal que haya dispuesto en algún momento que el impuesto sobre la renta por los conceptos que enumeran los Decretos 1402 de 1991 y 1085 de 1992 acusados, corresponda a la tarifa del 3% o del 10% para las personas naturales no obligadas a declarar.

Como consecuencia de lo anterior acusa al Gobierno de transgredir no sólo el artículo 121 de la Carta que impide a cualquier autoridad ejercer funciones que no le competen, ya que en el caso de autos el Presidente pretende ejercer funciones privativas del Congreso sino igualmente desconoce el artículo 189 de la Constitución Nacional numerales 10 y 11 que le dan como función la de obedecer las leyes y por ende la Constitución, velar por su estricto cumplimiento y con su facultad reglamentaria lograr la cumplida ejecución de las leyes, pero nunca su desconocimiento.

Por otra parte el artículo 3o del Decreto 1217 de 1994, mediante el cual insólitamente se establecen requisitos y se exigen documentos referentes a un período fiscal que nada tiene que ver con aquel dentro del cual se está percibiendo el ingreso, puesto que la condición de declarante sólo se evidencia al fenecimiento del ejercicio fiscal, viola, además del artículo 189 numeral 11, el artículo 83 de la Constitución Nacional que presume la buena fe de los particulares en sus actuaciones ante las autoridades.

OPOSICION

La Nación a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones del actor argumentando:

a) No hubo violación del artículo 338 de la Constitución Nacional porque como podía inferirse de la sentencia del 19 de mayo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia, proferida al analizar el artículo 37 de la Ley de 1985 que:

1- El sistema de retención en la fuente es mecanismo de recaudo de impuesto como pago parcial.

2- La ley bajo determinadas condiciones ha exonerado a ciertos contribuyentes de la obligación de presentar declaración de renta, pero no de la obligación sustancial de pagar los impuestos legalmente establecidos.

3- Los hechos generadores del gravamen pueden ser a su vez causantes de retención en la fuente.

4- Las retenciones en la fuente practicadas, frente a contribuyentes no declarantes, no podrán ser objeto de compensación o devolución legal, pues tienen carácter definitivo al ser realizadas a título de abono o pago del impuesto.

5- La disposición precedente del artículo 6o. del Estatuto Tributario, sólo estableció un mecanismo para calcular los impuestos sobre la base de la retención en la fuente, para los contribuyentes a quienes exonera de presentar declaración.

6- El artículo 37 de la Ley 55 de 1985 no exonera del deber de contribuir al sostenimiento del aparato estatal.

Afirma que el artículo 6o. del Estatuto Tributario establece una exención de la obligación formal de declarar y una forma de recaudar el impuesto de renta causado para estos sujetos a través de mecanismos de recaudo de retención en la fuente, pero de ninguna manera dice que el impuesto y la retención en la fuente son la misma cosa, lo cual de aceptarse desvirtuaría todo el sistema tributario que ha establecido elementos diferentes para cada una de estas instituciones.

Concluye que las tarifas de la retención en la fuente no constituyen tarifas impositivas, como lo manifiesta el actor, sino que son tarifas que son señaladas por el Gobierno con el propósito de realizar un recaudo anticipado del impuesto.

El impuesto como tal es de creación legal, por lo tanto es producto de una función eminentemente legislativa, la retención en la fuente, por su parte, es desarrollo de la función aplicativa legal o administrativa, en especial de la facultad otorgada en la actual Constitución Política en su artículo 189 numeral 20, que presupone que el tributo que le sirve de sustento, razón de ser de esa atribución, ha sido ya creado por el legislador, la retención en la fuente, por lo tanto no es más que una consecuencia atinente al recaudo.

Deriva la competencia del Presidente de la República única y exclusivamente en este caso del artículo 189 numeral 20, norma igualmente con rango constitucional, que señala como atribución la de velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos.

Afirma que la Constitución de 1886 confería al Gobierno dos facultades básicas para el cumplimiento de su función como suprema autoridad administrativa, la una otorgada por el Congreso en desarrollo del artículo 76 numeral 11 y denominada Leyes de Autorización, la otra establecida en el artículo 120 numeral 11.

La segunda se configura como desarrollo, igualmente, de naturaleza administrativa de las funciones otorgadas directamente por la Constitución al Presidente, sin que medie la ley previa.

Afirma que tales facultades fueron recogidas en la Constitución de 1991, en los artículos 150 numeral 9 y 189 numeral 20, con las mismas connotaciones y alcances y que la disposiciones acusadas se han producido en ejercicio de las citadas competencias, sin que de ninguna manera pretenda reglamentar o usurpar la competencia privativa del legislador en materia impositiva, consagrada en el artículo 338 de la Constitución Política.

Repite que, en materia de tarifas de retención en la fuente, no pueden confundirse en ningún caso con las legalmente señaladas para el impuesto, pues éstas constituyen el ejercicio de una competencia legislativa y aquéllas de una administrativa; pueden ser el producto de una autorización del legislador al Gobierno, en la cual se le fija claramente el campo de acción dentro del cual las debe señalar. Igualmente, dichas tarifas pueden surgir del desarrollo de una competencia constitucional propia del ejecutivo, siendo indiferente, en este caso, la existencia de una ley de autorizaciones, pues esta competencia impositiva es el reflejo de la atribución constitucional que posee el Presidente para velar por la estricta recaudación de las rentas y caudales públicos.

b) Tampoco el Decreto 1217 de 1994, artículo 3o., incurrió en violación de los artículos 83 y 189 numeral 11 de la Constitución Nacional y de los artículos 592 a 594 en concordancia con los artículos 2o., 26, 178, 574, 575, 591 y 868 del Estatuto Tributario, porque las normas del Estatuto Tributario citadas regulan los elementos, tanto sustanciales como formales, de la obligación tributaria originada en la relación Estado-sujeto pasivo, mientras que la disposición acusada establece un mecanismo de control en la relación agente retenedor-retenido (sujeto beneficiario del pago o abono en cuenta).

El Estatuto Tributario regula las obligaciones del agente retenedor y entre ellas, la más importante, retener, aplicando las tarifas señaladas para cada concepto de pago o abono en cuenta sujeto a dicha retención.

El Gobierno, en ejercicio de la competencia que le asiste institucionalmente para velar por la estricta recaudación de las rentas y caudales públicos, establecida en el artículo 189 numeral 20 de la Constitución Política, no hizo cosa diferente en el artículo acusado de dotar al agente retenedor de mecanismos que le permitieran determinar el porcentaje que debe aplicar al momento de efectuar un pago o abono en cuenta

sometido a retención, y que éste pueda establecer exactamente el monto de la retención en la fuente que está obligado a practicar y posteriormente a consignar, y que de ninguna manera se está desconociendo el principio de la buena fe consagrado constitucionalmente, pues la exigencia de los mencionados documentos no constituye un cuestionamiento de la conducta de quien es sometido a retención en la fuente.

Pide se declare la legalidad de las disposiciones acusadas.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor, al alegar de conclusión, argumenta que la apoderada de la Nación en su oposición concuerda fundamentalmente con las consideraciones de la demanda, no sólo por lo que afirma sino por la jurisprudencia que invoca para hacer las inferencias que consigna en el escrito, olvidando al hacer el recuento histórico de la retención que el artículo 5 de la Ley 75 de 1986, compilado como 6o. del Estatuto Tributario, determina que: "el impuesto de renta y ganancia ocasional a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios y el de los demás contribuyentes no obligados a declarar, es el que resulta de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto, que deben aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable".

Predicación que se repite en los artículos 244 y 594 numeral 1o. del Estatuto Tributario. La expresión "es" en ellos contenidos significa, como acepción del verbo, ser en su sentido natural igualdad, identidad, y que como reconoce la Administración en diversos conceptos tales retenciones por ser impuesto no dan derecho a devolución.

Reitera los argumentos y conceptos de violación así como el *petitum* consignados en la demanda.

La demandada al alegar de conclusión expresa nuevamente sus argumentos en el sentido de que los preceptos acusados forman parte de unas normas de autorizaciones o especiales contenidas en los artículos 365, 366, 393, 401, 579 y 800 del Estatuto Tributario que habilitan al Presidente de la República en forma indefinida y no *pro tempore*, y que por lo tanto tales decretos no son expresión de la facultad reglamentaria. Invoca y transcribe apartes de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de mayo de 1994 y mayo 2 de 1985 que se refieren a los decretos de autorizaciones, distinguiéndolos de los reglamentarios, para diferenciarlos de los expedidos por el Gobierno con fundamento en el artículo 189 numeral 20, que no requiere ley de autorización para concluir que siendo la retención en la fuente un mecanismo de recaudo, los porcentajes establecidos por el Gobierno son el reflejo de una competencia constitucional propia (artículo 189 numeral 20), sin que puedan confundirse con las tarifas del impuesto.

Con el fin de dilucidar puntos de hecho y de derecho solicita, dada la trascendencia del tema, audiencia pública.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda, pues es desacertado el razonamiento del demandante según el cual, como la retención en la fuente es un impuesto, los decretos acusados al regular algunos aspectos de esa retención no hacen otra cosa que establecer un tributo, porque contrariamente a lo que sostiene el demandante, la retención en la fuente es un sistema de origen legal que persigue el recaudo anticipado de un impuesto; la retención no es, pues, el impuesto mismo objeto del recaudo y el artículo 367 del E.T. demuestra esta conclusión cuando dice que la retención en la fuente "tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio en que se cause".

Por otra parte, el artículo 365 *ibidem* distingue entre retención e impuesto e igualmente indica que la finalidad de aquélla es el recaudo de un determinado tributo. En efecto, esa norma expresa que el Gobierno Nacional podrá "establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el **recaudo** del impuesto sobre la renta y complementarios..."

Tampoco evidencia la violación de los artículos 83 de la Constitución Nacional, 592, 593 y 594 del Estatuto Tributario en concordancia con los artículos 2o., 26, 178, 574, 575, 591 y 868 del Estatuto Tributario, ya que éstos se limitan a exponer planteamientos de carácter general sobre la calidad de sujeto pasivo o contribuyente del impuesto sobre la renta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demandada al alegar de conclusión solicita la celebración de audiencia pública con el fin de dilucidar puntos de hecho y de derecho, diligencia que a juicio de la Sala no es procedente en primer lugar porque no existen aspectos relacionados con las atribuciones de la Constitución Nacional señala al Presidente de la República entre ellas la facultad reglamentaria sobre las cuales la Corporación no tenga la suficiente ilustración, y en segundo lugar, porque el tema ha sido ya desarrollado suficientemente por la jurisprudencia tanto por esta Corporación como por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

1. El asunto de fondo

De acuerdo con las precisiones hechas por el actor, encuentra la Sala que éste persigue la nulidad de los artículos 1o. del Decreto reglamentario 1085 de 1992, 1o., 2o. y 3o. del Decreto 1402 de mayo 31 de 1991 y 3o. del Decreto 1217 de junio 16 de 1994 expedidos por el Presidente de la República, al considerar que de acuerdo con el nuevo ordenamiento primario, vigente desde el 4 de junio de 1991, especialmente los artículos 4o., 150 numeral 10 y 338, carecía de competencia el Presidente de la República para

modificar las tarifas del impuesto sobre la renta de las personas naturales y sucesiones ilíquidas que no son responsables del IVA y que por consiguiente no son declarantes, mediante el sistema de incremento de las tarifas de retención, en razón de que para estos contribuyentes por imperativo legal (artículos 6o. y 244 del E.T.), impuesto y retención son términos idénticos, pues la retención en la fuente que se les efectúa no es un simple abono o anticipo de un impuesto futuro, sino que es el impuesto mismo, por ser el gravamen igual al valor total de las retenciones que les hayan efectuado los retenedores a lo largo del período, y sólo a la conclusión de dicho período tendrán la certeza de la existencia de su obligación de declarar si se dan las condiciones de ingreso y patrimonio exigidos para el caso.

Entonces no podía el Presidente de la República a través del artículo 1o. del Decreto 1402 de 1991 establecer indiscriminadamente una retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta incluyendo a los contribuyentes personas naturales y sucesiones ilíquidas no declarantes, por no alcanzar los niveles de ingreso y patrimonio exigidos por la ley, y los asalariados no responsables del IVA que cumplieran los requisitos de los artículos 242, 243 y 593 del Estatuto Tributario y 11 de la Ley 49 de 1990.

De igual manera, de acuerdo con el artículo 591 numeral 2o. del Estatuto Tributario, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin residencia o domicilio en el país tampoco son declarantes cuando la totalidad de los ingresos están sometidos a la retención en la fuente de que tratan los artículos 407 a 411 del Estatuto Tributario y dicha retención en la fuente, cuando fuere del caso, les hubiere sido practicada.

Menos podía el Presidente incrementar para estas personas su tarifa de tributación del 3% al 10%, como lo hizo mediante el Decreto 1085 de 1992 artículo 1o. y a la luz de la nueva Constitución es imposible la coexistencia de tales disposiciones reglamentarias, pues no existe ni ha existido norma legal que haya dispuesto en ningún momento que el impuesto sobre la renta por los conceptos aludidos corresponde a la tasa del 3% o del 10%.

Tampoco podía el Presidente de la República, desconociendo que el carácter de declarante se da para cada persona natural en forma independiente para cada ejercicio fiscal, obligación que sólo nace al concluir el período gravable, establecer condiciones y requisitos para que opere una u otra tarifa de retención, pues por una parte, para efectos del carácter de declarante por un año nada tiene que ver que esa misma persona haya sido o no declarante por el ejercicio anterior, y de otra, al imponer tales condiciones y requisitos desconoce el artículo 83 de la Constitución Nacional que presume la buena fe de los particulares.

Considera la apoderada de la Nación, por el contrario, que el análisis debe hacerse frente a las normas constitucionales artículo 150 numeral 9o. y 189 numeral 20 que le

conceden facultad administrativa al Gobierno para fijar los porcentajes de retención, como sistema de recaudo y no frente al artículo 338 que consagra facultades distintas como son las legislativas.

2. Examen de los actos acusados frente a las normas constitucionales vigentes

a) Decreto 1085 de 1992 artículo 1o.

En el período transcurrido entre la expedición de las normas que otorgaron al Gobierno la facultad de fijar las tarifas de retención en la fuente y la expedición de los decretos 1085 de 1992 y 1217 de 1994 se dictó y entró en vigencia la Constitución Política de 1991, la cual significó una enmienda del cuerpo jurídico-político fundamental hasta entonces existente.

En materia tributaria los cambios fueron verdaderamente sustanciales en cuanto a la Nueva Carta consagró como normas de rango constitucional una serie de principios que regulan dicha disciplina jurídico-económica.

En la sentencia del 29 de abril del año en curso expediente 4015, actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, Consejero Ponente: doctor Delio Gómez Leyva, precisó la Sala algunas de esas enmiendas en el campo de los tributos cuando dijo, refiriéndose a los artículos 4, 150 numeral 10o y 338 de la Constitución Política:

> "...Fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente introducir severas modificaciones a la facultad de imponer tributos; por tanto precisó y determinó que:
>
> "1) En tiempo de paz únicamente el Congreso de manera primaria y las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales en forma secundaria pueden imponer contribuciones fiscales, de conformidad con la ley.
>
> "2) No es permitido al Congreso transferir esta competencia al Presidente de la República revistiéndolo de facultades extraordinarias como solía hacerlo en vigencia de la Constitución Nacional de 1886.
>
> "3) La ley fiscal no puede ser retroactiva, de suerte que las leyes de impuestos en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.
>
> "4) La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.
>
> "5) Tratándose de la tarifa de las tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes que respondan al concepto de recuperación de costos de los servicios prestados o participación en los beneficios que proporcionen, puede

permitirse que las autoridades administrativas fijen la tarifa, pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto deben ser fijados por la ley, la ordenanza o acuerdo.

"Así, pues, en vigencia de la nueva Constitución le está prohibido en tiempo de paz al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa fijar las tarifas del impuesto que se cobra a los contribuyentes".

Frente a tal normatividad constitucional, debe indagarse si lo dispuesto en el decreto reglamentario que se examina corresponde o no a una facultad que la Constitución otorgó al Presidente de la República, para lo cual se hace necesario que previamente se dilucide el carácter de la retención en la fuente para los contribuyentes no declarantes.

Ocurre, sin embargo, que como en la sentencia anteriormente referenciada, mediante la cual se anularon los artículos 1o. y 2o. del Decreto 2812 de 1991 y 1o. del Decreto 2866 del mismo año, la Sala examinó de manera exhaustiva, en materia jurídica y fáctica semejante, tales cuestiones, es pertinente reiterar lo dicho entonces. En efecto, dijo la Sala:

"2. **Carácter de la retención de los contribuyentes no declarantes.**

"Disponen los artículos 6o. y 244 del Estatuto Tributario:

"Artículo 6o. **El impuesto de los no declarantes es igual a las retenciones.**

"El impuesto de renta, patrimonio y ganancia ocasional, a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, y el de los demás contribuyentes no obligados a declarar es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable".

"Artículo 244. Excepción de los no declarantes. El impuesto de renta de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementario no se rige por lo previsto en el artículo 241. **El impuesto de renta, patrimonio y ganancia ocasional a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementario, y el de los demás contribuyentes no obligados a declarar es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable".** (Subraya fuera del texto).

"Es decir, que efectivamente la ley en el caso de contribuyentes no declarantes identifica el impuesto con la retención.

"La naturaleza legislativa de los impuestos y la retención asimilada a impuesto fue precisada por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales en sus apartes pertinentes expresan:

> "... La facultad impositiva como expresión de la soberanía del Estado fue consagrada por el constituyente y su ejercicio se confía al legislador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43, 76-13-14, 204, 207 y 210 de la Carta, sin que de estas normas se derive condicionamiento alguno del ejercicio de esa potestad, en cuanto a la determinación de los elementos esenciales que integran el concepto de impuesto o en relación con su recaudo. Esto, es decir, el legislador tiene un poder amplio para el señalamiento, modificación o extinción de las obligaciones tributarias; aun la facultad de señalar las rentas, que corresponde a las entidades territoriales, se debe desarrollar por éstas con sujeción a las directrices que establezca la ley.
>
> "Conforme a las autorizaciones constitucionales que se citan, el legislador es autónomo para adoptar el sistema de tributación que a bien tenga proveer a su efectividad, según lo aconsejen las circunstancias del momento. Es obligado inferir entonces que una previsión como la contemplada en la disposición que se revisa no puede resultar contraria al ordenamiento constitucional, pues sólo establece un mecanismo para calcular los impuestos sobre la base de la retención en la fuente para aquellas personas naturales a quienes exonera de presentar declaración de renta, pero no del deber de contribuir de alguna manera el sostenimiento del aparato estatal. Sentencia número 44 del 19 de mayo de 1987, expediente 1508. Actor: Alfonso Marín Morales, al declarar la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 55 de 1985, Ponente: doctor Jairo E. Duque (Gaceta Judicial, Tomo CX CI-1987, primer semestre. Imprenta Nacional-1988). (Subraya la Sala).
>
> "Según el artículo 43 C..N.. "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales podrán imponer contribuciones".
>
> "Agrega el artículo 76-14 que corresponde al Congreso, por medio de leyes "decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija".
>
> "Y el mismo artículo, en su numeral 22, le asigna el cometido de dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas.
>
> "La competencia ordinaria del Gobierno en materia de contribuciones está fijada, por otra parte, en el artículo 120-3, que prevé en forma general la

potestad extraordinaria que le asiste para la cumplida ejecución de las leyes; en el ordinal 11 del mismo artículo que le atribuye la función de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes"; y en el ordinal 22 *ibídem* que lo autoriza para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

"Ahora bien, como la regla del artículo 43 C.N. ha sido prevista para "tiempo de paz", es claro que dentro del Estado de Sitio el Gobierno puede decretar contribuciones extraordinarias.

"La lectura de las disposiciones citadas muestra que el establecimiento de contribuciones o el decreto de impuestos es, en principio, tarea propia de los cuerpo colegiados de representación popular y, ante todo, del Congreso, quien señala el ámbito de la potestad impositiva de las Asambleas departamentales y los Concejos municipales, tal como lo dejó establecido esta Corporación en fallo del 2 de junio de 1971, y que sólo en circunstancias excepcionales puede acometerla el Gobierno.

"Ha de entenderse que la potestad impositiva que se viene examinando comprende la de fijar los elementos estructurales de la obligación tributaria, tales como la denominación del impuesto; los sujetos gravados; la materia y la base imponibles; **las tarifas;** las deducciones, exenciones y descuentos; la forma de liquidación y de pago; los intereses y las sanciones, etc.

"A la luz de estas consideraciones cabe preguntarse sobre si es posible el otorgamiento **de facultades extraordinarias** al Gobierno para que, por medio de decretos leyes, establezca contribuciones.

"Acerca de esta cuestión se pronunció la Corte en fallo del 3 de agosto de 1971, en el que cuando el Gobierno obra como legislador extraordinario "creando o aumentando contribuciones, por mandato o en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorga el Congreso, con el lleno de los requisitos señalados en el ordinal 12 del artículo 76, no está quebrantando el texto, espíritu y antecedentes del artículo 43, sino desarrollando actividades que le incumben por mandato de preceptos de igual origen y jerarquía".

"El Consejo de Estado, en providencia del 10 de mayo de 1983, dio también respuesta afirmativa a este interrogante, con estas palabras: se quiere que la tributación se origine en el cuerpo de elección popular. Y tal objetivo se mantiene bien cuando el impuesto lo establece el organismo corporativamente, bien cuando delega su detalle al Ejecutivo.

"A esta conclusión se llega, entonces, argumentando que el origen del impuesto se sitúa propiamente en la ley de **facultades extraordinarias** expedidas por el Congreso y no en el decreto ley mediante el cual el Gobierno las ejercita.

"La Corte acepta este razonamiento pero a condición de que la ley de facultades sea lo suficientemente precisa, tal como lo exige el propio artículo 76-12 C.N., de modo que ahí los elementos estructurales del impuesto sean fijados previamente por el Congreso, tal como lo exige el artículo 43 C.N. y sólo reste proceder a decretarlo y a regular sus aspectos de detalle, tareas para las que es posible facultar al Gobierno por la vía mencionada.

"Aplicando estas nociones al caso *sub-júdice,* se tiene que la disposición **acusada atribuyó al Gobierno competencia dentro de los dos años siguientes a la fecha** de promulgación de la ley "para establecer retenciones en la fuente a título de impuestos sobre la renta y complementarios, sobre los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las personas naturales y sobre el valor de enajenación de los bienes sin que dichas retenciones excedan del tres por ciento del respectivo pago, abono en cuenta o valor de la enajenación.

"La lectura del texto anterior revela sin necesidad de mayor análisis que las facultades que ahí se otorgaron al Gobierno son precisas y permiten saber a ciencia cierta cuál es el objeto de las mismas. El Gobierno encuentra límites taxativos para ejercerlas: las retenciones que establezca deben corresponder al impuesto sobre la renta, deben versar sobre pagos o abonos en cuenta que hagan los sujetos que ahí se mencionan o sobre el valor de la enajenación de bienes y no pueden exceder del 3% del respectivo pago, abono en cuenta o valor de la enajenación.

"Todo esto podría haber sido dispuesto en la ley, pero el Congreso consideró aconsejable que el Gobierno lo graduara de acuerdo con las circunstancias, decidiendo cuáles pagos deberán someterse a retención y los porcentajes correspondientes, de acuerdo con las necesidades de recaudo, las posibilidades de administración del mismo e incluso los aspectos de coyuntura que deban ser considerados para el efecto.

"Así las cosas, no puede decirse que la voluntad del Congreso hubiera estado ausente o hubiera sido meramente nominal, lo que violaría tanto la letra como el sentido del artículo 43 C.N. en la decisión sobre esta materia.

"Se han suscitado en este caso debates acerca de la naturaleza jurídica de las reglas sobre retención en la fuente y sobre si la disposición acusada otorgó facultades extraordinarias al Gobierno o simplemente le atribuyó competencias administrativas.

"Lo dicho atrás acerca de la reserva legislativa en torno de los elementos estructurales del impuesto permite llegar a la conclusión de que los aspectos fundamentales de la retención en la fuente, sea que se la considere como medio de recaudo del impuesto o como modalidad de este último, **deben ser definidos por el legislador, trátese del ordinario o del extraordinario.** Los aspectos operativos o procedimentales, en cambio, pueden deferirse a la reglamentación gubernamental.

"No cabe duda de que las materias de que trata la **disposición acusada son de índole legislativa,** pues no se refieren a meras cuestiones de detalle, sino a la decisión de extender el ámbito de la retención a otros sectores no contemplados por leyes anteriores, generalizándose su aplicación a todos los pagos, cualquiera que sea su índole, que hagan las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las personas naturales, y al valor de la enajenación de toda clase de bienes.

"Ciertamente la disposición no cumplió con el rito de decir que otorgaba facultades extraordinarias al Gobierno por el término de dos años para disponer sobre las materias precisas que ahí se mencionaron, pero no hay que hacer demasiados esfuerzos interpretativos para afirmar que eso fue lo que inequívocamente quiso expresar. (Subraya la Sala). Sentencia No. 137 del 1o. de octubre de 1987. Expediente 1662. Actor: Juan Manuel Charry Urueña. Ponente: doctor Jesús Vallejo Mejía. Gaceta Judicial 2430-1987. Tomo CX CL-2. Imprenta Nacional, 1991.

"De acuerdo a los precitados pronunciamientos, en vigencia de la Constitución de 1886, como en la actual, la potestad impositiva radicaba y radica en el Congreso, pero, al contrario de lo que sucede bajo la vigente, el ejecutivo podía actuar como legislador extraordinario en estas materias, en ejercicio de precisas facultades pro tempore conferidas por el legislador..."

"... 4. La retención para los contribuyentes no declarantes

"Para la Sala, respecto de los contribuyentes no declarantes no hay duda de que por mandato legal -artículos 6o. y 244 del Estatuto Tributario- el impuesto de renta es el que resulta al sumar las retenciones en la fuente, lo cual quiere decir que el Presidente, al fijar la tarifa de la retención en la fuente, consecuencialmente fija la tarifa del impuesto, que no es posible frente a lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta.

"El argumento de que la retención es un anticipo del impuesto que se concreta al final del ejercicio es válido en el caso de los declarentes; no lo es para los contribuyentes no declarantes, para quienes impuesto y retención tienen un mismo significado.

"La actividad consistente en determinar la retención o incrementar las tarifas a título de impuesto para los contribuyentes no declarantes es una función de índole

legislativa, que en tiempo de paz está vedada al ejecutivo por disposición expresa de la Constitución. Por lo que no puede pretenderse que corresponde a una actividad administrativa que pueda ser desarrollada en ejercicio de la potestad reglamentaria o de la de recaudación (numerales 11 y 20 artículo 189 C.P.).

"Si bien es cierto que en materia del recaudo del tributo la retención en la fuente responde a un medio para tal efecto, y que su manejo y control es eminentemente administrativo, al igual que lo es el ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional, de acuerdo con el incremento procentual del índice de precios al consumidor, tal como lo consagra el artículo 242 del Estatuto Tributario, esto es posible solamente para los contribuyentes declarantes, para quienes la retención es un anticipo del impuesto, no el impuesto mismo, por el contrario, tratándose de contribuyentes no declarantes, la retención por mandato legal es el impuesto mismo (artículos 6 y 244); luego, su fijación corresponde a la ley.

"Por último, observa la Sala, que al ser señalada la tarifa de retención para los contribuyentes no declarantes, en los decretos acusados, por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, violó no sólo el artículo 121 sino el 338 de la Constitución Nacional, toda vez que se arrogó atribuciones propias del legislador, en quien radica única y exclusivamente el poder impositivo".

Los anteriores razonamientos son completamente aplicables al caso analizado ahora, y por tanto la conclusión que surge no puede ser otra que la de que al expedir el Decreto 1085 de 1992, artículo 1o., el Presidente de la República excedió sus facultades con relación a los contribuyentes no declarantes, pues ejerció funciones atribuidas constitucionalmente al Congreso de la República; por tanto, habrá de declararse su nulidad por violar normas superiores del ordenamiento jurídico.

b) Nulidad del artículo 3o. del Decreto 1217 de junio de 1994

El Decreto 1217 de junio 16 de 1994 en sus artículos 1o. y 2o. fijó los porcentajes de retención en la fuente para aquellos contribuyentes que tengan el carácter de declarantes del impuesto, para quienes la retención en la fuente constituye un recaudo anticipado del tributo y no el impuesto mismo. De tal suerte que si el impuesto que resulta para el contribuyente es superior, deben pagar el saldo que resulte a cargo, y si es inferior tendrán derecho a la devolución, compensación o aplicación del saldo a favor.

Desde este punto de vista los requisitos exigidos por el artículo 3o., acusado para acreditar la condición de no declarante y hacer viable la aplicación de las tarifas preferenciales para este tipo de contribuyentes, en principio pareciera no tiene otra finalidad que controlar la exacta recaudación de la retención en la fuente como medio de arbitrar el recaudo del tributo. No obstante, cuando el reglamento traslada las condiciones de declarante o no declarante del sujeto pasivo de la obligación tributaria

de un año a otro, para efectos de determinarle la tarifa de la retención aplicable, incrementa sin facultad legal el impuesto que conforme a la ley corresponde al beneficiario de pago no declarante.

En efecto, cuando para aplicar la tarifa en el año gravable toma en cuenta el carácter de declarante en el año anterior para retenerle, en un porcentaje superior, a quien por tal vigencia puede no ser declarante en razón de sus ingresos o su patrimonio o su condición de asalariado, aumenta sin facultad legal el impuesto al incrementar la tarifa de retención a aquellos contribuyentes para quienes ésta constituye la tarifa del impuesto mismo, desconociendo adicionalmente la independencia de las anualidades fiscales que para el impuesto de renta establece la ley.

De otra parte, los requisitos que exige la norma acusada en nada conducen a demostrar la claridad de no declarante del sujeto pasivo en el ejercicio fiscal en el cual se efectúa la retención en la fuente, pues en cualquier momento después de hecho el juramento en ella exigido puede producirse o completarse dentro del período gravable, el nivel de ingresos brutos, o a diciembre 31 el nivel de patrimonio bruto exigido por la ley para considerarlo declarante.

Pero si tales supuestos no se producen aun cuando en el ejercicio anterior haya tenido la calidad de declarante, no lo será por el período fiscal para el cual se efectúa la retención.

En consecuencia, el cargo sobre violación de los artículos 120 numeral 10 y 338 de la Constitución Política debe prosperar y ello es suficiente para que se decrete la nulidad del artículo 3o. del Decreto 1217 de 1994.

c) Nulidad del Decreto 1402 de 1991 artículos 1o., 2o. y 3o.

Precisa la Sala que el artículo 1o. de este decreto, en cuanto fijó la retención del 3% para pagos provenientes del exterior quedó derogado por virtud de la subrogación que hizo el artículo 1o. del Decreto 1085 de 1992, al disponer que la tarifa sería del 10%. Es claro, entonces, que a la fecha de interposición de la demanda (julio 12 de 1994) la norma que regulaba esta materia era el ya citado artículo 1o. del Decreto 1085 de 1992.

Para la Sala, la decisión sobre este punto de la demanda no puede ser de mérito, habida cuenta de su inadecuada formulación, toda vez que ella se plantea tanto sobre la norma subrogada como sobre la norma subrogante, lo que contraría la disposición normativa del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que en la demanda de nulidad se debe individualizar el acto administrativo con toda precisión.

De otra parte, la posibilidad material de avocar el conocimiento de fondo de esta súplica de la demanda está supeditada necesariamente a los efectos de la declara-

toria de nulidad del acto subrogante, lo cual no puede ser objeto de pronunciamiento en esta sentencia.

Se impone, por tanto, declaración inhibitoria respecto del artículo 1o. del Decreto 1402 de 1991.

Estima la Sala con relación a los artículos 2o. y 3o. del mismo decreto acusado, referidos al sistema de efectuar el recaudo de retenciones en la fuente, su declaración y pago que por tratar aspectos que a juicio de la Sala son de manejo meramente administrativos de la retención en la fuente y que constituyen desarrollo de lo ya previsto en el Estatuto Tributario acerca de esta materia (artículos 368, 375, 376, 383 a 399, 604 a 606) que no estarían en contradicción con la Constitución y la ley y que, por lo demás, con respecto a ellos no es posible hacer confrontación alguna en razón de que la demanda no expresa cuál es la norma violada ni en qué radica el fundamento de la misma.

En consecuencia, habrá de negarse la nulidad suplicada en la demanda para los artículos 2o. y 3o. del Decreto 1402 de mayo 31 de 1991.

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. DECLARASE la nulidad del artículo 1o. del Decreto reglamentario 10885 de julio 1o. de 1992 expedido por el Presidente de la República para reglamentar parcialmente el Estatuto Tributario.

2. ANULASE el artículo 3o. del Decreto 1217, expedido por el Presidente de la República el 16 de junio de 1994.

3. DECLARASE inhibido para proferir fallo de mérito en relación con el artículo 1o. del Decreto 1402 de 1991.

4. NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

5. RECONOCESE personería a la doctora Patricia Narváez Gómez a términos de poder que obra a folio 48 del expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala*; Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera, además, la providencia de 29 de abril de 1994, expediente 4015. Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva.

COMERCIANTE-Obligaciones/**FACTURA DE VENTAS-**Expedición/**ACTA OFICIAL DE FACTURACION**

"El contribuyente actor propietario del establecimiento comercial a través del cual ejerce la actividad de "compraventa de café" estaba obligado a expedir facturas o documento equivalente a conservar copia de las mismas por cada una de las operaciones que realizara, venta, compra, etc., por virtud de su calidad de comerciante, ya que es evidente que el contribuyente en su establecimiento de comercio no elaboraba facturas de venta ni documentos equivalentes como lo pretende hacer ver su apoderado en el recurso de apelación, con base en una transcripción "alterada" de la constancia que contiene el Acta Oficial de la que no se deduce la pretendida existencia de las facturas de ventas, sino por el contrario, es evidente que los funcionarios comisionados en ella dejaron clara y expresa constancia que el contribuyente desconocía la obligación de llevar facturas de ventas, reconociéndose la existencia de facturas de compras, de las cuales se anexó una copia".

SANCION POR FACTURACION-Procedencia/**PRUEBA DOCUMENTAL-**Ineficacia/**FACTURA/DOCUMENTO**

"Los recibos de caja, facturas de compras y algunas facturas de ventas suyas y de terceros que el contribuyente aportó para desvirtuar las actas de verificación y constancia exigidas por la ley no se consideran válidas para los efectos pretendidos, primero porque es claro que el contribuyente ha pretendido acondicionar los "recibos de caja" como documento

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

equivalente, lo que de suyo es improcedente en la medida que tales recibos no sólo no reúnen los requisitos establecidos por la ley, sino que además los mismos se expiden con fines diferentes. Por otra parte, no puede pasarse por alto lo previsto en el artículo 653 del Estatuto Tributario, que prohíbe aceptar en las etapas de discusión posterior "explicaciones distintas las consignadas en la respectiva acta" en la que se manifestó como justificación "no tener conocimiento de que las ventas debían ser facturadas". En consecuencia, se concluye que en el *sub-lite*, se encuentra plenamente demostrado el incumplimiento de la obligación de expedir factura por parte del contribuyente en su establecimiento de comercio, por la época en que la Administración realizó las correspondientes visitas oficiales encaminadas a verificar el cumplimiento de tal obligación, de lo cual se dejó la correspondiente constancia que da fe del hecho conforme a lo exigido en el artículo 653 del Estatuto Tributario; por consiguiente, el proceder de la Administración al imponer la sanción que consagra el artículo 652 *ibídem* se ajusta a derecho".

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5262. Actor: Enrique Ramírez Jiménez. Impuestos-venta-sanción. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora: el contribuyente Enrique Ramírez Jiménez, contra la sentencia del 24 de septiembre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas desestimó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el contribuyente para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales lo sancionó por no expedir facturas o documento equivalente.

ANTECEDENTES

Con base en el Acta de Constancia de Verificación de la obligación de expedir facturas de que trata el artículo 66 del Decreto 2503 de 1987 (hoy artículo 653 del E.T.), la Divisón de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales formuló al contribuyente actor pliego de cargos con el propósito de imponerle sanción del 10% sobre las operaciones (ventas) no facturadas, obligaciones que según el contribuyente desconocía.

Dentro de la oportunidad legal el contribuyente dio respuesta al pliego de cargos manifestando que al hacer la venta produce una factura o "documento equivalente", en su caso, al recibo de caja que expide al comprador de la mercancía y el cual reúne los requisitos exigidos en el artículo 617 del Estatuto Tributario, como son: nombre del vendedor o quien realiza el pago, número y fecha del recibo de caja, descripción de los artículos vendidos y valor total de la operación. Acompaña en esta oportunidad algunas facturas de ventas elaboradas por terceros y recibo de caja del contribuyente

Considerando que las pruebas anteriores no fueron presentadas con ocasión de la visita de verificación, la División de Liquidación estimó que no era procedente su aceptación, y en consecuencia decidió imponer la sanción propuesta por el incumplimiento de la obligación de llevar facturas de ventas, la que cuantificó en la suma de $7.428.994.

Inconforme con el proceder anterior, el contribuyente interpuso el recurso de reconsideración, que fue resuelto mediante la resolución No. 033 del 19 de junio de 1990, en la cual la División de Recursos Tributarios de la misma Administración confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.

LA DEMANDA

El libelista acusa violación de los artículos 615, 652 y 653 del Estatuto Tributario.

Sostiene que los actos administrativos acusados se encuentran falsamente motivados, situación que deberá conducir a la nulidad de los mismos, por cuanto las resoluciones por medio de las cuales se impone y confirma la sanción carecen de fundamento jurídico, habida cuenta que su representado sí expedía facturas por las ventas realizadas en su establecimiento de comercio y que lo que ha sucedido es que los funcionarios de impuestos malinterpretaron los hechos, al no saber determinar cuáles eran los documentos equivalentes a la factura de ventas de que trata el artículo 615 del Estatuto Tributario, puesto que el actor sí expedía documentos o recibos de caja que sirven de soporte a los ingresos y que se asimilan a la factura de ventas, los cuales además cumplen con los requisitos que exige el artículo 167 del Estatuto Tributario.

PARTE OPOSITORA

La entidad demandada oportunamente dio respuesta a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones del demandante. En síntesis, adujo que el contribuyente visitado no expedía durante el giro ordinario de sus negocios facturas de ventas e hizo énfasis en que tal circunstancia fue constatada por los funcionarios visitadores, quienes dejaron anotación sobre ese hecho en la respectiva acta de visita, en la cual consintió el contribuyente encuestado y visitado, lo cual queda corroborado con su firma en la respectiva acta, por lo que la violación por la no facturación fue claramente establecida y sólo en forma posterior el señor Ramírez Jiménez puso a disposición de la Adminis-

tración facturas de ventas y recibos de caja, circunstancia que no podía tenerse en cuenta por expresa prohibición en el artículo 653 del Estatuto Tributario.

LA SENTECIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 24 de septiembre de 1993, desestimó las súplicas de la demanda al considerar que era un hecho debidamente probado en el proceso que el contribuyente Enrique Ramírez Jiménez en su establecimiento no facturaba las ventas realizadas, y tampoco elaboraba documentos equivalentes, puesto que las actas correspondientes en ningún momento mencionaban tal circunstancia.

Así mismo, observó que la afirmación del actor en el sentido de que soportaba sus ingresos con recibos de caja, facturas de ventas y factura del comprador no podía ser de recibo, por cuanto tal documentación sólo había sido aportada con posterioridad a las visitas practicadas por la Administración al contribuyente, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 653 del Estatuto Tributario, eran improcedentes.

Por otra parte, relievó que en el acta de visita se plantea el cargo por la no expedición de facturas de ventas, contradiciendo lo afirmado por el contribuyente en el sentido contrario.

Por consiguiente, concluyó el Tribunal que las resoluciones acusadas no violaron los artículos 615, 652 y 653 del Estatuto Tributario, por cuanto el contribuyente no facturaba ventas, de cuya omisión existe plena conciencia, que fundamenta la sanción impuesta.

LA APELACION

Al apelar, el apoderado de la sociedad actora refuta la sentencia del Tribunal manifestando que su representada no elaboró una prueba posterior como lo afirma aquélla, puesto que los funcionarios de la Administración de Impuestos el 14 de febrero de 1989 encontraron la existencia de facturas de ventas y le hicieron observación a esa facturación. Por ello observa que su representada discutió la existencia de facturación en la visita, con ocasión de la respuesta al pliego de cargos, y también con motivo del recurso de reconsideración, razón por la cual considera que el Tribunal pasó por encima del expediente administrativo sin "ojearlo", en contra de los principios generales de apreciación de la prueba

ALEGATOS DE CONCLUSION

La representante judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales se reafirma en su manifestación inicial en el sentido de que los elementos probatorios existentes en el

expediente, como el acta de encuesta y el acta de verificación, la explicaciones dadas por el contribuyente y lo dispuesto en los artículos 615, 617 y 653 del Estatuto Tributario se deduce claramente que no cumplió con la obligación de expedir facturas, circunstancia que lo hace acreedor a la sanción del 10% de las operaciones no facturadas.

EL MINISTERIO PUBLICO

En concepto de la Procuraduría Sexta Delegada en lo Contencioso Administrativo, la Dirección de Impuestos actuó correctamente al imponer la sanción por no expedir facturas de ventas y el Tribunal acertó al denegar las súplicas de la demanda, toda vez que el contribuyente al momento en que se llevaron a cabo las visitas administrativas no cumplía con la obligación señalada en el artículo 23 del Decreto 2503 de 1987, y los argumentos y pruebas que con posteridad se aportaron no solamente fueron extemporáneos sino contradictorios. Por tanto, concluye la Procuradora que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal *a-quo* y de igual modo comparte el concepto emitido por la Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso en el sentido de que el proceder administrativo demandado no es violatorio de las disposiciones legales que sirven de fundamento a la demanda contenciosa.

En efecto, contrario a lo que afirma el apelante-apoderado de la sociedad actora, es palmario que en el *sub-lite* se ha configurado el supuesto fáctico previsto en la ley para imponer la sanción "por incumplimiento de la obligación de expedir facturas", de acuerdo con lo establecido en los artículos 615, 652 del Estatuto Tributario, armónico con el artículo 653 *ibídem*.

De conformidad con las disposiciones citadas, "para efectos tributarios" todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciante, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera **deberán expedir factura o documento equivalente y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen,** independientemente de su calidad de contribuyente o no de los impuestos administrados por la Administración General de Impuestos Nacionales.

Cuando en las transacciones sobre las cuales se deba expedir factura "no se cumpla con esta obligación", dos funcionarios especialmente designados por el Administrador de Impuestos para tal efecto, que hayan constatado la infracción, darán fe del hecho, mediante un acta en la cual se consigne el mismo y las explicaciones que haya aducido quien realizó la operación sin expedir factura. **En la etapa de discusión posterior no se podrán aducir explicaciones distintas de las consignadas en la respectiva acta.**

Quienes estando obligados a expedir facturas no lo hagan, o lo hagan sin el cumplimiento de los requisitos establecidos, incurrirán en sanciones como "a) una sanción hasta del diez por ciento (10%) del valor de las operaciones no facturadas".

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que el contribuyente actor propietario del establecimiento comercial "COMERCIALIZADORA DE CAFE ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ" a través del cual ejerce la actividad de "compraventa de café" estaba obligado a expedir facturas o documento equivalente y a conservar copia de las mismas por cada una de las operaciones que realizara, compra, venta, etc., por virtud de su calidad de comerciante.

Ahora bien, de los antecedentes administrativos se observa que la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales efectuó visita persuasiva (encuesta) y posteriormente visita de "verificación al cumplimiento de la obligación de expedir facturas".

Por la primera de ellas, cuyo resultado aparece expuesto en acta del 7 de diciembre de 1988, estableció que el contribuyente "no factura ventas. Sí elabora factura de compras".

En la visita de verificación realizada con fecha 14 de febrero de 1989, de la cual los funcionarios visitadores levantaron acta de verificación del cumplimiento de la obligación de expedir facturas (fl. 1) y acta de constancia de que trata el artículo 66 del Decreto 2503 de 1987 (hoy artículo 653 del Estatuto Tributario), observaron que el contribuyente no elaboraba facturas de ventas, pues a la pregunta número 6 "¿Durante el desarrollo de la visita se observó que expide y entrega al cliente factura o documento equivalente por cada una de las operaciones que reliza o a la prestación de sus servicios?", se indicó "No"; a la pregunta 11, "¿A partir de qué fecha está expidiendo las facturas o documentos equivalentes?", señaló "A la fecha de la visita no he empezado a facturar"; en las observaciones se precisó: "Al mostrar las facturas, los funcionarios visitadores se recomienda que se le coloque la c.c. (la factura que observó el funcionario anterior fue de compra, la que se adjunta) por consiguiente el contribuyente no tenía conocimiento de que debía facturar ventas". Como recomendación se indicó: "timbrar facturas de ventas".

Así mismo, en el acta de constancia (fl. 15) a la cual se refiere el apelante en la sustentación al recurso, elaborada como se anotó el mismo día de la visita de verificación, al preguntársele sobre los motivos por los cuales no está cumpliendo con la obligación establecida en el artículo 23 del Decreto 2503 de 1987 (hoy artículo 615 del E.T.), informó que: "El funcionario visitador solicitó las facturas presentando el contribuyente un talonario de facturas de compras (copia que se anexa) al ser esta factura observada por el funcionario mencionado aduce que es correcta pero que falta la c.c. El contribuyente por consiguiente informa no tener ni idea de que las ventas

debían ser facturadas". Seguidamente se deja constancia sobre el valor de las operaciones de venta no facturadas a partir del 9 de diciembre de 1988 y hasta febrero 13 de 1989. Tanto el acta de verificación como el acta de constancia se encuentran firmadas por el contribuyente actor, sin ninguna observación de su parte.

Es evidente, entonces, que el contribuyente en su establecimiento de comercio no elaboraba facturas de ventas ni documentos equivalentes, como lo pretende hacer ver su apoderado en el recurso de apelación, con base en una transcripción "alterada" de la constancia que contiene el Acta Oficial que antes se transcribió, de la que no se deduce la pretendida existencia de las facturas de ventas, sino por el contrario, es evidente que los funcionarios comisionados en ella dejaron clara y expresa constancia de que el contribuyente desconocía la obligación de llevar facturas de ventas, reconociéndose la existencia de facturas de compras, de las cuales se anexó una copia (fl. 4 c.a). Constancia que igualmente coincide en la que aparece registrada en el Acta de Verificación en el acápite de las observaciones y que confirma la recomendación hecha por la misma en el sentido de ordenarle al contribuyente "timbrar facturas de ventas".

Con oportunidad del pliego de cargos, el contribuyente aportó recibo de caja, facturas de compras y algunas facturas de ventas suyas y de terceros para desvirtuar las actas de verificación y constancia exigidas por la ley, no obstante, como lo estimó la Administración de Impuestos y en igual sentido el Tribunal*a-quo*, tal documentación no es válida para los efectos pretendidos, primero porque es claro que el contribuyente ha pretendido acondicionar los "recibos de caja" como documento equivalente, lo que de suyo es improcedente en la medida que tales recibos no sólo no reúnen los requisitos establecidos por la ley, sino que además los mismos se expiden con fines diferentes. Por otra parte, no puede pasarse por alto lo previsto en el artículo 653 del Estatuto Tributario, que prohíbe aceptar en las etapas de discusión posterior "explicaciones distintas de las consignadas en la respectiva acta", en la que se manifestó como justificación "no tener conocimiento de que las ventas debían ser facturadas"; por tanto, si reconoció no tener conocimiento de la obligación de expedir facturas de ventas, resulta inaceptable aducir argumentos y pruebas que no se esgrimieron en el momento en que se requirieron.

En consecuencia, concluye la Sala que en el *sub-lite,* se encuentra plenamente demostrado el incumplimiento de la obligación de expedir facturas por parte del contribuyente en su establecimiento de comercio, por la época en que la Administración realizó las correspondientes visitas oficiales encaminadas a verificar el cumplimiento de tal obligación, de lo cual se dejó la correspondiente constancia que da fe del hecho, conforme a lo exigido en el artículo 653 del Estatuto Tributario; por consiguiente, el proceder de la Administración al imponer la sanción que consagra el artículo 652*ibidem* se ajusta a derecho, y el Tribunal, contrario a lo que afirma el apelante, acertó en su análisis y decisión, por lo que la sentencia objeto del recurso de apelación merece 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:

Confírmase 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 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.

OFICINAS DE REPRESENTACION DE ENTIDADES FINANCIERAS DEL EXTERIOR/CAPTACION DE RECURSOS EN MONEDA EXTRANJERA/ SANCION A OFICINA DE REPRESENTACION DE ENTIDADES FINANCIERAS DEL EXTERIOR

"Es incontrovertible que la sociedad actora transgredió las normas que reglamentan el funcionamiento, inspección y vigilancia de las Oficinas de Representación de Entidades Financieras del Exterior, por dos aspectos: uno, por infracción al artículo 6o. de la resolución No. 4698 de 1980, puesto que como casa matriz no podía actuar como representante de su filial, el Banco Colombo Americano de Panamá, y dos, al promover captación de recursos en moneda extranjera (cheques en dólares), actividades prohibidas incluso a las oficinas de representación debidamente autorizadas. Así las cosas, al fundamentar la Superintendencia Bancaria la actuación acusada en las disposiciones en referencia no incurrió en indebida aplicación como lo acusa el demandante, sino que, por el contrario, actuó conforme a ellas y a lo del ámbito de las actividades autorizadas a los establecimientos bancarios, disposición que igualmente se invoca como fundamento de la resolución sancionatoria".

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Radicación No. 5531. Apelación sentencia de 27 de enero de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Colombo-Americano. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia de 27 de enero de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad Banco Colombo-Americano, contra las resoluciones Nos. 495 de febrero 16 de 1988 y la 1290 de abril 11 de 1990, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

Mediante la resolución 495 de 16 de febrero de 1988, la Superintendencia Bancaria impuso a la actora una multa de $2.000.000.oo m/cte., por contravenir las resoluciones Nos. 2988 de 11 de junio y 4698 de 11 de septiembre de 1980, expedidas por la entidad en mención.

Contra la resolución anterior, la sociedad interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la resolución No. 1290 de 11 de abril de 1990, que confirmó en todas sus partes la resolución impugnada, quedando agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El representante judicial de la parte actora considera vulneradas con los actos administrativos acusados las siguientes disposiciones: resolución No. 2988 del 11 de junio de 1980 y la No. 4698 de 11 de septiembre del mismo año, de la Superintendencia Bancaria, y los artículos 22 del Decreto 2920 de 1982, 163 de la Constitución Nacional y 35 del C.C.A.

Se sintetiza así el concepto de la violación:

1. Aplicación indebida de los artículos 5 de la resolución 4698 de 1980 y 5 de la resolución 2988 de 1980 de la Superintendencia Bancaria.

Considera que la Superintendencia sancionó a su representada, un establecimiento bancario constituido y domiciliado en Colombia, por violación de normas que se refieren a las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, y que por estar exclusivamente dirigidas a ellas, no pueden ser violadas por personas distintas a éstas.

2. Aplicación indebida del artículo 22 del Decreto 2929 de 1982.

Pues el artículo faculta al Superintendente Bancario para imponer sanciones a los establecimientos bancarios, cuando hayan violado una norma a la que están sometidos. En el caso *sub-judice* se sancionó a la sociedad por la supuesta violación de una norma a la cual no estaba sometida, por ello la sanción es improcedente.

Además se sancionó a una entidad totalmente distinta a la infractora, por cuanto se le endilga al Banco Colombo Americano el hecho de "permitir" transacciones supuestamente realizadas por su subsidiaria panameña.

De otra parte, la Superintendencia olvida que los principios propios del derecho penal no son aplicables a un campo autónomo como es el contravencional administrativo, al esgrimir una forma de "complicidad" de la entidad financiera colombiana para con su subsidiaria en Panamá.

Cita en apoyo las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 30 de mayo de 1988, 6 de marzo de 1987 y 26 de junio de 1987.

3. Aplicación indebida del artículo 163 de la Constitución Nacional y 35 del C.C.A.

Manifiesta que una vez demostrado que las resoluciones acusadas se fundamentan en razones jurídicas que carecen de validez, es preciso concluir que están falsamente motivadas, lo cual conlleva su anulabilidad. La jurisprudencia ha reiterado que todo acto que ponga fin a una actuación administrativa debe estar adecuadamente motivado si afecta a particulares, es decir, con fundamentos jurídicos que de manera expresa contemplen el caso de que se trata y le sean aplicables.

4. Errónea apreciación de las pruebas.

Expresa que la Superintendencia Bancaria sancionó a su representada con base en documentos que carecen de valor probatorio y que, por el contrario, los diferentes elementos de la investigación llevan a concluir que ni su mandante ni su subsidiaria contravinieron las resoluciones Nos. 2988 y 4698 de 1980, por cuanto el informe de auditoría preparado sobre las operaciones de la subsidiaria, las fotocopias de los Certificados de Depósito a Término expedidos por la misma y los listados de computador son documentos que no pueden ser tenidos como prueba porque carecen de autenticidad por no reunir los requisitos para ser considerados como tales de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, y que, en el supuesto que lo tuvieran, no llevaría a las conclusiones que deduce la Superintendencia Bancaria.

Por tanto, concluye, no prueban que los títulos fueran pagaderos en Colombia, que el Banco captó divisas para sí ni para ninguna otra persona, ni que ha realizado pago de intereses o principal en otras monedas distintas de la colombiana.

LA OPOSICION

La representante judicial de la Superintendencia Bancaria solicitó desestimar las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Expresa que si bien es cierto que la Superintendencia Bancaria en la resolución No. 495 de 1988 menciona las normas que regulan las actividades autorizadas a las oficinas de representación de Entidades Financieras del Exterior, no por ello puede afirmarse que con base en ellas se impuso la sanción correspondiente.

Respecto al argumento de que la Administarción aplicó indevbidamente el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, es inaceptable, por cuanto la transgresión a una disposición a la cual están sometidos todos los establecimeintos bancarios como lo es desarrollar sólo aquellas actividades autorizadas por la ley sí existió, y por ello se impuso la multa.

De igual manera que no es cierto que la Superintendencia impuso una multa por "complicidad", porque mal podría aplicar el concepto y sancionar por la violación de dos (2) normas diferentes.

En lo referente a la aplicación indebida del artículo 163 de la Constitución y 35 del C.C.A., adujo que los fundamentos de derecho invocados por la Superintendencia corresponden a la realidad jurídica, que el hecho de mencionar otras disposiciones para ampliar su motivación no significa que sustentó su posición en normas que no le eran aplicables a la actora.

Por último, en lo concerniente a la falta de autenticidad de las pruebas alegada por la demandante, aclaró que si bien es cierto lo anterior, también lo es que la Superintendencia Bancaria llegó al pleno convencimiento de la existencia de la conducta sancionable a través de documentos expedidos por el banco, y al dicho de los mismos funcionarios de aquél que reconocieron que se cometió la infracción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca despachó favorablemente las súplicas del libelo, al considerar que:

Sobre la aplicación indebida de los artículos 5o. de la resolución 4698 y el 5o. de la número 2988 de 1980 expedidas por la Superintendencia Bancaria, consideró que le asiste razón al demandante cuando afirma que las normas citadas sólo pueden ser violadas por oficinas de representación de Entidades Financieras del Exterior, pero no por un establecimiento bancario colombiano como lo es el Banco Colombo Americano, entidad constituída y autorizada para realizar operaciones bancarias en Colombia; por

tanto, la Superintendencia incurrió en error de derecho al imponer una sanción con fundamentos que no eran aplicables al actor.

Consideró, de otra parte, que el numeral 4 del artículo 5o. de la resolución 2988 señala que las oficinas de representación no podrán realizar directa o indirectamente una operación propia de los bancos y demás entidades financieras, lo cual sí puede realizar el Banco Colombo Americano, imponiéndose la nulidad de los actos acusados.

Destacó, por último, que la resolución sancionatoria menciona el artículo 85 de la Ley 45 de 1923, en armonía con las resoluciones que se consideran violadas, pero dicha disposición no fue indicada en ninguna de las solicitudes de explicación para que el banco la controvirtiera, motivo por el cual no es válido alegar su aplicabilidad al caso *sub-exámine*.

EL RECURSO DE APELACION

Tanto el apoderado de la Superintendencia Bancaria como de la parte actora interpusieron recurso de apelación, el primero solicita se revoque la providencia recurrida al considerar que en el caso *sub-júdice* el Banco Colombo-Americano obró como si se tratara de una oficina de representación de Entidades Financieras del Exterior, desnaturalizando con ello su régimen legal, el cual de ninguna manera le permite realizar este tipo de actos, y por ello no existe aplicación indebida del régimen propio de éstas. El segundo solicita revocar el numeral 2 de la providencia apelada y determinar la corrección monetaria de la suma que se ordena restituir a su representada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte actora, al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, sobre la obligación a cargo de la Nación de aplicar la corrección monetaria a las sumas que se restituyan al demandado.

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada insiste en que su representada sustentó en debida forma la imposición de la sanción al Banco Colombo Americano, ya que transgredidas las resoluciones Nos. 2988 y 4698 de 1980, al ejercer *de facto* la representación de una institución financiera extranjera siendo su matriz y promover un concurso de captación de recursos en moneda extranjera, realizó operaciones no autorizadas legalmente a los establecimientos bancarios colombianos.

Frente a la afirmación del *a-quo* en relación con la falta de oportunidad del banco para controvertir la violación del artículo 85 de la Ley 45 de 1923, señala que en la demanda la actora no impetró como causal de nulidad de los actos acusados tal argumento; por ello, la sentencia, al referirse a este aspecto, constituye un fallo *extrapetita*, inaceptable en materia contenciosa administrativa, por la naturaleza rogada en esta jurisdicción.

EL MINISTERIO PUBLICO

En esta oportunidad procesal no hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria está referida a la decisión favorable del Tribunal, respecto al cargo de violación formulado en la demanda "por aplicación indebida del artículo 5o. de la resolución 4698 de 1980 y del artículo 5o. de la resolución 2988 de 1980, expedidas por la Superintendencia Bancaria"; puesto que a su juicio no existe aplicación indebida de estas normas por cuanto el Banco Colombo-Americano (matriz colombiana) obró como si se tratara de una oficina de representación de entidades financieras del exterior, desnaturalizando con ello su régimen legal, que prohíbe realizar esta clase de operaciones.

Por medio de la resolución 2980 de 1980, el Superintendente Bancario reglamentó la inspección y vigilancia sobre las oficinas de representación de Organismos Financieros del Exterior, en virtud del cual, en su artículo 5o. estableció las condiciones a las que debían someterse, así:

1. "No podrán realizar en Colombia, directa ni indirectamente, operaciones de intermediación financiera en moneda nacional o extranjera".

2. "No podrán solicitar ni obtener en el país recursos para ser colocados en él por sí o por la entidad representada cuando ello no se encuentre autorizado por el Régimen de Cambios Internacionales".

3. "No podrán obligarse directa ni indirectamente en las operaciones que promuevan".

4. "No podrán realizar ninguna operación propia de los bancos y demás entidades financieras".

5. "Podrán realizar o tramitar gestiones de cobranza por cuenta de la entidad extranjera, siempre que se encuentren expresamente autorizados para ello por la respectiva entidad".

Por su parte, la resolución número 4698 de 1980, en sus artículos 5o. y 6o,. precisó que: "la actividad en Colombia de las representaciones de organismos extranjeros del exterior **consistirá en promover y ofrecer los negocios y servicios** que constituyen el objeto social de la entidad representada y **siempre y cuando se encuentren autorizados por las leyes colombianas**".

"La representación que deberán tener en Colombia las entidades subsidiarias en el exterior de las entidades financieras colombianas no podrá ser

ejercida en el país por su casa matriz, pero sí por su representante legal, uno de sus directivos u otra persona designada para tal efecto". (Subraya la Sala).

Si bien es cierto que las resoluciones en referencia, como se observa, reglamentan la inspección y vigilancia de las Oficinas de Representación de Organismos Financieros del Exterior, no por ello puede afirmarse, como incorrectamente lo ha sostenido la actora del *libelo* demandatorio y lo acogió el Tribunal, que dichas disposiciones no sean aplicables al *sub-lite*, cuando es un hecho probado en el proceso que el banco actor realizó operaciones propias de una Oficina de Representación de Entidades Financieras del Exterior, incurriendo en transgresión del artículo 6o. de la resolución 4698 de 1980 antes transcrito, que prohíbe a las casas matrices colombianas (calidad que tiene el banco actor) ejercer la representación de sus filiales o subsidiarias en el exterior, máxime cuando los negocios promovidos en representación de su filial Banco Colombo Americano (Panamá), como aconteció en el presente caso, eran de aquellos proscritos inclusive para las Oficinas de Representación de Entidades Financieras del Exterior, es decir, con violación del artículo 5o. de la resolución 2988 de 1980.

En efecto, se halla plenamente probado en el proceso tanto por la documentación remitida por el propio banco actor como por el resultado obtenido a la visita especial efectuada por la Superintendencia Bancaria plasmada en informe de visita No.582 de noviembre 7 de 1986 que la sociedad actora efectuaba *de facto* operaciones propias de una Oficina de Representación de Entidades Financieras del Exterior, al promover concurso de captación de recursos en moneda extranjera, captación de cheques en dólares a través de sus agencias en la Calle 70, Calle 100 y Zona Industrial de Bogotá y sus sucursales de Barranquilla, Medellín, Cali y Pereira para colocarlos en CDT's en el Banco Colombo Americano de Panamá (filial), cuyas operaciones aparecen discriminadas tanto en el acta de visita como en las resoluciones proferidas por la Superintendencia Bancaria.

De igual modo, es relevante la aceptación tácita de los hechos, derivados de las diversas comunicaciones remitidas por la entidad cuyos apartes importantes relieva la resolución No. 1290 de 11 de abril de 1990, que resolvió el recurso de reposición, en el sentido de que "... cuando se tuvo conocimiento de estas operaciones se tomaron las medidas correctivas que fueron necesarias" (...) "... en algunos casos, algún cliente nos confió enviarle a nuestra filial algún documento de especial cuidado..." (...) "... la administración del banco tomó las medidas pertinentes de corrección de las infracciones reportadas una vez las conoció por el Departamento de Auditoría y después hizo verificar por el mismo departamento que las infracciones ya no estuvieran ocurriendo". (...) "y del concepto jurídico emitido por el Secretario General del Banco Colombo Americano, quien señaló que "considero que tal procedimiento viola el Estatuto Cambiario y las disposiciones que reglamentan el funcionamiento de las Oficinas Representativas de Organismos Financieros del Exterior con permiso para operar en Colombia".

Por tanto, para la Sala es incontrovertible que la sociedad actora transgredió las normas que reglamentan el funcionamiento, inspección y vigilancia de las Oficinas de Representación de Entidades Financieras del Exterior, por dos aspectos: uno, por infracción al artículo 6o. de la resolución No. 4698 de 1980, puesto que como casa matriz no podía actuar como representante de su filial, el Banco Colombo Americano de Panamá, y dos, al promover la captación de recursos en moneda extranjera (cheques en dólares), actividades prohibidas incluso a las oficinas de representación debidamente autorizadas.

Así las cosas, al fundamentar la Superintendencia Bancaria la actuación acusada en las disposiciones en referencia no incurrió en indebida aplicación, como lo acusa el demandante, sino que, por el contrario, actuó conforme con ellas y a lo del ámbito de las actividades autorizadas a los establecimientos bancarios, disposición que igualmente se invoca como fundamento de la resolución sancionatoria.

En este sentido la Sala se pronunció en un proceso similar, expediente No. 5217. Actor: Banco de Caldas, sentencia del 7 de octubre de 1994.

En consecuencia, la inconformidad del apelante apoderado de la Superintendencia Bancaria está llamada a prosperar, por lo que se procede a revocar la sentencia del Tribunal y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

Por sustracción de materia, la inconformidad que ha formulado el apoderado de la actora con relación a la corrección monetaria de la suma que se ordena restituir a su representada, exonera a la Sala de su conocimiento, habida cuenta que no tendría ningún efecto, al quedar confirmada la sanción discutida.

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. Revócase la sentencia apelada.

2. 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.

REINTEGRO DE DIVISAS-Ampliación del plazo/**INCOMEX**

"Consta en el proceso y así lo admite la demandante que, por solicitud suya, radicada el 17 de diciembre de 1986, INCOMEX accedió a ampliar el plazo del reintegro que vencía el 22 de los citados mes y año al 24 de marzo de 1987 (cfr. modificación del registro de exportación, a fls. 140 C.P.). No obstante la nueva solicitud de modificación del registro de exportación, esta vez referida a la reducción del importe original de éste, se presentó, como también aparece acreditado y lo reconoce la demandante, sólo el 27 de marzo de 1987, esto es, excedido el plazo de que disponía ésta para tal fin, de conformidad con las previsiones del artículo 7o. de la Resolución 24 de 1986 de la Junta Monetaria, por lo que, en estricto derecho, no procedía acceder a la modificación impetrada, como lo hizo el INCOMEX en la resolución que decidió el recurso gubernativo. Por lo mismo, la pretensión en el sentido de que se reconociera el importe "definitivo" del contrato de reparación e inspección por suma inferior a la ya aprobada por INCOMEX, en cuanto implicaba la formulación de otra solictud de modificación del *quantum* del registro de exportación, manifiestamente extemporánea, no merecía ser atendida".

REINTEGRO DE DIVISAS-Concepto/**PAGO DE DIVISAS/EXPORTADOR**-Obligaciones

"Donde el artículo 1o. de la resolución 74 de 1984 de la Junta Monetaria dice que por reintegros de divisas se deben entender las ventas de

moneda extranjera que hagan los exportadores al Banco de la República "originadas en el pago de bienes efectivamente exportados desde Colombia", no se le puede hacer decir, según lo pretende la demandante, que el "pago" que ahí se menciona sea el que le hagan los terceros al exportador, que es cuestión incidental que nada tiene que ver con la obligación de reintegro a cargo de éste; del sentido natural y obvio de la citada norma jurídica se desprende que tal "pago" es el que debió haber realizado dicho exportador para la introducción al país de las materias primas e insumos del producto reexportable".

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

Referencia: Radicación No. 5760. Apelación sentencia de 27 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en juicio de restablecimiento fiscal referente a derechos consulares y aduaneros. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S.A. Avianca. Fallo.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Decide la Sala el recurso de apelación que, mediante apoderado, interpone Aerovías Nacionales de Colombia S.A., Avianca, la actora, en relación con la sentencia de primer grado del 27 de mayo de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de restablecimiento fiscal referente a derechos consulares y aduaneros, promovido contra las resoluciones No.01584 de 14 de mayo de 1987 y 04966 de 16 de septiembre de 1991, expedidas por el Subdirector de Operaciones del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Incomex.

ANTECEDENTES

La resolución 01584 del 14 de mayo de 1987, expedida por el Subdirector de Operaciones del Incomex, se declaró incumplida la obligación de reintegro, según registro de exportación No.1358, aprobado el 20 de junio de 1986, por US$931.667.54, con reintegro acreditado por US$225.000 y saldo por reintegrar de US$706.667.54 y se ordenó hacer efectiva la garantía por $8.591.838.05, sin perjuicio de la obligación de reintegrar el saldo pendiente y de las sanciones por violación de normas cambiarias.

Mediante la resolución 04966 del 16 de septiembre de 1991 se modificó la anterior decisión y se tuvieron acreditados el "valor final del registro de importación" (sic), en US$575.328 y el importe de los reintegros de divisas en US$225.000 ("dentro del término"), US$262.746 ("extemporáneo") y US$66.362 ("extemporáneo"), faltando un

"saldo por reintegrar" de US$21.220 y reduciéndose la sanción a $5.305.674.81 (equivalente al 5% del valor final del registro, en pesos).

LA DEMANDA

Se ordenan y sintetizan así los "hechos":

Con base en el sistema especial de importación-exportación previsto en el artículo 172 del Decreto 444 de 1967, Avianca suscribió con Fast Air Carrier S.A., Compañía Chilena, el 22 de abril de 1986 el "contrato de servicios I, OP1 + C", para reparación e inspección de un avión de su propiedad por US$931.667.54, que se ejecutaría en las instalaciones de Avianca, en Colombia, habiendo solicitado ésta a Incomex autorización de exportación de la aeronave, que se formalizó mediante registro de exportación No.1358, manifiesto No.1537, aprobado el 20 de junio de 1986, anexándose el "cuadro insumo-producto No. 1" de 18 de los mismos mes y año, aprobado por la División de Contratos y Exportaciones del mismo instituto, relativo a las materias primas e insumos por importar para la reparación e inspección convenidas "por US$1.750.000 y por US$931.667.54 de agregado nacional", consignándose como "valor unitario" (sic) del avión la cantidad de US$2.756.592.99.

El 17 de diciembre de 1986 se solicitó a Incomex ampliar el plazo del reintegro (de US$931.667.54), lo que se aprobó el 30 de los citados mes y año, considerándose que aún no se había pagado la reparación e inspección y que "los documentos de reexportación los tiene en su poder la División de Control de Incomex".

El 27 de marzo de 1987, por cuanto las materias primas e insumos aprobados resultaron insuficientes en cantidades y valores, Avianca solicitó a la mencionada División de Contratos modificación del cuadro insumo-producto, en lo que hacía al valor comercial del avión y del "agregado nacional", reduciéndose éstos, respectivamente, a US$2.400.253.45 y US$575.328, conforme al "cuadro de insumo-producto No. 2", aprobado el 11 de mayo de 1987.

El 18 de mayo de 1987, se pidió a la misma División de Contratos prórroga y modificación del registro de exportación "según formulario No. A-081593, adjuntándolo con el certificado de paz y salvo del reintegro No. WB-1363219 de 27-11-87, válido hasta el 30-VI-87 (...), pero la Subdirección de Exportaciones aún no había autorizado la reducción de menor valor (sic) y la de operaciones, el 14 de mayo de 1987 ya había proferido la resolución No.01584 declarando incumplida la obligación de reintegro de US$931.667.54, con saldo insoluto de US$706.556.54" (sic); y pese a que la resolución del recurso (No.04966, septiembre 16/91) reconoció el menor valor del registro de exportación (US$575.328) dijo que éste se debía haber reintegrado el 24 de marzo de 1987 "supuesto ilógico, pues a posteriore (sic) impone obligación cronológicamente incumplida, relevando (sic) la falsa motivación del acto administrativo (...) Cómo

podía, el 24 de marzo de 1987, Avianca reintegrar la suma de US$575.328 si tan sólo el 24 de septiembre de 1987 el Incomex reconoce la aprobación de reducción del valor agregado? ¿Cómo puede el Instituto, en sentido común y lógico, declarar el incumplimiento de una obligación con base en su desidia y su culpa?

Por circunstancias ajenas a Avianca, la propietaria del avión incumplió el "pago de las divisas provenientes de la exportación", el cual Avianca asumió en marzo de 1987 (US$225.000), agosto de 1988 (US$262.746) y julio de 1991 (US$66.362) y reintegró, por valores iguales, el 24 de marzo de 1987, el 9 de agosto de 1988 y el 12 de julio de 1991, respectivamente, de acuerdo con certificaciones del Departamento Internacional del Banco de la República.

La demanda indica violados los artículos 63, 1604, 1609, 1625, 1626, 1627 y 1729 del Código Civil; 1o. de la Ley 95 de 1890; 172 y siguientes del Decreto 444 de 1967; 2, 3, 83, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo y 8 de la Ley 153 de 1887; también las resoluciones 25 de 1977, 74 de 1984 y 24 de 1986 de la Junta Monetaria.

Explica los conceptos de violación "en defecto de base legal, falsa motivación (y) abuso y desviación de poder", alegando "perjuicio inmotivado, por la declaración de incumplimiento de una obligación inexigible, el reintegro de dinero a que no está obligada legalmente (la sociedad) (e) imposición de una sanción carente de fundamento normativo"; y que, al haberse afirmado, en la providencia que decidió el recurso gubernativo, que el reintegro por el valor definitivo del Registro de Exportación (US$575.328) se debía hacer "en su totalidad el 24 de marzo de 1987, según la resolución 24 de la Junta Monetaria, y al no hacerlo ni solicitar la ampliación del plazo, conforme al artículo 7o. de la citada resolución, (Avianca) incumplió su obligación, pues los (reintegrados) efectuados en agosto 9 de 1988 y julio 12 de 1991 son extemporáneos", se habría restado todo valor probatorio "a la certificación juramentada reconocida en su firma y contenido ante Cónsul colombiano, con las formalidades legales, donde el representante legal de la Fast Air Carrier S.A., destinataria de los bienes exportados y obligada a su pago, reconoce el incumplimiento"; se habría desestimado, igualmente, el valor efectivamente recibido por Avianca (US$554.508), porque el "menor valor no recibido, de US$21.220, implica nueva modificación, que Avianca no solicitó oportunamente".

Continúa que "la obligación de reintegro presupone el pago efectivo de los bienes exportados", no pudiendo exigirse el reintegro de divisas, "cuyo pago no había realizado el destinatario de los bienes efectivamente exportados desde Colombia, pues ello patrocinaría la adquisición de divisas por fuera de la ley"; en otros términos, que de conformidad con los artículos 54 del Decreto 444 de 1967 y 1o. de la resolución 74 de 1984, de la Junta Monetaria, que para que fuera exigible el reintegro se requeriría que el exportador recibiera divisas que ingresaran a su patrimonio ("Arts. 1626 y1627, Código Civil, aplicables por disposición del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887"), pues

nadie estaría obligado a lo imposible (*imposibilia (sic) nemo tenetur, imposibilum (sic) nulla obligatio est*).

Finalmente, transcribe la "certificación" transcrita por el representante legal de Fast Air Carrier, S.A., que dice "constitutiva de plena prueba", enfatizando en las fechas y cuantía de los pagos que, por cuenta del contrato, realizó ésta, en el importe final de tal contrato, y especialmente en que "el incumplimiento de la Fast Air Carrier, S.A., en el pago de las divisas de los bienes exportados no puede imputarse a culpa de Avianca", pues, "el incumplimiento de la obligación se predica del deudor, nunca del acreedor, quien espera la espontaneidad del obligado a la prestación y, en caso de rebeldía o renuencia, podrá exigirlo (sic) coactivamente..."

LA SENTENCIA

Encuentra, en primer lugar, que la demandante no acató lo dispuesto por el artículo 1o. de la Resolución 74 de 1984 de la Junta Monetaria, que preveía, en caso de imposibilidad para hacer oportunamente el reintegro de divisas, que se diera a conocer tal circunstancia y se solicitara, antes de vencer el término previsto, uno nuevo hasta por un lapso igual.

En segundo lugar, que la misma pretende excusar su incumplimiento en el hecho de que la modificación del registro de exportación se hubiera aprobado sólo el 11 de mayo de 1987, vencido el término en cuestión, cuando la petición para tal modificación se había presentado igualmente vencido éste.

Por otra parte, rechaza el "segundo cargo", que aludiría a la falta de competencia de la Administración para sancionar, por vencimiento de los tres años para ello, contemplados por el artículo 38 del C.C.A., pues declarar el incumplimiento de una obligación respaldada por una garantía no implicaría imponer sanción ni haría aplicable el artículo 38 en mención; añade que, en cambio, el artículo 1081 del Código de Comercio señala en dos años, desde la ocurrencia del siniestro, el lapso para que "se pueda declarar el incumplimiento de la obligación garantizada", pero que como tal norma no se dijo violada, no procedería examinar si fue desconocida por la Administración o no.

EL RECURSO

Se refiere, en primer lugar, a la "naturaleza sancionatoria de los actos administrativos e imposición de una multa inexigible, contraria a derecho y de la carencia de competencia" respecto de lo cual, sostiene que lo expresado por el Tribunal, en el sentido de que la resolución del recurso "no sanciona ni multa", "contradice el orden jurídico y la realidad actuante en el proceso", por lo que "transcurrido el término de 3 años desde la ocurrencia de los hechos, es indiscutible la incompetencia *ratione temporis*".

En relación con la "falsa motivación de los actos administrativos" dice que, no obstante lo afirmado en la sentencia, de no haberse pedido ampliación del término de reintegro antes de vencerse éste, ni justificado la imposibilidad para ello, el Tribunal olvidó la petición de Avianca de 27 de marzo de 1987 a Incomex, "antes de vencerse el plazo para el reintegro de la suma inicial de US$931.667.54 y su reducción a US$575.328"; "la aprobación, el 11 de mayo de 1987, al cuadro de insumo de productos (sic) No.2 (...) y la reducción de (sic) valor a (sic) integrar a US$575.328"; "la expedición, el 14 de mayo de 1987, por el Incomex, de la Resolución 01584 declarando incumplida la obligación de reintegrar US$931.667.54, cuando el 11 de mayo de 1987 aceptó el reintegro de US$575.328"; "la notificación irregular de esta resolución admitida por el Incomex y su conocimiento por Avianca el día de la interposición del recurso en vía gubernativa, cicunstancia admitida por la resolución 04966 de 16 de septiembre de 1991"; "la no percepción efectiva, incluso de la suma última, por Avianca en las fechas de reintegro, el recibo de un menor valor, su reintegro efectivo y la ilegal obligación de reintegrar US$21.220 no recibidos".

La actuación, pues, sería nula, por no corresponder su motivación ni a los hechos ni a las normas.

En su alegato de conclusión, la demandante reproduce argumentos fundamentales de la demanda y el recurso.

LA SALA CONSIDERA

1. En ninguna parte de la demanda se explica, como concepto específico de violación, la incompetencia *ratione temporis* del Incomex para aplicar presuntas sanciones, ni menos se indica como violado, entre los numerosos preceptos invocados, el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo; lo que al respecto se expresa en la sentencia no tiene apoyo fáctico y no puede servir para "adecuar" la demanda; pero si esto fuera viable, la Sala considera acertadas las razones del rechazo del presunto "cargo", toda vez que no es lo mismo "imponer" una sanción, que es a lo que estrictamente se contrae el artículo 38 citado, que ordenar hacer efectiva una garantía personal que, en su momento, libremente quiso constituir el propio afianzado.

En efecto, de que la resolución del recurso gubernativo utilice una terminología equívoca que, por lo acreditado en el proceso, no coincide con lo realmente dispuesto por la resolución recurrida ("ordenar hacer efectiva la garantía"), evidentemente no desvirtúa ni varía la naturaleza de tal disposición.

2. No es cierto que, en el caso, el Incomex, hubiera actuado con "desidia y culpa".

En efecto, consta en el proceso, y así lo admite la demandante, que por solicitud suya, radicada el 17 de diciembre de 1986, Incomex accedió a ampliar el plazo del

reintegro, que vencía el 22 de los citados mes y año, al 24 de marzo de 1987 (cfr. modificación del registro de exportación, a fs. 140, c.p.).

No obstante la nueva solicitud de modificación del registro de exportación, esta vez referida a la reducción del importe original de éste, se presentó, como también aparece acreditado y lo reconoce la demandante, sólo el 27 de marzo de 1987, esto es, excedido el plazo de que disponía ésta para tal fin, de conformidad con las previsiones del artículo 7o. de la resolución 24 de 1986 de la Junta Monetaria, por lo que, en estricto derecho, no procedía acceder a la modificación impetrada, como lo hizo el Incomex en la resolución que decidió el recurso gubernativo.

Por lo mismo, la pretensión en el sentido de que se reconociera el importe definitivo del contrato de reparación e inspección, por suma inferior a la ya aprobada por Incomex, en cuanto implicaba la formulación de otra solicitud de modificación del *quantum* del registro de exportación, manifiestamente extemporánea, no merecía ser atendida.

3. En relación con el planteamiento según el cual el reintegro normal de divisas se habría visto afectado por el incumplimiento en el pago de los servicios contratados por un tercero, la actora esgrime una supuesta fuerza mayor, que bien hubiera podido invocar oportunamente ante el Incomex, con el fin de que se tuviera en cuenta para una ampliación del término previsto para el reintegro, pero no lo hizo así, y no le es posible ahora justificar su incumplimiento alegando el hecho de un tercero.

4. Donde el artículo 1o. de la resolución 74 de 1984 de la Junta Monetaria dice que por reintegros de divisas se deben entender las ventas de moneda extranjera que hagan los exportadores al Banco de la República "originadas en el **pago** de bienes efectivamente exportados desde Colombia"; no se le puede hacer decir, según lo pretende la demandante, que el "pago" que ahí se menciona sea el que le hagan los terceros al exportador, que es cuestión incidental que nada tiene que ver con la obligación de reintegro a cargo de éste; del sentido natural y obvio de la citada norma jurídica se desprende que tal "pago" es el que debió haber realizado dicho exportador para la introducción al país de las materias primas e insumos del producto reexportable.

En conclusión, no habiéndose desvirtuado los presupuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar a declarar incumplida la obligación de reintegro y a ordenar hacer efectiva la garantía personal, el fallo de primer grado se debe mantener en todas sus partes.

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, 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 Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CONCEPTO ADMINISTRATIVO/INSTRUCCION GUBERNATIVA-Alcance/**SANCION POR INFORMACION EXTEMPORANEA DE ENTIDAD FINANCIERA**

"La atribución conferida por algunos estatutos orgánicos (como el invocado Decreto 1643 de 1991 y hoy Decreto 2117 de 1992 parágrafo artículo 57) para que algunas dependencias oficiales en aras de la unidad doctrinaria emitan conceptos sobre interpretación de las normas que deben aplicar los subalternos, tiene el carácter de instrucción atendible por los funcionarios a nivel gubernativo. Mal puede entenderse que el Tribunal haya debido aplicar una opinión del Comité de Coordinación de la Dirección de Impuestos Nacionales respecto de la interpretación del artículo 676 del Estatuto Tributario, pues tal pretensión desconoce la facultad que tiene el Juez, al dirimir una controversia, de interpretar para aplicar la ley, en un caso concreto en forma autónoma y, en caso de ser necesario, con el auxilio de los criterios que le indiquen la equidad, la jurisprudencia, los principios generales y la doctrina (artículos 229 y 239, Constitución Política)".

SANCION POR INFORMACION EXTEMPORANEA DE ENTIDAD FINANCIERA-Cuantificación/**INFORMACION EN MEDIOS MAGNETICOS**

"El contexto literal del artículo 676 del E.T. indica que los términos que tienen las entidades autorizadas para recaudar impuestos para entregar a las Administraciones de Impuestos los documentos recibidos y la

información en medios magnéticos son los fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Que el incumplimiento oportuno de tal obligación hace al moroso acreedor a una sanción pecuniaria hasta de veinte mil pesos ($20.000, valor año base 1987) por cada día de retraso. No condiciona ni señala la ley que para efectos de cuantificar la sanción debe tenerse en cuenta el número de los documentos a entregar o el número de paquetes, y menos que la sanción se liquide independientemente por cada documento o paquete. Entonces, si la norma sustancial no hace este tipo de distinciones, no puede compartirse la intepretación que dio la Administración para incluir otros factores, con el objeto de hacer más gravosa la situación del infractor, al considerar que la cuantificación de la sanción, en la forma ordenada por la ley, resulta irrisoria, y que haría prácticamente nulatoria la acción sancionatoria en casos como el que se debate. No podía la Administración, al desarrollar una labor eminentemente administrativa, como es la de señalar unos plazos para efectos del control de recaudo a través de bancos, variar la base de su cuantificación fijada previamente en la ley, que no es otro que el término de entrega de los documentos recibidos".

SANCION POR INFORMACION EXTEMPORANEA DE ENTIDAD FINANCIERA-Cuantificación/**PRINCIPIO DE LA *REFORMATIO IN PEJUS***

"Para efectos de liquidar la sanción del artículo 676, la base para calcularla y determinar el número de días de retraso es exclusivamente el término de días de mora o extemporaneidad, contado a partir del día siguiente al del plazo otorgado para entregar la información. Pero no sucede lo mismo con la determinación de la sanción hecha por *el a-quo*, porque en ella, sin que exista fundamento legal, divide el número de días de extemporaneidad por 360. Procedimiento que con razón fue cuestionado por la Administración ante la ausencia de norma que así lo autorice y que, inclusive, no guarda armonía con las consideraciones de la misma sentencia. Por lo tanto, en esta parte el fallo debe ser revocado para liquidar nuevamente la sanción. En virtud del principio de la *reformatio in pejus* no es factible a la Corporación entrar a hacer una nueva cuantificación de los días de extemporaneidad, pero sí tendrá en cuenta para no hacer más gravosa la situación del demandante, el factor de gradualidad de 0.018495467 aplicado por la Administración de Impuestos en la Resolución 0074 del 27 de agosto de 1992 al determinar la sanción, factor que no fue motivo de discusión en el proceso".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5679. Actor: Banco del Comercio. Sanción por información extemporánea, año 1990. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 18 de abril de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el Banco del Comercio contra el acto administrativo mediante el cual la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales le impuso sanción por información extemporánea del recaudo de impuestos nacionales durante el período comprendido entre el 10 de enero a diciembre 31 de 1990.

ANTECEDENTES

1. La Subdirección de Recaudación de la Dirección de Impuestos Nacionales, invocando el uso de las facultades legales conferidas en los artículos 678 y 882, literal c) del Estatuto Tributario, expidió y corrió traslado del pliego de cargos No. 026 de fecha 10 de diciembre de 1991 al Banco del Comercio, por incumplimiento en el término fijado para la entrega de la información en medios magnéticos, correspondiente al período enero 10 a diciembre 31 de 1990.

2. El día 27 de diciembre de 1991, dentro de la oportunidad legal, el Banco del Comerio presentó respuesta al pliego de cargos en mención alegando que la Administración, para efectos de formular los cargos, no tuvo en cuenta si se trataba de cintas normales o cintas adicionales, como tampoco los cambios y ajustes que debió hacer en su mecánica operativa para capturar la información con fundamento en el original de las declaraciones y recibos de pago, que requería el envío de tales documentos a la oficina central del Banco de Bogotá. Y que interpretó la expresión "hasta de" contenida en el artículo 676 del Estatuto Tributario de manera incorrecta, pues la misma tiene por objeto que, en el caso de ser procedente la sanción, se gradúe su monto sin que en ningún caso pueda superar el máximo previsto en ley.

A este efecto señala que durante el año de 1990 el banco recepcionó 175.957 documentos frente a un total de 3.254.407 de todo el sistema bancario, lo que representa una proporción del 5.4%, y que en el pliego de cargos se predica extemporaneidad de 14.286, lo que significa una participación en el conjunto del sistema del 0.44%, porcentaje que debía considerarse para efectos de la cuantificación del incumplimiento.

La base monetaria de $42.000 para la liquidación de la sanción a la que alude el artículo 676 del Estatuto Tributario era incorrecta, en razón de que para la fecha de comisión de la irregularidad la cifra vigente era de $32.000, y para los pocos días de 1989 era de $26.000.

Además, la sanción estaba parcialmente prescrita y no era correcta la cuantificación de los días de extemporaneidad con base en el número de paquetes conformados por cada día de recepción o recaudo, porque el artículo 676 no señalaba tal procedimiento.

Para la norma, lo objetivo y cierto es que respecto de cada día de recepción existe un plazo de entrega, sin considerar que la misma se cumpla descentralizadamente, porque siendo el banco uno solo, por el máximo de días de retraso en cualquiera de sus oficinas centralizadas deberá juzgarse el total de días de extemporaneidad predicables respecto de ese día de recepción. Aunque resulte conveniente para el fisco el cómputo de la extemporaneidad en función de los días de atraso con cada paquete, no puede hacer tal cálculo mientras no medie una reforma a la disposición legal.

3. El día 28 de enero de 1992 la Subdirección de Recaudo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales profirió la resolución No. 072, imponiendo sanción al banco por extemporaneidad en la presentación de la información, en cuantía de doce millones setecientos setenta y ocho mil pesos ($12.778.000).

Contra tal resolución, el 18 de febrero de 1992 el apoderado especial de la sociedad interpuso recurso de reposición ante el Subdirector de Recaudación, reiterando los argumentos expuestos al rendir los descargos y las razones que sustentan la improcedencia de la cuantificación de la sanción, como de la base adoptada para el efecto.

El recurso fue resuelto mediante la resolución No. 00074 del 17 de agosto de 1992, que modificó parcialmente la resolución recurrida en el sentido de reducir la sanción allí impuesta a la suma de once millones doscientos cincuenta y cinco mil pesos ($11.255.000), pues tenía razón el contribuyente en cuanto a la prescripción de la sanción por los paquetes entregados desde el 29 de enero de 1990 hacia atrás y, por lo tanto, los días a sancionar eran 20.285 y no 23.029.

LA DEMANDA

El banco, por medio de su apoderado especial, acudió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con el objeto de que se decrete la nulidad de la actuación, por haber transgredido la Administración el ordenamiento jurídico contenido en los artículos 676 del Estatuto Tributario y 1o. del Decreto 3100 de 1990 por falta de aplicación, por aplicación indebida y errónea interpretación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas al considerar:

a) El texto del artículo 676 del Estatuto Tributario está redactado de tal manera que el monto de la sanción se calcula por días de retraso sin tener en cuenta el número de documentos, y siendo una norma sancionatoria es de interpretación restringida.

b) Si bien la infracción cometida debe sancionarse con fundamento en las normas vigentes al tiempo de su ocurrencia y no con las vigentes al momento de su imposición material, pues ello generaría aplicación retroactiva de la ley, observaba que la Administración, al determinar la sanción en la resolución 00074 de 27 de agosto de 1992, reconoció que imponer la sanción con la cuantía vigente en ese momento contravenía la ley y aplicó, en consecuencia, la vigente a la comisión del hecho infractor, como se evidenciaba en las respectivas operaciones matemáticas.

LA APELACION

El apoderado judicial de la demandada apeló el fallo de primera instancia, porque, contrariamente a lo expresado por el Tribunal, la tasación de la sanción, atendiendo a los días de extemporaneidad con base en el número de paquetes, se deriva no sólo de la interpretación armónica del artículo 676 del Estatuto Tributario con el Capítulo III de la resolución 154 del 18 de enero de 1988 artículos 31, 33 y 36 (sustituído por el artículo 5o. de la resolución 01764 de 1988), sino que corresponde a la interpretación dada por el Comité de Coordinación de la Dirección de Impuestos, órgano de consultoría máximo de la entidad, que determinó que para la tasación de la sanción por extemporaneidad debía tenerse la unidad de trabajo, es decir, por días de cada paquete de documentos, y así se manifestó en la resolución demandada.

En este orden de ideas, y en razón de la íntima correspondencia que a su juicio existe entre el artículo 676 del Estatuto Tributario y la resolución 00154 del 18 de enero de 1988, encuentra consecuente que su aplicación sea conjunta, a fin de obtener el resultado pretendido con estas disposiciones, porque si la aplicación de esta normatividad se estudia por separado o una sin la otra, se generan precisamente los efectos del presente fallo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora

Al alegar de conclusión, luego de reiterar los argumentos expuestos a lo largo del debate, expresa que como lo precisó el *a-quo* el artículo 676 del Estatuto Tributario, es de naturaleza sancionatoria y, por ende, su interpretación es de carácter restringido.

Situación que conduce a que resulten improcedentes e ilegales todas aquellas interpretaciones planteadas por las autoridades tributarias en torno al cálculo de la extemporaneidad y los diversos criterios que pueden adoptarse para realizarlo, pues el criterio para efectuar dicho cálculo es uno solo y corresponde al previsto en la norma tributaria, sin que pueda afirmarse válidamente la procedencia de otro esquema que tenga la finalidad de hacer más gravosa la sanción, como lo ha expresado la Administración.

Alega que la pretensión de la Administración de que la sanción se imponga por cada paquete desborda el ordenamiento jurídico, y si bien es cierto que las normas deben analizarse en su conjunto, no puede perderse de vista que el artículo 676 del Estatuto Tributario y la resolución 00154 de 1988 regulan materias claramente diferenciadas, la primera es de carácter penal sancionatorio, y la segunda de índole meramente administrativa.

Con relación a la sanción, expresa que aunque la Administración de Impuestos en las decisiones adoptadas en la vía gubernativa reconoció que la base monetaria para fijar la multa correspondía a la del año en la cual se configuró la extemporaneidad, tal reconocimiento no trascendió al plano real, pues si se admitió que la base era de $32.000 y no de $42.000, la sanción necesariamente debía reducirse, hecho que no sucedió porque la Administración aprovechó la circunstancia de que la multa fijada inicialmente resultaba inferior a ese valor, y por lo tanto la mantuvo intacta.

La demandada

Al alegar de conclusión insiste en la correcta interpretación por parte de la Administración del artículo 676 del Estatuto Tributario y que no le asiste razón al Tribunal en la interpretación hecha en la sentencia, porque desconoce lo establecido en la Resolución 00154 de enero de 1988 del Ministerio de Hacienda, que determinó que las entidades bancarias debían conformar paquetes independientes, con un máximo de 500 formularios cada uno, correspondientes a la recaudación o recaudo de un mismo día y que dichos paquetes se debían entregar a las administraciones dentro de los plazos señalados para el efecto, por lo que en la interpretación del artículo 676 del Estatuto Tributario debe reconocerse la íntima relación que existe con la resolución 154 de 1988.

Interpretación que coincide con la respuesta dada por el Comité de Coordinación de la Dirección de Impuestos Nacionales, al absolver la consulta que le formuló la Subdirección de Recaudación respecto de la interpretación del artículo 676 del Estatuto Tributario.

Alega que calcular la sanción como lo considera el Tribunal sería más gravosa e iría en detrimento del banco, toda vez que había que tasarla por documento.

Acusa la liquidación efectuada por el Tribunal de ilegal y violatoria del artículo 676 del Estatuto Tributario, en cuanto introduce como elemento para tasar el factor tiempo (360 días), al cual no se refiere la norma.

Pide se revoque la sentencia y se confirme en su lugar la actuación administrativa.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representada en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, pide se confirme la sentencia, porque el problema radica básicamente en

la intepretación que debe recibir el artículo 676 del Estatuto Tributario, norma que consagra una sanción a cargo de las entidades encargadas de recaudar impuestos, en el caso de no entregar oportunamente a los administradores de impuestos los documentos recibidos o la información registrada en medios magnéticos, sanción que según la norma será de $20.000, valor año base 1987, por cada día de retraso.

Alude a la resolución R-0154 de enero 8 de 1988, cuyo Capítulo III autoriza a los bancos para elaborar paquetes de a 500 con los documentos presentados en un mismo día, de un mismo tipo, junto con sus anexos y relaciones, los que de acuerdo con el artículo 36 *ibídem* deben ser entregados dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la fecha de recepción, para deducir que de acuerdo con el artículo 676 del Estatuto Tributario, a partir del noveno día hábil la entidad bancaria que no haya entregado los mecionados paquetes a la Administración correspondiente se hace acreedora a la sanción diaria de retraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

Si bien el artículo 676 del Estatuto Tributario habla de documentos y la resolución 154 en la parte comentada habla de paquetes de documentos, como una forma de sistematizar la entrega y clasificación de los mismos, su contexto no está modificando (como no podía ser) ni aclarando el sentido de la norma legal. Entonces, para efectos de liquidar la sanción, la base para su cálculo no puede ser ni la cantidad de documentos ni la cantidad de paquetes contentivos de documentos, sino exclusivamente el día de retraso con relación a la fecha de presentación de esos documentos, así sea uno o varios.

Expone que tal planteamiento que ha sido el fundamento de la demanda parece ajustado al texto de la norma y a la finalidad de la misma, que pretende sancionar a la entidad por la falta de cumplimiento oportuno de sus obligaciones, sin que con ello pretenda graduar la sanción al número de documentos que pueda presentarse en un mismo día, y mucho menos indemnizar al fisco por la censurable demora.

Por eso mismo, el que en un momento dado el monto de la sanción no sea significativo con relación al monto de los dineros recibidos por la entidad bancaria no puede ser criterio para desconocer la claridad de la norma que consagró la sanción, dándole alcances que el propio legislador no contempló, ya que éste no la relacionó ni con el número de documentos ni con la cuantía de los dineros consignados al recaudador, pues este tipo de sanción tiene más un sentido aleccionador que indemnizatorio.

De otra parte, la misma resolución 154 prevé una serie de sanciones relacionadas con el incumplimiento por parte de los bancos de otro tipo de obligaciones referentes a su función recaudadora, como el pago de intereses por mora en la entrega de los dineros recaudados, establecida en el artículo 58.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Precisiones previas

La Sala considera conveniente efectuar las siguientes precisiones con relación a algunos planteamientos del señor apoderado de la demanda:

a) De acuerdo con lo señalado en los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, es función del Congreso hacer las leyes, así como interpretarlas, reformarlas y derogarlas.

b) La potestad reglamentaria, conforme lo señala el artículo 189-11 de la misma Carta Política, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, es función que en principio compete solamente al Presidente de la República.

c) La atribución conferida por algunos estatutos orgánicos (como el invocado Decreto 1643 de 1991, hoy Decreto 2117 de 1992 parágrafo artículo 57) para que algunas dependencias oficiales, en aras de la unidad doctrinaria, emitan conceptos sobre interpretación de las normas que deben aplicar los subalternos, tiene el carácter de instrucción atendible por los funcionarios a nivel gubernativo.

d) Mal puede pretenderse que el Tribunal haya debido aplicar una opinión del Comité de Coordinación de la Dirección de Impuestos Nacionales respecto de la interpretación del artículo 676 del Estatuto Tributario, pues tal pretensión desconoce la facultad que tiene el Juez, al dirimir una controversia, de interpretar, para aplicar la ley, en un caso concreto en forma autónoma y, en caso de ser necesario, con el auxilio de los criterios que le indiquen la equidad, la jurisprudencia, los principios generales y la doctrina (artículos 229 y 230 Constitución Política).

2. Aspecto de fondo

Tal como lo precisa la agente del Ministerio Público, en el caso presente la *litis* se centra en la interpretación del artículo 676 del Estatuto Tributario, que hace parte de las disposiciones que establecen sanciones a las entidades autorizadas para recaudar impuestos. La norma dispone:

> "Extemporaneidad en la entrega de la información. Cuando las entidades autorizadas para recaudar impuestos incumplan los términos fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para entregar a las Administraciones de Impuestos los documentos recibidos, así como para entregarle información en medios magnéticos en los lugares señalados para tal fin, incurrirán en una sanción hasta de veinte mil pesos ($20.000), por cada día de retraso)".

El contexto literal de la norma transcrita indica que los términos que tienen las entidades bancarias, autorizadas para recaudar impuestos para entregar a las Administraciones de Impuestos los documentos recibidos y la información en medios magnéticos son los fijados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Que el incumplimiento oportuno de tal obligación hace al moroso acreedor a una sanción pecuniaria hasta de veinte mil pesos ($20.000, valor año base 1987) por cada día de retraso.

No condiciona ni señala la ley que, para efectos de cuantificar la sanción, deba tenerse en cuenta el número de los documentos a entregar o el número de paquetes, y menos que la sanción se liquide independientemente por cada documento o paquete.

Entonces, si la norma sustancial no hace este tipo de distinciones, no puede compartirse la interpretación que dio la Administración para incluir otros factores, con el objeto de hacer más gravosa la situación del infractor, al considerar que la cuantificación de la sanción, en la forma ordenada por la ley, resulta irrisoria, y que haría prácticamente nugatoria la acción sancionatoria en casos como el que se debate. Porque tal criterio de interpretación de la ley para hacerle producir efectos que no tiene, para corregir sus defectos, para hacerla conveniente a la Administración o buscar otra finalidad distinta a la del legislador no está permitida en el ordenamiento jurídico colombiano.

No podía la Administración al desarrollar una labor eminentemente administrativa, como es la de señalar unos plazos para efectos del control de recaudo a través de bancos, variar la base de su cuantificación fijada previamente en la ley que no es otro que el tiempo o término de entrega de los documentos recibidos. La causa de la sanción es la mora en la entrega y la posibilidad de graduación está dada por la expresión "... hasta de veinte mil pesos..."

Adicionalmente observa la Sala que la resolución 00154 del 18 de enero de 1988, con la modificación hecha por la resolución 01764 de abril 29 de 1988 sólo se refiere en el Capítulo III a la entrega de documentos a la Administración de Impuestos Nacionales por parte de los bancos, y para efectos de esta labor, eminentemente de manejo y control de la información de los documentos respectivos, señala cómo deben ordenarse por número y serie tanto originales como copias en paquetes con un número máximo de 500 formularios en cada uno, las oficinas donde deben entregarse tanto paquetes de originales como paquetes de copias, el plazo de ocho (8) días hábiles siguientes a la fecha de la recepción de los dineros para su entrega, el horario, etc., el suministro centralizado de la información sistematizada en Bogotá y la forma de efectuar tal sistematización, pero no establece por qué no podía hacerlo, la forma para liquidar la sanción con base en el número de paquetes o documentos.

Mal hizo, entonces, la Administración al variar los elementos previstos en el artículo 676 del Estatuto Tributario para cuantificar en forma diferente a la ordenada en él la sanción a la demandante.

Encuentra así la Sala acertada la decisión del *a-quo* y el concepto de la señora Procuradora Séptima Delegada, en cuanto consideran, para efectos de liquidar la sanción, que la base para calcularla y determinar el número de días de retraso es exclusivamente el término de días de mora o extemporaneidad contado a partir del día siguiente al del plazo otorgado para entregar la información.

Pero no sucede lo mismo con la determinación de la sanción hecha por el *a-quo*, porque en ella, sin que exista fundamento legal, divide el número de días de extemporaneidad por 360. Procedimiento que con razón fue cuestionado por la Administración ante la ausencia de norma que así lo autorice y que, inclusive, no guarda armonía con las consideraciones de la misma sentencia. Por lo tanto, en esta parte el fallo debe ser revocado para liquidar nuevamente la sanción.

A este efecto observa la Sala que el Tribunal, a pesar de haber aceptado que era equivocada la cuantificación de los 20.285 días de extemporaneidad, determinados por la Administración atendiendo al número de paquetes por cada día de recaudo, tomó para efectos de la liquidación de la sanción en el fallo el mismo número de días, 20.285, determinado por la Administración, cuando éste debiera ser menor; sin embargo, tal cuantificación no fue objeto de apelación por ninguna de las partes, ya que la actora no apeló y la demandada, por ser el número igual al determinado en la actuación administrativa, tampoco dijo nada en relación a tal cuantificación. En consecuencia, en virtud del principio de la *reformatio in pejus*, no es factible a la Corporación entrar a hacer una nueva cuantificación de los días de extemporaneidad, pero sí tendrá en cuenta, para no hacer más gravosa la situación del demandante, el factor de gradualidad de 0,018495467 aplicado por la Administración de Impuestos en la resolución 0074 del 27 de agosto de 1992 (fl. 21 del expediente) al determinar la sanción, factor que no fue motivo de discusión en el proceso.

En consecuencia, la determinación de la sanción quedará así:

DIAS	BASE	FACTOR	SANCION
20.285	30.000	0,018495467	$11.255.000

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. REVOCANSE los numerales 1o., 2o. y 3o. de la sentencia apelada.

2. En su lugar, FIJASE en la suma de once millones doscientos cincuenta y cinco mil pesos moneda corriente ($11.255.000) el valor de la sanción de extemporaneidad en la entrega de la información en el período comprendido del 29 de enero a diciembre 31 de 1990, a cargo del Banco del Comercio NIT 860.003.015-4, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. CONFIRMANSE los numerales 4o. y 5o. de la sentencia apelada.

4. RECONOCESE personería al doctor Alberto Camargo Aya a términos del poder que obra a folio 279 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.

CONCEPTOS DE LA DIAN-Alcance/**CIRCULAR DE SERVICIO/ ACCION DE NULIDAD**-Improcedencia/**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

"La circular cuestionada no fue publicada en ningún medio oficial, de suerte que sus disposiciones no pueden surtir efecto ante terceros y el aparte invocado del Decreto 2117 de 1992 indica que los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, siempre "que sean publicados" y su "desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria". Como uno de los conceptos acusados, el No. 178, fue dirigido a un funcionario de Aduanas, en tanto que el No. 209 a una sociedad comercial pero no fueron publicados, de tal suerte que ninguno de los dos cumple el requisito de publicidad que exige el artículo 57 de Decreto 2117 de 1992 para que se tenga como interpretación oficial para los funcionarios".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: Juan Manuel Camargo González. DIAN. Auto.

El abogado Juan Manuel Camargo González, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A. demanda la

nulidad de los conceptos Nos. 178 del 1 de septiembre de 1993, suscrito por la delegada de la División de Doctrina de la Subdirección Jurídica U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y el número 209 de octubre 15 de 1993, suscrito por la jefe de la División de Doctrina de la mencionada entidad. El primer concepto está dirigido al funcionario jefe de la División de Operaciones Aduaneras, y el segundo al representante legal de la sociedad Auto Subaru de Colombia Ltda.

Al identificar los actos acusados, que acompañan fotocopias autenticadas, el demandante advierte que estos conceptos revisten el carácter de Circulares de Servicio de orden nacional cuya definición fue expuesta jurisprudencialmente por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de junio de 1973 y que en tal carácter son demandables en razón de su obligatoriedad consagrada en la Circular 057 del 2 de agosto de 1992 del Director General de Aduanas y en el parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de diciembre 29 de 1992.

El actor presenta oficio del Jefe de la División de Relatoría de la Subdirección Jurídica que dice:

> "En atención a su solicitud de la referencia, le informo que la Circular No. 057 de 1992 no fue publicada en ningún medio oficial y los conceptos en materia aduanera son publicados a nivel interno en compilaciones mensuales no oficiales".

La Sala Unitaria inadmitirá la anterior demanda con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

El artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 al modificar al artículo 84 del C.C.A. en el último inciso dispuso respecto a la acción de nulidad que "también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicios y de los actos de certificación y registro..."

De esta forma adicionó y complementó la norma general contenida en la primera parte del artículo que consagró la acción de nulidad de los **actos administrativos**. Al contemplar la posibilidad de ejercer tal acción contra las circulares de servicio, obviamente tenía en cuenta aquellas que constituyen actos administrativos de conocimiento o de instrucción, pero revestidos del carácter de obligatorio cumplimiento por parte de los funcionarios subalternos a quienes se dirija. En este sentido la Sala se ha pronunciado en distintas oportunidades, como en los expedientes números 3698 de marzo 20/92, C.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano y 5388 de octubre 31/94 C.P.: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

El actor, para demostrar que la acción es procedente, se apoya en el numeral 3.3.4. de la Circular 57 de agosto 20 de 1992 del Director General de Aduanas y en el parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, ninguno de los cuales resulta aceptable para el fin propuesto.

La citada circular, según el mismo oficio que obra en el expediente a folio 42, no fue publicada en ningún medio oficial, de suerte que sus disposiciones no pueden surtir efecto ante terceros y el aparte invocado del Decreto 2117 de 1992 indica que los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales siempre "que sean publicados" y su "desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria".

Como ya se anotó, uno de los conceptos acusados, el No. 178, fue dirigido a un funcionario de Aduanas, en tanto que el No. 209 a una sociedad comercial, pero no fueron publicados, de tal suerte que ninguno de los dos cumple el requisito de publicidad que exige el artículo 57 del Decreto 2117 de 1992 para que se tengan como "interpretación oficial para los funcionarios". Además, se observa que este último concepto no es equivalente al de la obligatoriedad, porque el mismo decreto menciona que su desconocimiento puede acarrear sanciones, pero no forzosamente que las cause al funcionario que no la acoja.

Como es evidente que en estas condiciones la acción incoada no podrá concluir en una sentencia de mérito sino en una providencia inhibitoria, lo conducente es inadmitir la demanda.

En mérito a lo expuesto, la Sala Unitaria

RESUELVE:

Inadmítese la demanda interpuesta.

Devuélvase al interesado los documentos anexos a la demanda sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INVERSION EN BONO DE INTERES SOCIAL/ PRESTAMOS NUEVOS DE C.A.V.- Destinación/**SANCION POR DEFECTO EN INVERSION DE BONOS/CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA-**Obligaciones

"El contexto literal de la resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria permite inferir que tanto el control como la obligación de colocación del porcentaje del 15 en vivienda de interés social, o en préstamos referidos a obras de urbanismo y adquisición de lotes en servicios (literales e) y f) del art. 1o. del Decreto 721 de 1987) debe efectuarse sobre cada mes calendario y que por cada mes que se presente el defecto está obligada la Corporación de Ahorro y Vivienda de interés social una cantidad igual al defecto presentado. Si bien es cierto que el artículo 39 de la resolución 5 de 1990 derogó expresamente la resolución 33 de 1989, tal hecho no implicaba en manera alguna que la actora no estuviera obligada en el período julio 1o. a diciembre 30 de 1989 a cumplir con el porcentaje de colocación en la forma como lo indicaba tal circular en su artículo 2o. y bien podía proceder la Superintendencia Bancaria a sancionar al encontrar el defecto".

SANCION POR DEFECTO DE BIENES-Doble Imposición/**CAV-**Obligaciones

"Castigada la infracción con sanción pecunaria, no podía nuevamente la Superintendencia tomar el defecto existente en los dos últimos trimestres del año de 1989, ya sancionados con fundamento en la transgresión de la resolución 33 para sancionarlo nuevamente por inobservancia de lo dispuesto en la resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria, alegando

que para efectos del primer control a efectuar en vigencia de la nueva disposición podría incluir en la base del cálculo de inversión del 15 y del correspondiente defecto de inversión, todos los desembolsos de préstamos aprobados retroactivamente desde el 1 de junio de 1989, con el único fin de reliquidar el cálculo para efectos de la imposición de la sanción".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5029. Actor: Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda. Apelación sentencia del 6 de mayo de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria y la apelación adhesiva de la actora contra la sentencia del 6 de mayo de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desestimó parcialmente las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar contra las resoluciones Nos. 1378 del 20 de abril y la 2526 del 10 de julio de 1990, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

Mediante la resolución 1378 del 20 de abril de 1990, la Superintendencia Bancaria impuso a la actora una multa de $20.092.080.oo por defectos en nuevas colocaciones de vivienda de interés social, obras de urbanismo y lotes con servicios en el período comprendido entre el 11 de julio de 1989 y el 31 de enero de 1990, sin haber rendido explicación alguna para justificar el defecto.

Contra la resolución anterior, la corporación interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución 2526 del 10 de julio de 1990, que confirmó en todas sus partes el acto administrativo impugnado, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la parte actora considera transgredidas con los actos administrativos acusados las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículos 20, 25, 26, 28, 30, 45 y 63 de la Constitución Nacional; 1, 4, 5 y 39 de la Resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria; 3 y 12 del Decreto 1939 de 1986; 6 del Decreto 413 de 1990; 4, 8, 18, 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1987; 2, 3, 28, 34 y 35 del Código Contencioso

Administrativo; acápite 1.3.1. de la Circular Externa 008 de 1990 de la Superintendencia Bancaria y artículo.9 del Código Penal.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Violación del artículo 5o. de la Resolución 5 expedida por la Junta Monetaria el 7 de febrero de 1990.

Considera que el criterio del Superintendente Delegado es impropio porque la norma en la que él creyó encontrar las facultades que lo legitimaban para expedir el acto administrativo no le confieren ningún tipo de facultades con relación a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda.

2. Violación del inciso 2 del artículo 5o. de la resolución 5 de 7 de febrero de 1990 de la Junta Monetaria.

Expresa que la Superintendencia Bancaria se apartó del régimen descrito en los artículos 1o. y 5o. de la resolución 5 de 1990, por cuanto en el tercero de los considerandos de la resolución la entidad no ha dado a entender que los defectos que deben suplirse mediante la adquisición de bonos de vivienda de interés social son todos los que resulten después de liquidar los rangos a que se refiere el artículo 1o. de la resolución 5 de 1990.

Es decir, en esta base de cálculo incluyó todos los rangos de los literales a), b), c), d) y e) del artículo, cuando realmente, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 5o., para estos efectos sólo debe tenerse en cuenta el literal a) del artículo 1o. de la resolución referida.

3. Violación del artículo 4 de la resolución 5 de la Junta Monetaria de 7 de febrero de 1990.

Pues el artículo indica que la Superintendencia Bancaria ejercerá en forma mensual el control de lo dispuesto en el literal a) del artículo 1o., y la entidad modificó la forma y la periodicidad del control, convirtiendo en semestral lo que la Junta Monetaria dispuso que se hiciera mensualmente.

4. Violación del inciso 1 del artículo 26 de la Constitución Nacional, el literal f) del artículo 12 del Decreto 1939 de 1986 y el parágrafo del artículo 4 de la resolución 5 de la Junta Monetaria de 7 de febrero de 1990 y el artículo 18 de la Ley 153 de 1887.

Porque el parágrafo del artículo 4 de la resolución 5 de 1990 dispuso que el porcentaje mínimo de colocaciones de que trata el literal a) del artículo 1, su primer

control se hiciera en el mes de enero de 1990, y al cierre del segundo trimestre de 1990 en el caso de los otros literales del artículo 1 de la indicada resolución, y por ello los controles que la Superintendencia Bancaria pretende ejercer sobre los rangos correspondientes a meses anteriores, no pueden tener apoyo en el parágrafo 4 de la resolución 5 de 1990.

Afirma que la Superintendencia Bancaria, en oposición al texto del parágrafo del artículo referido, practicó el control sobre las cifras correspondientes a las operaciones ocurridas entre el 1 de julio de 1989 y el 31 de enero de 1990, lo que implica que ejerció una facultad que la Junta Monetaria no le había concedido.

5. Violación del artículo del Decreto 413 de 1990.

Por cuanto en la resolución 1378 la base sobre la cual se debió aplicar el 3% debía ser la correspondiente al mes de enero, y si tal defecto no existía, no había lugar para imponer la multa.

En consecuencia, al ser incluidos los créditos aprobados y desembolsados entre el 1 de julio de 1989 y el 31 de julio de 1990 se amplió la base de cálculo a que se refiere el artículo 6 del Decreto 413 y se efectuó sobre un defecto semestral (julio-diciembre de 1989) y no mensual (enero de 1990).

6. Violación del acápite 1.3.1. de la Circular 008 de 1990 de la Superintendencia Bancaria.

La circular resulta transgredida, toda vez que la Superintendencia le ha dado un alcance que no tenía, habiéndose concebido para los casos en que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda presenten defectos de inversión, y Granahorrar no tenía defectos de inversión; por tanto, no estaba en la necesidad de presentar explicaciones ni descargos.

7. Violación del literal n) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986; de los artículos 48, 28, 25 y 26 de la Constitución Nacional y 2, 3, 28, 34 y 35 del C.C.A.

Porque ninguna circular puede acabar con la garantía constitucional del artículo 26 de la Constitución Nacional y que desarrolla el literal n) del artículo 3 del Decreto 1939 de 1986.

En efecto, el literal n) regula la etapa que precede a la expedición del acto administrativo, que nada tiene que ver con la etapa en la cual el particular ataca el acto ante la propia Administración; y cuando la Administración piensa que los recursos que el particular puede intentar en la vía contenciosa garantizan suficientemente su defensa, quebranta los artículos citados.

Los artículos 28 y 35 del C.C.A. que imponen la obligación de formular cargos expresos al presunto contraventor, para darle la oportunidad de que intente su defensa, un procedimiento contrario, no sólo desconoce el literal n) mencionado, sino que va en contra de los principios de celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, porque le impone al particular el deber de defenderse del cargo no formulado y de justificar un comportamiento que él mismo no considera irregular.

8. Violación del inciso 1 del artículo 26 y del 30 de la Constitución Nacional; del 39 de la resolución No. 5 de 1990 de la Junta Monetaria y de los artículos 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887.

Al disponer el artículo 39 de la resolución 5 de 1990 que ella rige a partir de la fecha de su publicación, la Superintendencia la aplicó a Granahorrar para multarla por defectos derivados en negocios que se habían perfeccionado antes de que entrara en vigencia, es decir, le dio un alcance retroactivo que no tiene, quebrantando el artículo 30 de la Constitución Nacional, porque, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, el principio de la irretroactividad de los actos administrativos y de los actos jurídicos en general es uno de los pilares del estado de derecho.

Por tal razón, la corporación, en virtud de la resolución 5 de 1990, había adquirido un derecho cierto, consistente en no ser condenada por erogaciones por causa de los defectos en que hubiera podido incurrir en los préstamos de vivienda de interés social.

De otra parte, para el período julio-diciembre de 1989 las cifras ya habían sido objeto de evaluación y sanción por parte de la Superintendencia Bancaria, y al 31 de diciembre de 1989 Granahorrar había hecho inversiones supletorias correspondientes a los defectos en que había podido incurrir en esos meses, que ascendían a más de $900 millones, con base en el artículo 4 de la resolución 33 de 1989.

9. Violación del artículo 6 del Decreto 413 de 1990.

Artículo que sólo puede ser aplicado por la Superintendencia Bancaria cuando una Corporación de Ahorro y Vivienda presente defectos en el valor total de colocaciones para vivienda de interés social o en las inversiones supletorias; como a 31 de diciembre de 1989 Granahorrar no había incurrido en el defecto de acuerdo con las cifras de sus libros de contabilidad, no podía ser sancionada por este defecto.

10. Violación del artículo 6 del Decreto 413 de 1990, 20 y 63 de la Constitución Nacional y del literal f) del artículo 12 del Decreto 1939 de 1986.

Si la resolución No. 1378 de 20 de abril de 1990 fue notificada el 4 de mayo de 1990, la actuación administrativa no concluyó en la fecha de su expedición, por lo que la

Superintendencia ejerció sus facultades por fuera del término conferido por el Decreto 413 de 1990.

11. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y 9 del Código Penal.

Porque para imponer la sanción en los actos acusados la Superintendencia sumó el total de préstamos desembolsados en el período julio de 1989-enero de 1990, cuando el período julio-diciembre de 1990 ya había sido evaluado, según se aprecia en las resoluciones 0822 del 14 de marzo y 1755 de 21 de mayo de 1990, lo que conduce a sancionar dos veces y contrariar el principio del *non bis in idem.*

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 6 de mayo de 1993, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

Repecto a la violación del artículo 5o. de la resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria, consideró el *a-quo* que hay que diferenciar entre la potestad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria y el fundamento mismo de la sanción impuesta, pues la primera se deriva de las facultades conferidas por la ley para ejercer la inspección y vigilancia sobre las entidades del sector financiero, y el segundo proviene de la inobservancia de las operaciones que regulan las colocaciones en vivienda de interés social, facultad de control que le otorgan a la Superintendencia Bancaria las resoluciones de la Junta Monetaria, sino que la contravención a lo en ellas dispuesto puede dar lugar a la imposición de sanción, con base en una facultad para imponerlas que es preexistente. Para fijar los alcances de la función de policía administrativa que ejerce el organismo de control, transcribe apartes de la sentencia del 19 de junio de 1992, proceso 4075. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Ahorramas. Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consideró, de otra parte, que el inciso 2o. del artículo 5 de la resolución 5 de 1990 es claro y no aparece interpretación que desvirtúe su alcance por parte de la Superintendencia Bancaria cuando afirma que los defectos que deben suplirse con bonos de vivienda de interés social son aquellos relacionados con las colocaciones señaladas en el literal a) del artículo 1o., sin mencionar los rangos b), c), d) y e) del mismo.

Al dar prosperidad al cargo de infracción del artículo 4 de la resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria, aceptó la argumentación de la actora en cuanto a que la Superintendencia Bancaria, al incluir en la base de cálculo el período julio-diciembre de 1989, debió tomar lo desembolsado en enero de 1990, que ascendió a $2.089.827 -miles de pesos-, como se encuentra discriminado en la resolución 1378 de 1990, que al aplicarle el 15% arrojó la suma de $313.474.05 -miles de pesos-, y habiéndose

efectuado inversión supletoria en bonos del B.C.H. por $314.000 -miles de pesos-, no se configuraba el defecto de inversión. En consecuencia, se abstuvo de efectuar el análisis de los demás cargos.

El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó así:

Al transcribir el artículo 1o. de la resolución 5 de 1990, y el parágrafo del artículo 4 de la misma, reafirma que la base para determinar el monto de las colocaciones que estaba obligada a realizar la demandante en el mes de enero de 1990 está dada por los préstamos otorgados y desembolsados en el período comprendido entre el 10 de julio de 1989 a 31 de enero de 1990, por lo cual considera errónea la apreciación de el *a-quo* al señalar que "ello no significa que deba tomarse o incluirse el período julio-diciembre de 1989 dentro de la base de cálculo de enero de 1990", pues esta afirmación conlleva el desconocimiento de los artículos 1o. y 4o. de la Resolución 5 de 1990 y la filosofía que orienta la política crediticia de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda. Considera además que en los actos administrativos acusados no se ha faltado al principio de *non bis in idem*, pues no fueron impuestas dos sanciones por la misma infracción.

APELACION ADHESIVA

El apoderado de la actora adhiere al recurso de apelación interpuesto para solicitar que en esta instancia se efectúe pronunciamiento sobre las pretensiones quinta y sexta de la demanda, referentes a la devolución del monto de la multa pagada y se ajuste con base en el índice de precios al consumidor o al índice de precios al por mayor.

La apoderada de la demandada solicita se revoque la sentencia de primera instancia, porque:

Las normas monetarias son de carácter especial, y de naturaleza eminentemente económica, lo que conlleva a que hechos económicos del pasado con consecuencias posteriores sean regulados, como el caso materia del proceso, pues la autoridad monetaria al expedir la medida debe efectuar una revisión retrospectiva sobre el comportamiento de las colocaciones obligatorias para no introducir un elemento que produzca ruptura en la cadena de hechos económicos materia de la regulación.

Por ello, el control mensual es un marco de referencia en el tiempo, que hace parte de la forma como debe hacerse el cómputo del requerido para establecer los excesos por parte de la entidad sometida a inspección y vigilancia; control mensual que no es fragmentario, esto es, que no se agota mensualmente, porque si así se entendiera, la entidad vigilada tendría la oportunidad de permanecer ilimitadamente en situación de irregularidad, con perjuicio para la comunidad beneficiaria directa de las normas sobre inversiones en bonos de vivienda de interés social.

El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación se pronunció en favor de la revocatoria de la sentencia apelada, argumentando que en el supuesto que la Superintendencia no hubiera ejercido el control mensual sino semestral no demuestra que la sanción se haya impuesto irregularmente, pues si en cualquier momento establecía la entidad de vigilancia el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 1o. literal a) de la resolución 5 de 1990, debía ejercer su facultad sancionatoria frente a la irregularidad. Afirma, en cuanto a la interpretación del literal citado, que no es correcta la interpretación según la cual la destinación -del total de nuevos préstamos- por parte de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda de no menos del 15% debe operar a partir del 1o. de enero de 1990, o respecto de préstamos otorgados a partir de esa fecha, pues la norma es clara al señalar que el "total de préstamos nuevos otorgados por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda **desde el 1o. de julio de 1989** se distribuirá en la forma que indican los literales a), b), c), y e) del mismo artículo, y si bien es cierto que el parágrafo del artículo 4o. de la resolución 5 de 1990 ordena al organismo de control que en relación con el porcentaje mínimo de colocaciones señalado en el literal a) del artículo 1o. se efectúe "respecto del mes de enero de 1990", éste debe ser armonizado con la obligación impuesta de "préstamos nuevos otorgados... desde el 1o. de julio de 1989", de hacer la distribución prevista en el literal a), porque una cosa es la época a partir de la cual las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben acomodarse a la obligación impuesta y otra la época en la cual se ejerce el control sobre el cumplimiento de la misma, por lo que los actos acusados se ciñen a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la resolución 5 de 1990, al establecer la Superintendencia su incumplimiento respecto de los préstamos aprobados desde el 1o. de julio a 31 de diciembre de 1989.

Para la Sala el tema de controversia no es otro que el de precisar si efectivamente la Superintendencia Bancaria al calcular el monto de la inversión obligatoria en vivienda de interés social y deducir el efecto podía o no incluir en la base del cálculo los préstamos aprobados en el período julio-diciembre de 1989 por valor de $4.468.416.000 y desembolsados en enero de 1990, o si como alega el actor sólo podía incluir el valor de desembolsos de créditos efectuados en enero de 1990.

La resolución 5 del 7 de febrero de 1990 (fls. 12 a 25 cuaderno de antecedentes) invocada por la Junta Monetaria en ejercicio de sus facultades legales con el fin de compilar las regulaciones existentes en materia de crédito de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y de dictar en la misma materia otras disposiciones.

Dentro de las disposiciones allí compiladas quedó formando parte del artículo 1o. el artículo 2o. de la resolución 33 del 24 de abril de 1989 de la Junta Monetaria que disponía que "a partir del 1 de julio de 1989 las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deberán destinar no menos del 15% del total de préstamos nuevos a financiar la construcción o adquisición de vivienda de interés social a que se refiere el artículo 44 de la Ley 9 de 1989".

En efecto, la Circular 5 de 1990, Capítulo I-Límites al Volumen de Colocaciones- preceptuó en su artículo 1o., reiterando la anterior:

> "El total de préstamos nuevos otorgados por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda desde el 1 de julio de 1989 se distribuirá de la siguiente forma:
>
> "a) No menos del 15% en préstamos para construcciones o adquisición de vivienda de interés social, así como en préstamos que se refieran a obras de urbanismo y adquisición de lotes de que tratan los literales e) y f) del artículo 1o. del Decreto 721 de 1987".

Es decir que la Corporación de Ahorro y Vivienda sí tenía la obligación de colocar por lo menos el 15% de los préstamos efectuados a partir del 1 de julio de 1989 en vivienda de interés social, como claramente lo reitera el artículo 1o. de la resolución 5 de la Junta Monetaria.

Por su parte, el artículo 5 de esta resolución, invocado por la Superintendencia Bancaria en la resolución acusada, dispone:

> "Las inversiones que efectúen las corporaciones de ahorro y vivienda en Bonos de Vivienda de Interés Social emitidos por el Banco Central Hipotecario en desarrollo del Decreto 163 de 1990 serán computables para el cumplimiento del porcentaje mínimo de colocaciones de que trata el literal a) del artículo 1o. de la presente resolución.
>
> "Cuando una corporación de ahorro y vivienda registre al final de un mes calendario defectos en el porcentaje mínimo de colocaciones de que trata el inciso anterior, quedará obligada a invertir, dentro de los veinte primeros días calendario del mes inmediatamente siguiente, la suma equivalente al valor del defecto en los mencionados Bonos de Vivienda de Interés Social.
>
> "Parágrafo. No obstante lo previsto en este artículo, las inversiones de las corporaciones de ahorro y vivienda en Bonos de Vivienda de Interés Social no serán computables para el cumplimiento del porcentaje mínimo de colocaciones de que trata el literal a) del artículo 1o. de esta resolución, en una cuantía igual al valor de los créditos redescontados en el Banco Central Hipotecario por la respectiva corporación, conforme al Capítulo V de la presente resolución".

El contexto literal de esta norma permite inferir que tanto el control como la obligación de colocación del porcentaje del 15% en vivienda de interés social o en préstamos referidos a obras de urbanismo y adquisición de lotes en servicios (literales e) y f) del artículo 1o. del Decreto 721 de 1987) debe efectuarse sobre cada mes calendario, y que por cada mes que se presente el defecto está obligada la Corporación

de Ahorro y Vivienda a invertir en bonos de vivienda de interés social una cantidad igual al defecto presentado.

Si bien es cierto que el artículo 39 de la resolución 5 de 1990 derogó expresamente la Resolución 33 de 1989, tal hecho no implicaba en manera alguna que la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar no estuviera obligada en el período julio 1 a diciembre 30 de 1989 a cumplir con el porcentaje de colocación en la forma como lo indicaba tal circular en su artículo 2o. y bien podía proceder la Superintendencia Bancaria a sancionarla al encontrar el defecto.

Pero no podía la entidad vigilante imponer sobre el mismo hecho del defecto de colocaciones doble sanción, como lo hizo.

En efecto, mediante la resolución 10822 de marzo 14 de 1990 (fls. 27 y 28 cuaderno de antecedentes) la Superintendencia Bancaria impuso a la corporación actora multa por $109.5884.900.oo por defecto de inversión (artículo 2o. de la resolución 33 de 1988) por el trimestre de octubre y diciembre, y por resolución 0610 del 1 de marzo del mismo año (fls. 29 y 30 cuaderno de antecedentes) por el trimestre julio-septiembre de 1989 impuso multa de $884.967.800.oo, que después modificó mediante resolución 1755 del 21 de marzo de 1990 al admitir la existencia de un defecto menor e inversión supletoria en títulos FAVI.

Entonces, castigada la infracción con sanción pecuniaria, no podía nuevamente la Superintendencia tomar el defecto existente en los dos últimos trimestres del año de 1989, ya sancionados con fundamento en la transgresión de la resolución 33 para sancionarlo nuevamente por inobservancia de lo dispuesto en la resolución 5 de 1990 de la Junta Monetaria, alegando que para efectos del primer control a efectuar en vigencia de la nueva disposición podía incluir en la base del cálculo de inversión del 15% y del correspondiente defecto de inversión todos los desembolsos de préstamos aprobados retroactivamente desde el 1 de julio de 1989, con el único fin de reliquidar el cálculo para efectos de la imposición de la sanción.

Establecido que de acuerdo con la resolución 5 de 1990 el período sujeto a control para efectos de determinar el defecto de las colocaciones en vivienda de interés social era el valor de los desembolsos por préstamos efectuados en el mes de enero de 1990 por valor de $2.089.000, cifra que cuantifica la propia Superintendencia Bancaria en la resolución 1378 de 1990 en su considerando No. 6 (fl. 28 cdno. ppal.), el 15% de inversión arroja la cifra de $313.474.050.oo, entonces la inversión supletoria en bonos BCH realizada el 20 de febrero de 1990 por $314.000.000 cubre el valor de colocaciones en vivienda de interés social exigido por la resolución 5 del 7 de febrero de 1990, y en consecuencia no hay lugar para la imposición de la sanción.

Para la Sala, la decisión del *a-quo* que así lo admite merece ser aprobada.

Con relación a la apelación adhesiva de la actora con el fin de que la Corporación en esta oportunidad se pronuncie sobre las pretensiones quinta y sexta de la demanda, sobre las cuales alega que no se pronunció el *a-quo*, no encuentra la Sala que le asista razón.

En efecto, dice el actor en el libelo demandatorio, acápite declaraciones:

"QUINTA. Que si por cualquier razón en el curso de este proceso la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar fuera obligada al pago de las multas objeto de este demanda, en la sentencia que decide este proceso se ordene la devolución de los dineros que mi poderdante llegara a pagar por este motivo.

"SEXTA. Que en el evento anterior se ordene el ajuste del valor de los dineros pagados, tomando como base el índice de precios al consumidor o el índice de precios al por mayor".

El *a-quo* realmente no estaba en posibilidad de atender la petición formulada en los numerales transcritos, en primer lugar porque en el hecho del cual derivaba la actora su petición condicionada no se había cumplido, y como lo precisa el fallo del Tribunal, hasta el día de proferirse la decisión, esto fue el 6 de marzo de 1993, no se acreditó dentro del proceso haber satisfecho el pago de la multa impuesta. Y era de suponer, dada la garantía (póliza) que presentó ante la jurisdicción la actora, que no se dio el pago mencionado.

No es cierto, por lo tanto, que la sentencia haya omitido el pronunciamiento sobre tales pretensiones, porque ellas eran consecuencia de las primeras, porque como enseña el artículo 85 del C.C.A. sólo puede pedirse la devolución de lo indebidamente pagado, y mal haría la jurisdicción al hacer una condena hipotética o condicional sobre una cantidad que no se pagó, cuando por imperativo de la ley, artículo 307 Código de Procedimiento Civil, las condenas deben hacerse en concreto.

Entonces, si el actor no acreditó antes de la sentencia haber pagado indebidamente, no podía el *a-quo* ordenar la devolución de lo indebidamente pagado, porque no hubo tal pago.

Si bien es cierto que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, al tratar el tema de la congruencia de la sentencia, prevé en su inciso 4 que en ella se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, condiciona tal obligación a la circunstancia de que el hecho aparezca probado en el proceso y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia o que la

ley permita considerarlo de oficio, por lo que no puede alegarse que exista incongruencia en la sentencia al no ordenar la devolución de una suma que para la fecha del fallo (mayo 6 de 1993) aún no se había pagado, y que por lo tanto no se había probado dentro del proceso.

Adicionalmente, observa la Sala que los documentos con los cuales pretende la actora haber cancelado el pago de la multa, que obran en fotocopia ilegible a folio 239 del expediente, carecen de valor probatorio pues no aparecen autenticados y el comprobante de egreso expedido por la misma corporación no constituye por sí mismo prueba suficiente (artículo 252 numeral 5o. inciso 2 y 254 del Código de Procedimiento Civil).

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:

Confírmase la sentencia del 6 de mayo de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 1048.

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 Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE DELINEACION Y CONSTRUCCION/ACTO ADMINISTRATIVO-Fundamento legal/**ACTO ADMINISTRATIVO**-Ineficacia

"Si bien el acto administrativo contiene la manifestación de voluntad del Alcalde Municipal, hecha por el funcionario competente, de determinar el impuesto de delineación (Acuerdo 01 y 07 de 1984), por concepto de la construcción de la Estación Terminal de Coveñas, determina el sujeto pasivo de la obligación "Consorcio de Obras de Ingeniería" fija la base gravable en $21.799.606.263.30, con fundamento en los presupuestos y cifras consignadas en la "parte pertinente" del contrato 026 de 1990 celebrado y cuantifica el impuesto a cargo, no contiene la motivación exigida por la ley para su validez, referida a la exposición de las razones que han dado origen a que la Administración en expresión de su voluntad dicte el acto administrativo, ni determina sobre "qué partes pertinentes del contrato" cuantificó la base sobre la cual aplicó la tarifa del impuesto, ni indicó el fundamento legal del impuesto".

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación/**DERECHO DE DEFENSA/ACTO ADMINISTRATIVO**-Fundamento Legal/**BASE GRAVABLE/IMPUESTO DE DELINEACION**

"La motivación es el proceso de razonamiento que debe expresar por norma general la Administración, para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutiva del acto expedido, constituyendo, por lo tanto, un requisito esencial del acto administrativo, que permite conocer al interesado el porqué de la decisión, con miras a que ejercite el derecho

de defensa, especialmente cuando, como en el *sub-lite*, el acto es escrito y la motivación resulta necesaria a la naturaleza especial del mismo, en razón de que impone una obligación tributaria a un sujeto de derecho. Cuando de la naturaleza del acto surge la necesidad de motivación, ésta se impone por el principio de legalidad que gobierna los actos de la Administración, puesto que es ésta la única manera que permite al administrado ejercer el derecho de defensa ante el mismo funcionario que expidió el acto, ya que si éste no conoce los motivos y fundamentos legales del acto administrativo no puede alegar en su defensa, al igual que le permite al juez ejercer en control constatando si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma". Asiste razón al actor cuando reclama la nulidad del acto acusado por ausencia de motivación y falta de fundamento legal al no exponer en él "cuáles fueron los rubros" que se tuvieron en cuenta para llegar a la base gravable y con base en qué norma, de manera que hubiera podido cuestionar los diferentes conceptos por el Alcalde para tal cuantificación, dándole la posibilidad de controvertirlos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No.5092. Actor: Consorcio de Obras de Ingenieria C.O.I: Sociedades Techint International Construction Corporación Tenco, Techint Cia. Técnica Internacional y Spie Capag. Autoridades Municipales. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Gravamen de Delineación. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 11 de agosto de 1993, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre denegó la súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por las sociedades de TECHINT INTERNATIONAL CONSTRUCTION CORPORACION TENCO, TECHINT CIA. TECNICA INTERNACIONAL Y SPIE CAPAG, integrantes del CONSORCIO DE OBRA DE INGENIERIA C.O.I., contra los actos administrativos mediante los cuales el municipio de Santiago de Tolú le determinó un impuesto de delineación por la construcción de la terminal "Coveñas" ubicada en el territorio de su jurisdicción.

ANTECEDENTES

El 2 de julio de 1991, Oleoductos de Colombia S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, cuya creación fue

autorizada por la Ley 59 de 1987 y el Decreto 756 de 1988, celebró con el Consorcio de Obras de Ingenieria C.O.I. el contrato 026 de 1990, cuyo objeto fue la construcción de todas las obras necesarias para la confección del sistema de oleoductos Vasconia-Coveñas, destinado al transporte de petróleo crudo, el cual comprendió la estación de bombeo en Vasconia, municipio de Puerto Boyacá (departamento de Boyacá) y el terminal de almacenamiento en tierra de Coveñas, municipo de Tolú (departamento de Sucre), junto con todos los estudios y diseños requeridos, basados en los diseños preliminares incluidos en el pliego de condiciones, de la solicitud privada de ofertas, el suministro de materiales y de los equipos de arranque y puesta en operación del sistema.

El valor del contrato fue la suma de US$160.459.869.

Mediante oficio 074 de julio 1 de 1992 (fl. 90 cdno. antds.) el Alcalde de Tolú comunica a la Tesorera Municipal que "para desarrollar lo acordado de manera directa y personal con el Director Administrativo del consorcio y con fundamento en los presupuestos y cifras contenidos en el contrato 026 de 1990, procede a liquidar el (impuesto de delineamiento) gravamen municipal, el que cuantifica en $261.595.275, para la estación Coveñas".

El 2 de julio de 1992 la Tesorera Municipal elaboró la cuenta de cobro respectiva por $261.595.275, con fundamento en lo expuesto en el Acuerdo 007 de diciembre de 1984 del municipio de Tolú y con base en el valor de la obra, calculado en $21.799.606.263.oo, la que fue remitida al contribuyente con oficio No. 15 del 3 de julio de 1992.

Contra el acto administrativo mencionado, el consorcio interpuso recurso de reposición y de apelación, reconociendo el pago únicamente de $7.254.005, que liquidó y consignó en una liquidación privada que presentó para el efecto, pidiendo la nulidad del acto administrativo por vicio de incompetencia del agente que profirió el acto, ausencia de motivación e indebida notificación.

El recurso fue fallado mediante la resolución 004 del 3 de septiembre de 1992 por la Tesorera de Tolú, que confirmó la actuación recurrida.

La apelación fue atendida por el Alcalde Municipal, quien mediante la resolución 004 del 29 de septiembre de 1992 no accedió a la revocatoria del acto recurrido por las causales de nulidad alegadas por el contribuyente, pero modificó la base gravable en $18.505.810.540 y determinó el impuesto en la suma de $222.069.726 con fundamento en el contrato 026 de 1990, afirmando que según el mismo la terminal de Coveñas se contrató a precio global fijo por US$28.383.145.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Sucre acudió el consorcio para demandar la nulidad del oficio 074 de 1992 y la cuenta de cobro de julio 2 de 1992, acusando al acto administrativo de infringir los artículos 26 de la Constitución Nacional, 35 y 48 del Código Contencioso Administrativo; 1o. literal g) de la Ley 97 de 1913 y 233 del Decreto 1333 de 1986, pues en su entender la construcción de oleoductos no puede ser objeto de imposición municipal, el gravamen cobija edificios y un terminal no lo es, y por último la base estuvo erróneamente establecida, pues no se se atendió a la modificación del precio del contrato por el edificio de la terminal, sino que se incluyó el valor de los equipos, bombas y maquinaria destinados al cumplimiento del contrato global pero no objeto de la construcción propiamente dicha.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Sucre denegó la súplicas de la demanda al considerar que no prosperaban los cargos de violación de las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda porque:

El oficio 074 de 1992 emitido por el Alcalde de Tolú sí contenía una liquidación del gravamen de delineación y construcción, cuya determinación se efectuó con base en la facultad impositiva que le confiere el parágrafo 2o. del artículo 3o. del Acuerdo 001 de 1984.

La cuenta de cobro del 2 de julio de 1992, expedida por la Tesorera Municipal de Tolú, no contenía una liquidación, sino que era la consecuencia de la orden que el Alcalde le impartiera para que procediera al recaudo del impuesto.

Si bien era cierto que la liquidación no se notificó personalmente, se dio cabida a la notificación por conducta concluyente al interponer la interesada a tiempo los recursos legales.

La base gravable se cuantificó en la forma ordenada por los acuerdos Nos. 01 y 07 de 1984 del Concejo Municipal.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora al apelar se opone a los argumentos expuestos por el Tribunal, reiterando en resumen que:

1. El oficio 074 de 1 de julio de 1992 es un acto de trámite interno entre dos dependencias de la Administración, por cuanto emana del despacho del Alcalde Municipal y se dirige a otro funcionario municipal, la Tesorera, con el fin de que en

ejercicio de sus funciones de recaudadora de las rentas municipales cobre un impuesto a un contribuyente, lo cual hace efectivamente a través de la respectiva cuenta de cobro enviada al Consorcio de Obras de Ingeniería, con oficio No. 015 de julio 3 de 1992.

No puede aceptarse que dicho oficio 074 de 1992 contenga la liquidación oficial del impuesto de delineación, puesto que si ello fuera así, la liquidación debería haberse dirigido al Consorcio de Obras de Ingeniería con su identificación plena, los considerandos, la parte resolutiva, los recursos procedentes contra dicho acto, el término para interpretarlos y la autoridad ante quien se podrán interponer en su condición de responsable del impuesto, y no a una funcionaria de la administración responsable de su recaudación.

La función administrativa de recaudo es siempre posterior a la ejecutoria del acto administrativo que contiene la liquidación oficial en la que se hace constar el nacimiento de la obligación tributaria (art. 68 numeral 3 D.L. 01/84).

El hecho de que este oficio sólo fuera revelado después de presentados los recursos contra la cuenta de cobro del impuesto impugnado, remitida como consta en las copias auténticas anexas a la demanda como prueba, con un oficio, el 015 de julio 3 de 1992, en el que no se cita como liquidación oficial el oficio No. 074 de 1992, el Alcalde de Tolú evidencia que su posterior expedición pudo efectuarse con el ánimo de sanear los vicios señalados en el recurso inicial sobre la incompetencia del funcionario que profirió la liquidación oficial contenida en la cuenta de cobro expedida por la Tesorera, así como la falta de motivación de la misma. Si se aceptara, como lo hace el Tribunal, que el acto administrativo liquidatorio es la comunicación interna 074, se tendría que admitir que entonces es violatoria de los artículos 35 y 44 del Decreto Ley 01 de 1984, puesto que no se notificó oportunamente al interesado, ni contiene una decisión motivada, pues no basta citar las normas que establecen el impuesto, sino que es necesario, en este caso, conocer por qué se grava la totalidad de un contrato llave en mano incluyendo los suministros de equipos bombas y maquinaria y no sólo los acápites pertinentes a la construcción de edificaciones.

2. Al negar la nulidad del acto de cobro la providencia entra en contradicción, porque si definitivamente el cobro fue posterior al acto, no notificado, de liquidación de impuestos, hay una violación al debido proceso porque la Tesorería no puede ejecutar, así sea por la vía persuasiva, sino actos firmes y ejecutorios, y para ello previamente deben notificarse (art. 48 D.L. 01/84), agotar la vía gubernativa (arts. 62 y 63 D.L. 01/84). "La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados" (art. 64 D.L. 01/84). Como se ha demostrado en el proceso, al momento del cobro, 2 de julio de 1992, no se había surtido ninguno de estos trámites, por lo que el acto acusado incurrió en una desviación de poder.

Plantea interrogantes relevantes que a su juicio quedaron sin respuesta en la sentencia del Tribunal, porque si la liquidación de cobro de la señora Tesorera era

consecuencia de la orden del Alcalde para que cobrara su liquidación y ésta era procedente, no entiende por qué no la cita la Tesorera en el oficio remisorio del acto demandado ni en el texto de la cuenta de cobro y liquidación.

Si el acto liquidatorio era del día anterior, y por ende no estaba ejecutoriado, no podía procederse al cobro. Estima que tal hecho prueba que el Alcalde no existía y que la Tesorera obró como liquidadora del impuesto de delineación, como se evidencia del oficio remisiorio y de la cuenta del 2 de julio de 1992, violando el artículo 3o. del Acuerdo 01 de noviembre 22 de 1984, que otorga la competencia al señor Alcalde Municipal.

El vicio en la expedición del acto por ausencia de motivación es claramente observable en la copia auténtica que se anexó como prueba: no contiene sino el valor total de la obra, la tarifa y el valor del impuesto. No indica cómo llegó la administración a liquidar el impuesto sobre el valor total de la terminal (contrato 026 de 1990), obra que como se demostró en el curso del proceso con pruebas documentales sobre el costo y la naturaleza de los componentes de dicha terminal contiene elementos que no pueden definirse como edificios. Tampoco contiene los recursos procedentes contra el acto administrativo ni el término para presentarlos, ni la autoridad competente para conocer de los mismos, por lo cual viola flagrantemente el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, como lo sostiene la abundante y reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que cita en la demanda.

3. Discute la competencia de los concejos para la reglamentación y el cobro de los tributos municipales, porque tal potestad debe ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley. Se demanda precisamente la violación de los actos administrativos de liquidación, por cuanto exceden la norma creadora del impuesto tomando como base gravable costos diferentes a los atribuibles a la "construcción de nuevos edificios", que según la Ley 97 de 1913, artículo 1 literal g), constituye la materia imponible del impuesto de Delineación y Construcción, extendida a otros municipios por la Ley 84 de 1915 y compilado en el Código de Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986 en su artículo 233, literal b).

Alega que está probado en el proceso con las copias auténticas del subcontrato celebrado entre el C.O.I. y la firma Empresa Colombo Latinoamericana de Tecnología y Comercialización, Coltec Ltda., cuál fue el costo de los edificios construidos en la terminal del oleoducto de Coveñas, sustentado además con los planos respectivos, en los cuales es fácil observar cuáles son los edificios y cuáles las obras civiles que no lo son y por lo que no pueden incluirse en la liquidación del gravamen.

La materia imponible o hecho económico sobre el cual descansa el impuesto, como su denominación legal lo indica, es la delineación, que en urbanismo es el señalamiento de los límites de los terrenos, sus áreas edificables, según alturas y usos permitidos por la autoridad. La ley vincula a la actividad constructora del particular otra actividad, la

de la administración que se concreta en el otorgamiento de la licencia o permiso de construcción.

El hecho imponible es susceptible de ser mensurado, en este caso a través de los presupuestos de obra de los edificios sobre cuya construcción debe pronunciarse la autoridad municipal, por ser de su competencia.

La tarifa y el procedimiento pertenecen a la órbita de competencia municipal, pues las leyes 97 de 1913 y 884 de 1915 no disponen nada al respecto.

Invoca y transcribe parcialmente doctrina española que define el hecho imponible del tributo de delineación.

Pide se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora, al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación, relacionados con la nulidad de los actos acusados por violación de las normas superiores invocadas.

Insiste en que el oficio 074 de julio 1 de 1992 es un simple acto de trámite interno entre dos dependencias de la Administración y no una liquidación oficial, y que si en gracia de discusión se aceptara que contiene una liquidación oficial, es violatoria del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo por ausencia de motivación, causal de nulidad del acto administrativo particular, y además porque no se notificó, lo cual lo hace ineficaz.

Insiste en la exención del impuesto para oleoductos, y en el valor probatorio de los documentos allegados al proceso para demostrar la base gravable objeto del gravamen.

La entidad demandada, al alegar de conclusión, solicita se confirme la sentencia apelada porque las objeciones de nulidad del acto acusado por vicios de forma no podían prosperar ante el mandato del artículo 228 de la Constitución Política, norma que fue respetada por el Tribunal, que fuerza a la revisión de antiguas y respetables posturas doctrinales o jurisprudenciales.

Alega que cualquier vicio de nulidad que se hubiera presentado quedó saneado conforme con lo señalado en el artículo 144 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre la cuantificación del precio de los edificios construidos, para efectos de determinar la base imponible, reitera que ésta la constituye el valor determinado por la

Administración. Cita la definición que de "edificios" trae el diccionario de la Real Academia de la Lengua y la adaptada mediante la resolución 2555 de 1988 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Invoca doctrina de autores sobre la definición y alcance del término edificio.

Enfatiza que el actor, con posteridad a la fecha de los actos administrativos expedidos por el municipio Santiago de Tolú, se declaró confeso de ser sujeto pasivo del impuesto de delineación y construcción, lo liquidó y pagó, con lo cual reconoció tácitamente ser transgresor del fisco municipal por no haber atendido oportunamente sus obligaciones fiscales.

Considera que el argumento expuesto por el actor acerca de que la obtención de la licencia de construcción, íntimamente ligada al impuesto de delineación, sólo obliga al sector privado y no al oficial es tanto como otorgar patente al sector oficial para violentar las regulaciones del orden municipal en esa materia, ignorando sobre todo el problema de la contaminación que implica el almacenamiento del petróleo, razón ésta que obliga a los actores a obtener previamente el beneplácito de las autoridades municipales para su construcción.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, no presentó alegato en el presente negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspectos procedimentales. El acto administrativo de liquidación oficial. Audiencia de motivación.

El acto demandado según lo expone la actora está comprendido por el oficio 074 del 1 de julio de 1992, la cuenta de cobro del 2 de julio de 1992 y las resoluciones 004 de septiembre de 1992 y 044 de septiembre 29 de 1992. Lo que por su importancia se transcriben en lo pertinente:

Dice el oficio 074 del 1 de julio de 1992 dirigido por el Alcalde a la Tesorera municipal (fl. 90 cdno. antds.): "para desarrollar lo acordado de manera directa y personal con el Director Administrativo del Consorcio de Obra de Ingeniería Estación Coveñas y con fundamento en los presupuestos y cifras contenidas en la parte pertinente del contrato 026 de 1990, celebrado entre Oleoducto de Colombia, S.A., y el Consorcio de Ingeniería que reposa en nuestro poder, para los efectos pertinentes, **procedo a liquidar** a continuación el referido gravamen municipal así:

BASE GRAVABLE	$21.799.606.263.30
Tarifa aplicable	12 por mil
Impuesto a pagar	261.595.275.oo (no incluye sanción)

"Para las referencias del caso, es importante puntualizar que se trata de una edificación o edificios nuevos construidos con materiales resistentes, destinados al almacenamiento de crudos, operativas y administrativas, etc...

"En consecuencia, le ruego coordinar lo pertinente para efectos de que usted formule la respectiva cuenta de cobro y le remita al Consorcio de Obras de Ingeniería, para satisfacer la solicitud que formulara por conducto del Director Administrativo de la Estación de Coveñas..."

La carta de cobro elaborada por la Tesorera expresa:

Consorcio de Obras de Ingeniería

Al

Municipio de Tolú-Sucre

Debe:

"Por concepto de Impuesto de Delineación y Construcción, determinado mediante Acuerdo No. 007 de diciembre 3 de 1984, emanado del H. Concejo Municipal de Tolú, Sucre, la suma de doscientos sesenta y un millones quinientos noventa y cinco mil doscientos setenta y cinco pesos ($261.595.275.oo), equivalente al uno punto dos por ciento (1.2%) del valor de la obra Terminal Coveñas, desarrollada en jurisdicción del municipio de Tolú.

"Valor de la obra	$21.799.606.263.60
"Tarifa del Impuesto	1.2%
"Monto Impuesto	doscientos sesenta y un millones quinientos noventa y cinco mil doscientos setenta y cinco pesos ($261.595.275.oo)".

Y el oficio 015 de julio 3 de 1992 dirigido por la Tesorera Municipal al Consorcio de Obras de Ingeniería dice:

"Por medio del presente, envío Cuenta de Cobro por la suma de doscientos sesenta y un millones quinientos noventa y cinco mil doscientos setenta y cinco pesos ($261.595.275.oo) por concepto del Impuesto de Delineamiento y Construcción a cargo de esa empresa y a favor del municipio de Tolú, Sucre, de conformidad a lo ordenado en el Acuerdo No. 007 de 1984, expedido por el H. Concejo Municipal de Tolú.

"Igualmente les anexo fotocopia del correspondiente Acuerdo para los efectos pertinentes".

Se observa que si bien el acto administrativo contiene la manifestación de voluntad del Alcalde Municipal, hecha por el funcionario competente, de determinar el Impuesto de Delineación (acuerdos 01 y 07 de 1984), por concepto de la construcción de la Estación Terminal de Coveñas, determina el sujeto pasivo de la obligación "Consorcio de Obras de Ingeniería", fija la base gravable en $21.799.606.263.30, con fundamento en los presupuestos y cifras consignados en la "parte pertinente" del contrato 026 de 1990 celebrado entre Oleoductos de Colombia y el Consorcio de Obras de Ingeniería que reposa en su poder y cuantifica el impuesto a cargo a juicio de la Sala no contiene la motivación exigida por la ley para su validez, referida a la exposición de las razones que han dado origen a que la Administración en expresión de su voluntad dicte el acto administrativo ni determina sobre "qué partes pertinentes del contrato" cuantificó la base sobre la cual aplicó la tarifa del impuesto ni indicó el fundamento legal del impuesto.

La motivación es el proceso de razonamiento que debe expresar por norma gerneral la Administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutiva del acto expedido, constituyendo, por lo tanto, un requisito esencial del acto administrativo, que permite conocer al interesado el porqué de la decisión, con miras a que ejercite el derecho de defensa, especialmente, cuando como en el *sub-lite*, el acto es escrito y la motivación resulta necesaria a la naturaleza especial del mismo en razón de que impone una obligación tributaria a un sujeto de derecho.

Caso en el cual el acto administrativo debe expresar el fundamento legal, la manera como se cuantifica la base gravable, el período y la tarifa que aplicó, sin que sea posible pretender que se cumple con el requisito al consignar una cifra que dice tener fundamento en los presupuestos y cifras contenidos en "la parte pertinente del contrato 026 de 1990", sin que se precise cuál fue esta parte. Más aún cuando de la naturaleza misma del contrato, construcción de un oleoducto, surge que en él se comprende el territorio de varios municipios, que eventualmente tendrían facultad impositiva.

Tampoco puede admitirse como fundamento legal del acto administrativo la sola mención que en la referencia del oficio enviado a la Tesorera del Alcalde a los acuerdos 01 y 07 de 1984 (fl. 90 cdno. antds.). Menos aún puede pensarse que el envío de un ejemplar de los acuerdos respectivos que efectúa un funcionario distinto al que profiere el acto administrativo, con la oportunidad del envío de la cuenta de cobro, supla la exigencia del fundamento legal, porque éste debe ser expuesto de manera expresa por quien tiene competencia para expedirlo, es decir, por el Alcalde Municipal, único funcionario competente para el efecto, tal como lo expresa el artículo 3o. parágrafo 2o. del Acuerdo 001 del 2 de noviembre de 1984 del Concejo Municipal de Santiago de Tolú, que dispone: "la liquidación del impuesto de delineamiento y construcción será

responsabilidad del Alcalde, y si lo estima necesario establecerá línea de coordinación con el Personero y Tesorero".

Cuando de la naturaleza del acto surge la necesidad de motivación, ésta se impone por el principio de legalidad que gobierna los actos de la Administración, puesto que es ésta la única manera que permite al administrado ejercer el derecho de defensa ante el mismo funcionario que expidió el acto, ya que si éste no conoce los motivos y fundamentos legales del acto administrativo no puede alegar en su defensa, al igual que le permite al juez ejercer su control constatando si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

Por lo que si estos motivos están referidos a la expresión de una situación fáctica (en el *sub-lite*, una construcción nueva), a su calificación jurídica o a la interpretación de las normas que lo contemplan para darles un efecto jurídico, este control de legalidad implica la obligación de análisis de los motivos expuestos en el acto administrativo acusado.

A juicio de la Sala asiste razón al actor cuando reclama la nulidad del acto acusado por ausencia de motivación y falta de fundamento legal al no exponer en él "cuáles fueron los rubros" que se tuvieron en cuenta para llegar a la base gravable y con base en qué norma, de manera que hubiera podido cuestionar los diferentes conceptos considerados por el Alcalde para tal cuantificación, dándole la posibilidad de controvertirlos.

Si bien es cierto que en la resolución 004 del 29 de septiembre de 1992 el Alcalde, al resolver el recurso de apelación, efectúa la motivación del acto, su fundamento legal y explica la cuantificación de la base gravable, no era la oportunidad para cumplir con tales exigencias legales, pues ya el administrado carecía de oportunidad para rebatir en sede gubernativa los argumentos y pruebas tomadas en cuenta por la Administración.

Procede la Sala, en consecuencia, a anular el acto administrativo de determinación del impuesto de delineación aquí demandado, y en su lugar a determinar el impuesto conforme a la la liquidación que por el mismo concepto presentó la sociedad actora (fl. 3 cdno. ppal.), cuyo valor aparece cancelado según recibo 00964 de agosto 11 de 1992 (fl. 183 cdno. ppal.), relevándose del análisis de los otros motivos de nulidad expuestos por la actora.

La liquidación queda así:

Valor de los edificios construidos en el Terminal Coveñas	$604.507.055.31
Tarifa del Impuesto de Delineación	1.2%
Monto del impuesto	$7.254.085.oo

Valor sobre el cual imputará la Administración el valor del recibo anteriormente señalado.

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: el oficio 074 de julio 2 de 1992 expedido por el Alcalde del Municipio de Santiago de Tolú, la cuenta de cobro No. 2 de 1992 y las resoluciones Nos. 004 de septiembre 3 de 1992 emanada de la Tesorería Municipal y 044 de septiembre 29 de 1992, igualmente expedida por el Alcalde de Tolú.

3. FIJASE en la suma de SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y CINCO PESOS moneda corriente ($7.254.085.oo) el valor total del impuesto de delineación que por concepto de la construcción de la Terminal de Coveñas contrato 026 de 1990 y anexo No. 1 corresponde pagar al Consorcio de Ingeniería C.O.I. conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 Alberto Flórez, Secretario.

DECLARACION DE VENTAS NO PRESENTADA-Improcedencia/**DECLARACION DE VENTAS**-Requisitos/**BASE GRAVABLE DEL IVA**

"En la declaración correspondiente al bimestre en discusión se indicó como código interno de la actividad económica declarada # 652 (1.5) que la sociedad en el renglón "comercio" subrenglón "supermercados" por lo que es claro que aquélla estaba sujeta a la tarifa general del 10, y como quiera que en el renglón 5 de la declaración "impuesto generado por las operaciones gravadas" se había registrado la suma de $6.561.970, era fácil colegir que el "total de ingresos por operaciones gravadas" del renglón 4 era de la suma de $65.619.700. En consecuencia, lo anterior, a juicio de la Sala, era suficiente para identificar la base gravable, por lo que no podía considerarse como no presentada la respectiva declaración sino que como lo advirtió la División de Fiscalización debía corregirse, tal y como lo solicitó la actora atendiendo precisamente la sugerencia hecha por la mencionada oficina".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., once (11) noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5203. Actor: Caja de Compensación de la Industria y Comercio Familiar de Palmira "COMINDUSTRIA" Impuestos-ventas. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada: la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales- contra la sentencia distinguida con el No. 096 del 10 de septiembre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado para impugnar las resoluciones Nos. 012 del 8 de abril de 1991 y 00056 del 26 de mayo de 1992, a través de las cuales la Administración local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca negó la solicitud de corrección a la declaración de impuesto a las ventas correspondiente al tercer bimestre de 1989.

ANTECEDENTES

El día 14 de marzo de 1991, acogiendo sugerencia de la Administración de Impuestos de Palmira, la entidad Comindustria solicitó ante la División de Liquidación se le corrigiera la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al tercer bimestre de 1989, presentada el día 24 de julio de 1989 y radicada con el No. 23038010044513.

Mediante la resolución No. 012 del 8 abril de 1991 la División de Liquidación no aceptó la petición incoada por tenerse como no presentada la declaración del impuesto a las ventas por tal período, ya que omitieron diligenciar los renglones 1, 2, 3 y 4 correspondientes a las bases gravables y a la liquidación privada. De igual modo se conminó al contribuyente para que presentara la correspondiente declaración.

El día 8 de junio de 1991, el representante legal de la sociedad actora presentó el recurso de reconsideración, como quiera que atendiendo al emplazamiento de fecha 20 de mayo de mayo de 1991 había procedido a corregir la correspondiente declaración del impuesto a las ventas. El recurso fue resuelto en la resolución recurrida y reafirmando la solicitud para que la recurrente presentara la declaración del impuesto a las ventas por el tercer bimestre de 1989 "con todos los requisitos legales".

Con la decisión anterior se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Acusa las siguientes violaciones legales y constitucionales:

A) Artículos 2o, 16, 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional de 1986; 2o, 4o, 6o, 29, 83, 228 y 363 de la Constitución de 1991.

B) Artículos 574, 575, 579, 580 (literal c), 589, 600, 601, 602, 683, 742 y 933 del Estatuto Tributario.

C) Parágrafo del artículo 17, parágrafo del artículo 60 y 61 del Decreto 1643 de 1991.

E) Instrucción No. 002 de 1.990.

El concepto de violación se sintetiza en los siguientes términos:

- La entidad Comindustria presentó su declaración de impuestos a las ventas por el tercer bimestre de 1989, cumpliendo con la totalidad de requisitos exigidos por el artículo 602 del Estatuto Tributario, además la presentó en el lugar indicado, y si bien incurrió en una deficiente discriminación de factores, ello implicaba que el contribuyente o la Administración debía efectuar la correspondiente corrección a la declaración, por lo que al desconocer la Administración la declaración presentada con el debido cumplimiento de los requisitos legales violó por falta de aplicación los artículos 574, 575, 579, 600, 601 y 602 del Estatuto Tributario.

- De conformidad con el literal c) del artículo 580 del Estatuto Tributario, lo que configuraría el incumplimiento al deber formal de declarar, sería la omisión o ausencia de información, por no registrarse "ninguna cifra" en los renglones correspondientes a factores necesarios para identificar las bases gravables según lo ha establecido la instrucción No. 002 del 9 de enero de 1990 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que textualmente dice:

"Para efectos del literal c) del artículo 580 del Estatuto Tributario se entiende que no se han suministrado los factores necesarios para identificar las bases gravables, cuando en los renglones que correspondan a los factores que integran los mismos no se haya registrado ninguna cifra". Pero si los renglones relativos a las bases gravables contienen cifras equivocadas, las disposiciones tributarios han previsto diversos mecanismos de corrección entre los cuales no se encuentra el de calificar la declaración con errores como "declaración tributaria no presentada". De otra parte, habría que tener en cuenta que el artículo 48 de la Ley 49 de 1990, derogó tácitamente la figura de la inexistencia consagrada en el artículo 580 del Estatuto Tributario, estableciendo la posibilidad de "subsanar" y "corregir", y estas figuras son propias de actos existentes pero no de actos inexistentes.

Concluyó que se violó por lo anterior el literal c) del artículo 580 por indebida aplicación al rechazar la resolución No. 012 del 8 abril de 1991, la corrección impetrada; el artículo 742 *ibídem*, que establece que la determinación de los tributos y la imposición de sanciones debe fundarse en hechos que aparezcan demostrados en el proceso por falta de aplicación; y el artículo 933 *ibídem*, y 17, 60 y 61 del Decreto 1643 de 1991, que obliga a la Dirección de Impuestos Nacionales el cumplimiento de los conceptos interpretativos, también por falta de aplicación.

- De igual modo explicó que la Administración regional de Palmira desconoció la facultad de corregir la declaración que consagra el artículo 589 del Estatuto Tributario a la que acudió Comindustria al detectar algunas inconsistencias por las que no se

aumentaría el impuesto o saldo a pagar, por lo que también se violaron normas constitucionales ya que la Administración no podía negar el derecho a corregir ladeclaración tributaria en el evento descrito, con lo que desbordó el límite de sus atribuciones al actuar contrario a la ley y a la equidad, además de haberse incumplido los principios sobre impulso oficioso del proceso, eficacia de los procedimientos, motivación de las decisiones y valoración de la prueba contenidos en los artículos 2o., 3o., 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo así como el principio del espíritu de justicia que consagra el artículo 683 del Estatuto Tributario.

PARTE OPOSITORA

Reiteró que el formulario de la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al tercer bimestre de 1989, no contiene las bases gravables para determinar el impuesto a cargo al omitirse las cifras correspondientes a ingresos brutos ingresos por operaciones exentas, ingresos por operaciones gravadas, lo que impediría acogerse a la corrección que consagra el artículo 589 del Estatuto Tributario "al tenerse por no presentada la declaración inicial". Precisó por otra parte que el emplazamiento hecho por la División deFiscalización de la Administración de Impuestos de Palmira con base en la visita persuasiva dentro del programa encaminado a obtener márgenes de ventas, no tendría incidencia dentro del presente proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 10 de septiembre de 1993 acogió las súplicas de la demanda al encontrar contradictorio que mientras la resolución No. 12 de abril 8 de 1991 de la División de Liquidación rechaza el proyecto de corrección de declaración de ventas del período, teniendo por no presentar ésta y conminando a su presentación, la División de Fiscalización, el 20 de 1991, profiere emplazamiento para corregir la misma declaración, dándola por no presentada, actuación que había dado lugar a que la entidad declarante presentara la corrección cuestionada, por el mismo período en discusión el día 5 de junio de 1991, y no obstante ello, en la resolución que decidió el recurso contra el acto que denegó la petición de corrección, en contradicción con lo anterior se indicó que el emplazamiento para corregir correspondía a un programa de la División de Fiscalización sobre "márgenes de utilidad", que no incidía en la aceptación o no de las declaraciones de ventas y que "por lo tanto no es prueba para tenerse como legalmente presentadas las declaraciones que en esta instancia se recurren".

Por lo anterior, consideró que la actuación administrativa debe anularse y en consecuencia tener por presentada la declaración inicial del impuesto a las ventas correspondiente al tercer período bimestral mayo-junio de 1989, por lo que la entidad no estaría obligada a presentar nueva declaración y aceptar el proyecto de corrección presentado el día 14 de marzo de 1991.

LA APELACION

La entidad demandada en tiempo impugna la sentencia del Tribunal, manifestando que los hechos materia de impugnación se refieren exclusivamente a la situación que se plantea en los respectivos actos administrativos, "quedando excluida la corrección que presentó el contribuyente con fecha junio 5 de 1991, por que la corrección que inicialmente pretendió éste que se hiciera no fue aceptada, al tenerse por no presentada la declaración de ventas respectiva, no siendo procedente aceptar un proyecto de corrección que ni siquiera aparece dentro de los anexos de la demanda..."

Por otra parte, que la sentencia anuló la actuación demandada, sin analizar si ésta se ajustaba a derecho, de acuerdo al artículo 580 del Estatuto Tributario en que se fundamentó la decisión administrativa, limitándose a consideraciones de otra índole, como la de ser contradictoria tal actuación.

Y que el emplazamiento para corregir y los oficios persuasivos se rechazaron (sic) en cumplimiento de un programa de la Dirección General de Impuestos Nacionales para estudiar el comportamiento tributario de los responsables del impuesto sobre las ventas, programa a nivel nacional que por lo general no puede primar sobre el caso específico del demandante, ya que con anterioridad se había indicado en la resolución No. 010 (sic) que la declaración de ventas se tenía por no presentada..."

ALEGATOS DE CONCLUSION

La entidad demandada reitera que la actuación acusada se ajustó a las normas legales y que si bien el Decreto 2503 de 1987, no había establecido un procedimiento para subsanar los errores de las declaraciones que se tendrían como "no presentadas" la instrucción No.0002 del 9 de enero de 1990 de la Dirección de Impuestos Nacionales había establecido el procedimiento a seguir con respecto a las declaraciones presentadas con "inconsistencias", acto que aparece en los antecedentes administrativos (No.16), y que precisamente con base en ella se invitó al contribuyente "a corregir las declaraciones de ventas correspondientes a los bimestres 1o. a 6o. de 1989, al haber incurrido en la causal señalada en el literal c) del artículo 580 (...) que implica que no ha cumplido con el deber de declarar (...) procedió a corregir el 5 de junio de 1991, y el 26 de febrero de 1992, se envió oficio persuasivo No. 0135 solicitándole corregir las declaraciones el día 5 de junio de 1991, por cuanto no se liquidó la correspondiente sanción por extemporaneidad".

La parte actora reitera la improcedencia de aplicar el artículo 580 del Estatuto Tributario y por ende el reconocimiento del proyecto de corrección hecho a sugerencia de la propia administración (14 de marzo de 1991), respecto de la declaración presentada el día 24 de julio de 1989, y la indiscutible incidencia del programa de fiscalización que "reconocía la presentación de la declaración".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante esta Corporación emite concepto en el sentido de que la sentencia del Tribunal debe ser revocada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, pues el literal c) del artículo 580 del Estatuto Tributario considera no presentada la declaración, cuando ésta no contenga los factores necesarios para identificarlas bases gravables, no prevé que éstas se establezcan mediante razonamiento como lo que expone la demanda, sino que aparezcan en la declaración los factores que dieron lugar a las mismas, como los ingresos por operaciones exentas, excluídas o gravadas; pero ocurre que, en el caso, la declarante no indicó suma alguna de ingresos por operaciones gravadas, circunstancias suficientes para concluir que la declaración en cuestión debe tenerse por no presentada. Además critica la decisión del Tribunal, porque accede a las súplicas de la demanda con planteamientos no expuestos en ésta, pues lo que se discutía no era si la Administración había incurrido en contradicciones o no, sino la declaración del 24 de junio de 1990 debía tenerse por no presentada, y ya se vio que ésta no sólo omitió los factores que integran las bases gravables, sino esta misma base.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se discute en el presente proceso la validez de la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al tercer período bimestral del año gravable de 1989, presentada el día 24 de julio de 1989 con radicación No. 23038010044513 en la Administración de Impuestos de Palmira, y la procedencia de la corrección solicitada por la sociedad actora con fecha 14 de marzo de 1991, con respecto a dicha declaración.

La Sala observa que, en sentencia del 15 de abril de 1994, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, proferida dentro del proceso 5293 promovido por la misma entidad actora contra actos administrativos relacionados con el mismo aspecto que se debate en el presente proceso, pero respecto al segundo período bimestral del año gravable de 1989, se señaló:

> "El Tribunal decidió bien, así no hubiera alcanzado a emprender el examen de los postulados fundamentales de la demanda, pues es evidente que si, en el contexto de la actuación administrativa referente a un mismo acto del contribuyente o responsable, el cumplimiento de una de las decisiones implicaba la negación del efecto perseguido por otra, resultaba imposible su aplicación simultánea, cumpliéndose necesariamente el fenómeno de su anulación o destrucción recíproca, aún sin declaración expresa del juez".
>
> "En efecto, el hecho de que una declaración tributaria, en el caso la correspondiente al impuesto sobre las ventas del segundo bimestre de 1989, se dijera, por un acto de por un acto de la Unidad de Liquidación, no presentada, ni susceptible

de corrección, y por otro, de la Unidad de Fiscalización, sí presentada pero sujeta a corrección, entraña contradicciones de tal naturaleza, que no es viable el cumplimiento de ninguna de las dos decisiones, ni hacen falta otras consideraciones para entender que sus pretendidos efectos terminaron por destruirse entre sí".

"Por otra parte, no es muy claro en qué se apoyaba la Unidad de Liquidación para mantener su tesis en la declaración no presentada, toda vez que el literal c) del artículo 580 del Estatuto Tributario, que invocó, trata de la ausencia de los factores necesarios para identificar las bases gravables y por lo que se desprende la controvertida declaración del período (fl. 18, c.a.), que señaló como código interno de la actividad económica declarada, el No.652, se ubicaba ésta en el renglón "comercio" subrenglón, "supermercados" por consiguiente sujeta a la tarifa del 10%; y como en el renglón 5 de la declaración, "impuesto generado por las operaciones gravadas", se había registrado la cantidad de $9.864.314, se podía colegir que el "total ingresos por operaciones gravadas" del renglón 4, era la suma de $98.643.140".

"Así las cosas, es palmario que la tarifa del 10% deducida del código de la actividad económica anotado en la casilla 6 del formulario y el valor del impuesto consignado en el renglón 5 del mismo, eran "factores necesarios" suficientes para "identificar" la "base gravable" del renglón 4, como se afirma en la demanda, debiendo tenerse la declaración en cuestión, no "por no presentada", segun erróneamente lo concluyó la Unidad de Liquidación, sino simplemente como "corregible", punto en el que fue más acertada la Unidad de Fiscalización".

En efecto, en la declaración correspondiente al bimestre en discusión se indicó como código interno de la actividad declarada el No. 652 (1.5), que ubicaba a la sociedad en el renglón "comercio", subrenglón "supermercados", por lo que es claro que aquélla estaba sujeta a la tarifa general del 10%, y como quiera que en el renglón 5 de la declaración "impuesto generado por las operaciones gravadas" se había registrado la suma de $6.561.970, era fácil colegir que "el total de ingresos por operaciones gravadas" del renglón 4 era la suma de $65.619.700.

En consecuencia, lo anterior, a juicio de la Sala, era suficiente para identificar la base gravable, por lo que no podía considerarse como no presentada la respectiva declaración, sino que, como lo advirtió la división de fiscalización, debía corregise tal y como lo solicitó la actora, atendiendo precisamente a la sugerencia hecha por la mencionada oficina.

Así las cosas las pretensiones de la apelante no están llamadas a prosperar, por lo que se impone confirmar la sentencia del Tribunal, por encontrarse conforme a lo establecido 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,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, devuélvase 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 Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

BONIFICACION HABITUAL/SALARIO/APORTES AL SENA-Base de Liquidación

"El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para que las bonificaciones constituyan salario deben tener el carácter de "habituales", esto es que el pago por tal concepto se realice por costumbre, rutina o tradición, aunque no se repita dentro de un período de tiempo ni se produzca en una fecha cierta. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en el dictamen pericial se indicó que las bonificaciones fueron reconocidas a ciertos funcionarios como recompensa de su productividad y como estímulo por la actividad desarrollada en beneficio del banco, y que el mismo actor afirmó que el banco reconoció bonificaciones en forma habitual, se observa que la circunstancia de que no se paguen a los mismos trabajadores ni se repitan dentro de un período (fundamento de apelación), no implica que el pago efectuado no sea habitual ni que pierda su naturaleza salarial toda vez que para los empleados beneficiados no hay duda que constituyen salario y su habitualidad no se refiere a la periocidad, sino a su reconocimiento siempre que se presenta el hecho reconocido de una especial labor desarrollada que incide en la productividad. De acuerdo con lo previsto en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento. Como sobre el dictamen pericial no se solicitó complementación o aclaración ni fue objetada de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del C. de P.C., tal prueba conserva su validez y, por lo tanto, los valores incluidos en el dictamen por

conceptos de "gastos de alojamiento y manutención" al constituir salario en los términos del artículo 130 del Código Susantivo del Trabajo, integran la base para liquidar los aportes al SENA".

VACACIONES-Naturaleza/**NOMINA MENSUAL DE SALARIOS /APORTES AL SENA**-Base de Liquidación

"Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone que para efectos de la liquidación de los aportes al SENA "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario... y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales", resultan inaceptables las argumentaciones del apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vacaciones de acuerdo con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria está excluido de la base de los aportes en comento, toda vez que, por una parte, en el mencionado artículo 189 del citado código no se le atribuye tal carácter indemnizatorio a las vacaciones pagadas en dinero, y por otra, los pagos que el Banco actor efectuó por concepto de vacaciones, reconocidas en descanso o en dinero, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que es norma especial, forman parte de la base para la liquidación de los aportes al SENA".

PRIMA DE VACACIONES-Naturaleza/**APORTES AL SENA**-Base de Liquidación

"En relación con la prima de vacaciones, resulta válido el argumento en el sentido de que "los pagos verificados por descansos remunerados de la ley y convencionales" (artículo 17 de la Ley 21 de 1982), constituyen base de la liquidación de los aportes al SENA. En este aspecto, la Sala reitera que "siendo la remuneración la contraprestación que el patrono debe al trabajador, no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales constituyen remuneración derivada del contrato laboral".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5767. Apelación sentencia de junio 30 de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que determinó los aportes a favor del SENA por la vigencia de 1987 y 1988.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Banco Ganadero, el actor, contra la sentencia del 30 de junio de 1994, 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 la resolución número 1790 de julio 289 de 1992, expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

ANTECEDENTES

El director regional del SENA expidió la resolución número 1790 de julio 28 de 1992, mediante la cual ordenó al actor el pago de la suma de $27.157.070, por concepto de aportes causados a favor del SENA por las vigencias de 1986 y 1987, e indicó la procedencia del recurso de reposición, del cual no hizo uso el actor.

LA DEMANDA

El apoderado del Banco actor consideró vulnerados los artículos 12 y 17 de la Ley 21 de 1982, 7o. de la Ley 1 de 1963, 2o., 4o. y 5o. de la Ley 15 de 1959, 1o. y 5o. del Decreto 1258 de 1959, y 127, 128, 130, 186 y 189 del C.S.T.

El concepto de la violación se sintetiza así:

EL SENA, con la expedición del acto administrativo acusado infringió los artículos 17 de la ley 21 de 1982 y 127 (subrogado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990) y 128 de C.S.T., de conformidad con los cuales las bonificaciones constituyen salario cuando son habituales. Al respecto señaló que la habitualidad tiene que estar referida al trabajador, resultando así que si el patrono las decreta habitualmente pero no para los mismos trabajadores cada año, como sucede en este caso, la bonificación no constituye salario porque el trabajador la recibe sólo ocasionalmente.

En relación con los viáticos afirmó que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 130 del C.S.T., sólo constituyen salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento y por lo tanto al tomarlos el SENA en su totalidad vulneró la citada norma.

Respecto de las vacaciones dadas como descanso, advirtió que no constituyen salario por que no retribuyen directamente el trabajo sino el descanso, motivo por el cual fue desconocido el artículo 186 del C.S.T., en armonía con el 17 de la Ley 21 de 1982, y en cuanto a las vacaciones pagadas en dinero señaló que tampoco constituyen salario sino una indemnización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 189 del C.S.T. Al respecto citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En lo referente a las primas vacacionales indicó que, de conformidad con lo establecido en los artículos 127 y 128 del C.S.T. no retribuyen directamente el trabajo sino el descanso, careciendo por ello de la naturaleza salarial.

Finalmente y en cuanto al auxilio de transporte, manifestó que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 127 y 128 del C.S.T., 2o., 4o. y 5o. de la Ley 15 de 1959, 1o. y 5o. del Decreto 1258 de 1959 y 7o. de la Ley 1 de 1963, no integra el salario porque no retribuye directamente el trabajo sino que constituye un medio de transporte en dinero o en servicio que se le da al trabajador para que desempeñe sus funciones. En este punto citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

LA OPOSICION

La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que no fueron vulnerados los artículos, 12 de la ley 21 de 1982, porque la liquidación de aportes se realizó liquidando el porcentaje del 2% señalado en tal disposición, ni 17 ib., ya que la liquidación se soportó en la totalidad de los pagos hechos por concepto de salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del C.S.T.

En cuanto a las bonificaciones, afirmó que la parte actora no demostró la no habitualidad y que no es posible alegar la no existencia de la misma por pagarse a diferentes trabajadores, ya que la habitualidad no es *intuito personae*, sino que es necesario que el pago se realice periódicamente.

Indicó que no se presentó violación del artículo 130 del C.S.T. porque el SENA en la liquidación tomó los valores correspondientes a viáticos en la parte destinada a manutención y alojamiento.

Aclaró que no resulta posible lo pretendido por el actor en el sentido de hacer valer con carácter retroactivo la Ley 50 de 1990, porque tal normatividad entró en vigencia el 1 de enero de 1991 y los aportes liquidados correspondían a las vigencias de 1987 y 1988.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Bonificaciones

El *a-quo*, con fundamento en lo establecido en los artículos 127 y 128 del C.S.T., en el dictamen pericial y en la sentencia del Consejo de Estado de octubre 26 de 1990, exp. 2485, no le dio prosperidad al cargo afirmando que la habitualidad no solamente atañe al trabajador, porque aun cuando no se paguen a los mismos trabajadores ni se repitan dentro de un período de tiempo, que el mismo demandante señaló que el banco

las decretó en forma habitual, y por lo tanto las bonificaciones pagadas como recompensa a la productividad del trabajador no pueden considerarse ocasionales en razón de la periocidad del pago cuando su habitualidad se refiere al hecho de que frente a la labor desarrollada se cancela, lo que implica su frecuencia en el evento en que se repita el hecho, independientemente de que haya sido o no pactada con los trabajadores.

2. Viáticos

El Tribunal no le dio prosperidad al cargo, toda vez que el dictamen pericial confirmó los valores correspondientes a "gastos de alojamiento y manutención de empleados" incluidos en la liquidación oficial de aportes por las vigencias de 1987 y 1988, conceptos que son considerados como factor salarial de acuerdo con la norma citada por el actor.

3. Vacaciones

Con fundamento en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y en las sentencias del Consejo de Estado de 13 de octubre de 1989, exp. 1985 y de 3 de agosto de 1990 exp. 2497, el *a-quo* concluyó que las vacaciones y todo pago relacionado con ellas (prima de vacaciones y sobresueldo por vacaciones), sin distinguir las dadas como descanso y las pagadas en dinero, por realizarse en razón del descanso remunerado de ley, convencional o contractual, tiene naturaleza salarial y por lo tanto constituye base para la liquidación de los aportes al SENA.

4. Auxilio de transporte

En lo referente a esta aspecto, el Tribunal consideró que le asistía razón al actor en el sentido de excluir de la base de liquidación de los transportes de lo recibido por el trabajador por concepto de auxilio de transporte, que de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del C.S.T. no constituye salario.

Respecto del dictamen pericial, el *a-quo* desestimó la observación presentada por los peritos, referente a que la base gravable debía corresponder únicamente a la nómina de la Dirección General del Banco, ya que sus sucursales y agencias aportan al SENA por regionales, porque ello no se alegó en sede gubernativa ni se planteó en la demanda.

Finalmente advirtió, en lo relativo con la alegada aplicación retroactiva de la Ley 50 de 1990 por parte del actor, que no le asistía razón a la demandada porque el concepto de violación se fundamentó en las normas que regían para la fecha de los hechos y la cita de las disposiciones que las modificaron no implicaba una innovación de su transgresión.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal practicó una nueva liquidación, así:

BASE DEL APORTE	1987	1988
La determinación en la resolución		
No. 1790 del 28 de julio de 1992	$4.780.641.459	$6.366.487.358
Menos: auxilio de transporte aceptado	$ 62.315.480	$ 79.557.736
Base	$4.718.325.979	$ 6.286.929.622
Aportes SENA 2%	$ 94.366.520	$ 125.738.592
Menos: Pagos Comfenalco y otras	$ 86.458.791	$ 109.326.715
Aportes netos por pagar	$ 7.907.729	$ 16.411.877"

LA APELACION

El apoderado del actor interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustento así:

1. En cuanto a las bonificaciones, manifestó que si habitualmente el patrono las reconoce liberalmente pero sólo para unos cuantos trabajadores, así sean siempre los mismos, será la costumbre convertida en salario para esos trabajadores, pero no para los otros, a los que sólo ocasionalmente se les concede la bonificación. Al respecto indicó, con fundamento en el dictamen pericial, que en el caso de autos no puede afirmarse que habitualmente el banco conceda la bonificación para un determinado número de trabajadores, estando demostrado que no son los mismos cada año, aunque continúen al servicio del Banco los anteriormente beneficiados.

Señaló que la tesis planteada por el Tribunal significaría que puede presentarse el caso de que una bonificación fuera salario para el SENA y no lo fuera para los trabajadores o para una parte de ellos.

2. Respecto de los viáticos, señaló que el *a-quo* no analizó en su integridad el dictamen pericial, sino únicamente los párrafos de la página 9 del mismo en donde, por error u omisión de los peritos, "sólo se citan los rubros" correspondientes a viáticos sin discriminación, en las cifras tomadas por el SENA de la contabilidad del Banco, pero, repito, sin discriminar en sus factores de alojamiento y manutención que son los constitutivos de salario y que los peritos presentan en sus ANEXOS 8 y 9, así:

AÑO 1987

Concepto	Valor según SENA	Valor Según P. y G.	Banco Diferencia
Viáticos (Manutención alojamiento)	$168.965.521	$53.846.706	$115.118.815

AÑO 1988

Concepto	Valor según SENA	Valor Según P. y G.	Banco Diferencia
Viáticos (Manutención alojamiento)	$174.083.389	$54.328.630	$119.754.759

TOTAL: DIFERENCIA EN CONTRA BANCO.....$234.873.574".

(Folio 141).

3. En relación con las vacaciones (en descanso y en dinero) y la prima de vacaciones, manifestó, con fundamento en el artículo 189 del C.S.T. y en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el Tribunal desconoció la naturaleza indemnizatoria del pago en dinero de las vacaciones, omitiendo así la deducción para efectos de la contribución al SENA.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

No hubo pronunciamiento de la parte demandada ni del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dentro del *sub-lite* la controversia planteada se concreta en determinar si los pagos efectuados por conceptos de bonificaciones habituales, viáticos, vacaciones y prima de vacaciones integran o no la base de liquidación de los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Los artículos 12 y 17 de la Ley 21 de 1982 y, 127, 128 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, establecen que:

"Ley 21 de de 1982

"ART. 12. Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:

(...)

"2o. El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

"ART:17.- Para efectos de la liquidación de los aportes del régimen del subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos, se **entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación, y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.**

(...)".

Código Sustantivo del Trabajo

"Art. 127. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

"Art. 128. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrón como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus fuciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales que tratan los títulos VIII Y IX".

"Art. 130. 1. **Los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento**; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

"2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos".

(Se subraya).

1. Bonificaciones

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para que las bonificaciones constituyan salario deben tener el carácter de "habituales", esto es que

el pago por tal concepto se realice por costumbre, rutina o traición aunque no se repita dentro de un período de tiempo o se produzca en una fecha cierta.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que en el dictamen pericial se indicó que las bonificaciones fueron reconocidas a ciertos funcionarios como recompensa a su productividad y como estímulo por la actividad desarrollada en beneficio del Banco y que el mismo actor afirmó que el Banco reconoció bonificaciones en f orma habitual, se observa que la circunstancia de que no se paguen a los mismos trabaja-dores ni se repitan dentro de un período (fundamento de la apelación), no implica que el pago efectuado no sea habitual ni que pierda su naturaleza salarial toda vez que para los empleados beneficiados no hay duda que constituyen salario y su habitualidad no se refiere a la periodicidad, sino a su reconocimiento siempre que se presenta el hecho reconocido de una especial labor desarrollada que incide en la productividad.

2. Viáticos

De acuerdo con lo previsto en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento.

En lo referente a este aspecto, la inconformidad del apelante se concretó en que el *a-quo* no analizó en su integridad el dictamen pericial, y por error u omisión de los peritos sólo se citaron los rubros correspondeintes a "viáticos", sin discriminar en las cifras tomadas por en Sena de la contabilidad del banco, los factores de alojamiento y manutención que son los constitutivos de salario.

Al respecto se observa que no son aceptables las del traslado del dictamen pericial no se solicitó complementación o aclaración ni fue objetado de conformidad con lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, tal prueba conserva su validez, y por lo tanto, los valores incluidos en el dictamen por concepto de "gastos de alojamiento y manutención" al constituir salario en los términos del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, integran la base para liquidar los aportes al SENA.

Por otra parte, se advierte que la "aclaración al examen pericial", que obra a folio 125, recibida en el Tribunal el 14 de julio de 1994, esto es, con posterioidad a la fecha de expedición y notificación de la sentencia apelada, no puede ser tenida en cuenta ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1883 del Código de Procedimiento Civil, "para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello es este código", norma aplicable en desarrollo de lo establecido en los artículos 168 y 267 del Código Contencioso Administrativo.

3. Vacaciones

Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone que para efectos de la liquidación de los aportes al SENA "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario... y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales", resultan inaceptables las argumentaciones de la apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vacaciones de acuerdo con el art. 189 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria está excluido de la base de los aportes en comento toda vez que, por una parte, en el mencionado artículo 189 del citado código no se le atribuye tal carácter indemnizatorio a las vacaciones pagadas en dinero, y por otra, los pagos que el banco actor efectuó por concepto de vacaciones, reco-nocidas en descanso o en dinero, de conformidad en lo establecido en el art. 17 de la Ley 21 de 1982 que es norma especial, así como lo señaló el *a-quo,* forman parte de la base para la liquidación de los aportes al SENA.

4. Prima de vacaciones

En relación con la prima de vacaciones, resulta válido el argumento en el sentido de que "los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales" (art. 17 Ley 21 de 1982), constituyen base de la liquidación de los aportes al SENA.

En este aspecto la Sala reitera que "siendo la remuneración la contraprestación que el patrono debe al trabajador no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero, todas las sumas que recibe el trabajador durante los días de trabajo o los descansos legales constituyen remuneración derivada del contrato laboral" (expediente 1985. Actor: Sofasa S.A. Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, sentencia octubre 13 de 1989).

En igual sentido se pronunció la Sala en sentencia de 24 de enero de 1992, expediente 3741. Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

En relación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada por el recurrente es necesario precisar que está referida toda al carácter de los pagos hechos por vacaciones, pero no resulta aceptable enfrente a la norma de carácter especial arriba citada (Ley 21 de 1982, art. 17) que de manera expresa define la base de liquidación para aportes al SENA.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que los pagos efectuados por el banco actor a sus trabajadores por concepto de bonificaciones habituales, viáticos, vacaciones y prima de vacaciones, integran la base para liquidar los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Los anteriores razonamientos son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE el expediente al tribunal de origen. CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de fecha, once (11) de noviembre de 1994.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD-Definición/**ENTIDAD ADSCRITA AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD/ENTIDAD VINCULADA AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**

"El Sistema Nacional de Salud fue definido por el Decreto Extraordinario 056 de 1975 en su artículo 1o. como "el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud en la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación". Respecto de los conceptos de entidad "adscrita" o "vinculada", para "efectos de Sistema Nacional de Salud", la ley los definió en el artículo 2o. Así mismo, mediante Decreto 356 del 5 de marzo de 1975, que no obstante haber sido derogado expresamente por la Ley 10 de 1990, en su artículo 52, es aplicable al caso *sub-lite* por hallarse vigente para el período en discusión, se estableció el régimen de vinculación y adscripción de las entidades que prestan servicios de salud, así: en el artículo 1o., el decreto precisó que las entidades que presten servicio de salud estarán adscritas o vinculadas al Sistema Nacional de Salud, en la forma que el decreto prevé".

ACTIVIDAD DE SERVICIOS NO SUJETA/SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ACTIVIDAD DE LOS HOSPITALES/HOSPITAL VINCULADO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD/IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"El artículo 39 de la Ley 14 de 1983 señaló de manera taxativa las prohibiciones a los municipios en relación con el impuesto de industria

y comercio, las cuales fueron reiteradas en el Acuerdo 21 de 1983, acuerdo regulador del tributo en Distrito Capital y que cobijó expresamente "los servicios prestados por los hospitales adscritos o VINCULADOS al Sistema Nacional de Salud", en la forma prevista en los Decretos 056 y 356 de 1975. De suerte que el conjunto de organismos que se dedican a procurar la salud de la comunidad constituye el denominado Sistema Nacional de Salud. Así, las entidades de derecho privado por el solo hecho de prestar servicios de salud a la comunidad se entienden vinculadas al Sistema Nacional de Salud; de donde se colige que el concepto "vinculación" tiene una definición especial, "para efectos del Servicio Nacional de Salud", ligada a la finalidad del servicio público de salud, que por el hecho de prestarlo la entidad de derecho privado se integra o vincula al régimen del Sistema Nacional de Salud".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5766. Actor: Fundación Santafé de Bogotá C/ Santafé de Bogotá, D.C.Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de junio de 1994, mediante la cual anuló los actos administrativos que determinaron el impuesto de Industria y Comercio a cargo de la Fundación Santafé de Bogotá el año gravable de 1988, vigencia de 1989.

ANTECEDENTES

La FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA, en su declaración del impuesto de Industria y Comercio y Avisos por el año gravable 1988, vigencia de 1989, denunció como ingresos sometidos al gravamen la suma de $177.140.064, correspondientes a los percibidos por venta de droga y por otros conceptos diferentes a la prestación de servicios de salud, determinándose un impuesto a cargo de $1.853.776.

Mediante requerimiento 1168 del 10 de octubre de 1989, la Dirección de Impuestos Distritales solicitó a la fundación demostrar el monto total de los ingresos brutos obtenidos durante los años de 1987 y 1988; explicar y probar ingresos no incluidos en la base en cuantía de $114.105.601 para 1987, explicar y probar exención por valor de $2.248.169.041 para 1987 y de $3.131.868.220 por el año de 1988.

Previa inspección contable y oída la respuesta al requerimiento especial, la Dirección de Impuestos Distritales practicó la Liquidación Oficial 3005 del 1 de marzo de 1991, en la que incrementó la base gravable en $3.181.868.220, modificó algunos códigos de actividad e impuso sanción por inexactitud para un total por diferencias y sanción a favor de la Tesorería por $68.911.244.

Dicha liquidación oficial fue confirmada a través de las resoluciones 807 del 19 de septiembre de 1991 y 157 del 16 de marzo de 1992, que desataron los recursos de reposición y apelación interpuestos, agotándose la vía gubernativa.

DEMANDA

Ante la jurisdicción, la apoderada de la sociedad adujo que la actuación administrativa violó las siguientes disposiciones: artículos 26 y 163 de la Constitución Política; 35, 59 y 165 del C.C.A.; 140 y 142 del C.P.C; 9o. del Decreto 356 de 1975; 34, 35 y 36 de la Ley 14 de 1983; 197, 198, 199 y 200 del Decreto 1333 de 1986 y 4, numeral 4o., 9, 942, 47, 53, 54, 59 y 60 del acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá.

En primer lugar sostuvo la demanda, que los actos violaron las disposiciones que regulan el debido proceso, dado que la Administración se abstuvo de aplicar el procedimiento legalmente establecido para modificar la declaración privada de la lectora, toda vez que el artículo 42 del acuerdo 21 de 1983 exige la expedición de un requerimiento independiente por cada declaración, y la Administración, a través del Requerimiento 1168 de 1989, hizo referencia tanto a la declaración de 1987 como a la de 1988.

Igualmente, manifestó que la liquidación oficial no fue suficientemente explicada y que la Administración, al desatar el recurso de reposición, se abstuvo de estudiar los fundamentos de derecho expuesto en la impugnación.

De otra parte, adujo la demanda que la FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio, por cuanto la actividad que desarrolla no se encuentra incluida en la base imponible, dado que no ejerce actividades industriales como tampoco comerciales en tanto que no se dedica a la compraventa o distribución de bienes o mercancías y las actividades que ejerce no encajan en los servicios que la ley somete al gravamen, ya que en parte alguna se encuentra que la ley haya sometido al impuesto los servicios hospitalarios y de salud y porque los mismos no pueden asimilarse al servicio de consultoría profesional prestado por sociedades regulares o de hecho, circunstancia que tampoco se cumple ya que la Fundación no es una sociedad regular o de hecho.

Argumentó la demanda que la Fundación es una entidad hospitalaria vinculada al Sistema Nacional de Salud y excluida expresamente del Impuesto de Industria y

Comercio y Avisos, en virtud de lo establecido en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 4o. numeral 4o. del Acuerdo 21 de 1983 y el artículo 9o. del Decreto 356 de 1975, por cuanto la Fundación es una entidad que hace parte del Sistema Nacional de Salud y se encuentra vinculada a éste por prestar servicios de salud a la comunidad.

Que el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 prohíbe gravar con el impuesto de Industria y Comercio los hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud y que el Ministerio de Salud certificó el carácter de vinculado al Sistema de la Fundación.

Agregó que no procedía la aplicación de la sanción por inexactitud por sustracción de materia, ya que la declaración no contiene datos incorrectos, incompletos o inexistentes; que por no ser sujeto pasivo del impuesto no estaba obligada a presentar declaración, pero que habiéndola presentado se excedió el impuesto puesto que liquidó el gravamen sobre ingresos no sometidos al mismo, ya que por estar vinculada al Sistema Nacional de Salud no es contribuyente del impuesto.

Finalmente, acusó los actos administrativos de falsa motivación por no haber resuelto sobre todas las cuestiones planteadas en los recursos.

OPOSICION

El apoderado del Distrito negó que la actuación hubiese violado algunas de las exposiciones citadas por cuanto las mismas fueron correctamente aplicadas por la Administración y en la liquidación y discusión del impuesto la actora tuvo todas las oportunidades legales para ejercer su derecho de defensa, y sus peticiones, tramitadas y resueltas dentro de las normas aplicables.

Sostuvo que es necesario diferenciar los términos "adscrito" y "vinculado", precisando el primer concepto es para los establecimientos públicos y el segundo para las empresas industriales y comerciales del Estado, basándose en las normas y fundamento de la organización y estructura administrativa, como integrantes de una generalidad denominada Estado.

Que la Ley 14 en su artículo 39 y el Acuerdo 21 de 1983 establecen un tratamiento especial exclusivamente para las entidades que conforman el aparato oficial, esto es, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, pero en ningún caso contempla las entidades privadas, a las cuales se refiere, solamente de manera técnica como sujetas a la vigilancia e inspección por mandato constitucional, a la que no puede renunciar el Estado.

Así mismo, precisó que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible en sentencia de septiembre de 1983 el artículo 8o. del Decreto 356 de 1975, de la cual transcribió apartes, para concluir que cuando las normas legales se refieren a una entidad vinculada o adscrita siempre hacen referencia a entidades de derecho público y no del sector privado.

Agregó que las entidades privadas se rigen por la regla general, debiendo declarar en todo caso y someterse al impuesto correspondiente. Que la adscripción es viable solamente respecto a las entidades que operan con recursos del Estado, como los establecimientos públicos, y deben someterse al régimen de derecho público; que si el legislador, apartándose de la terminología legal, hubiese querido incluir entidades privadas, así lo habría determinado con claridad.

Respecto al certificado expedido por el Ministerio de Salud, manifestó que de él puede concluirse que la Fundación Santafé de Bogotá es una entidad meramente privada, en la cual el Estado no tiene participación económica y por tanto su vinculación a través del Sistema Nacional de Salud es completamente técnica, científica o de vigilacia e inspección.

LA SENTENCIA

Negó en primer lugar prosperidad a la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la demanda, por considerar que el libelo satisface las exigencias del artículo 137 del C.C.A.

Igualmente, despachó en forma desfavorable los fallos de la demanda según los cuales la actuación gubernativa violó las disposiciones en que debía fundarse, por considerar que el Acuerdo 21 de 1983 en su artículo 42 no exige que el requerimiento deba expedirse en forma independiente para cada año. Así mismo, encontró que la liquidación oficial sí contenía la explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada y que la ausencia de pronunciamiento sobre la petición de declaratoria de nulidad impetrada en la vía gubernativa no está consagrada como causal de nulidad en el artículo 140 del C.P.C. En lo que respecta al cargo de falsa motivación, estimó el *a-quo* que los aspectos se encuentran fundamentados en disposiciones de carácter local, por lo cual no es pertinente por este aspecto reclamar la violación de disposiciones nacionales.

Respecto a los cambios de fondo, consideró el Tribunal que en la forma como lo sostiene la demanda, la Fundación, para el período discutido en lo relacionado con los ingresos por servicios hospitalarios y de salud, éstos no deben considerarse incorporados en la base gravable del impuesto de Industria y Comercio por hallarse vinculada al Sistema Nacional de Salud, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 4o., numeral 4, del Acuerdo 32 de 1983, por cuanto en tal disposición se excluyó del impuesto a los servicios presentados por hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud, en la forma como se halla acreditado en el expediente a folio 250.

Agregó que dicha vinculación y conforme a lo dispuesto por el artículo 2o. del Decreto 056 de 1975, es una figura especial que se predica para el Sistema Nacional de Salud, no siendo admisible considerar que el término "vinculación" tenga las mismas connotaciones jurídicas que le asignan los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

En virtud de la prosperidad del cargo, dispuso la anulación de los actos administrativos causados.

APELACION

Al apelar, sostuvo el señor apoderado del Distrito Capital que el artículo 4o. numeral 4 del Acuerdo 21 de 1983 debe entenderse parcialmente modificado por el artículo 11 de la Ley 50 de 1984.

Que para demostrar que la actora es sujeto pasivo del impuesto, debe considerarse de manera prioritaria su condición de persona jurídica privada, que no obstante sus estatutos la presentan como una entidad sin ánimo de lucro para la presentación de servicios hospitalarios "factura sumas astronómicas y esos servicios son excluyentes, pues no tiene cobertura sino para un número exclusivo de usuarios", por lo que a pesar de estar vinculada al Servicio Nacional Hospitalario realiza actividad comercial con la venta de sus servicios médicos y hospitalarios a altos costos donde no tienen cabida la mayoría de asociados, dejándose ver que no hay función social, que a juicio de la apelación es el verdadero sentido de la vinculación al Sistema Nacional Hospitalario.

Agregó que no aparece por ningún lado la cobertura general en la presentación de atención médica, ya que no es su actividad, como lo afirman los estatutos, "la más desprendida manifestación de altruismo y/o filantropía", sino todo lo contrario, un ánimo netamente rentístico.

Luego de insistir en la legalidad de la actuación administrativa, incluida la imposición de sanción por inexactitud, solicitó la revocatoria de la sentencia y la declaratoria de vigencia de la actuación demandada.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por el señor Procurador Octavo Delegado ante la jurisdicción, en su concepto de fondo solicitó la confirmación de la sentencia apelada, pues las actividades que la actora desarrolla en el campo hospitalario y de salud no están incluidas en la base imponible del gravamen, y de allí la transgresión por parte de los actos acusados de las disposiciones citadas en la demanda. Que el Acuerdo 21 de 1983, en su artículo 4o., numeral 4, excluyó del gravamen los servicios presentados por los hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud, tal como sucede en el caso de la demandante.

Agregó que reviste importancia que en la época discutida estaba vigente el artículo 9o. del Decreto 356 de 1975, conforme al cual las entidades de derecho privado que presenten servicios a la comunidad se entienden vinculadas al Sistema Nacional de Salud.

Que dicha disposición fue cotejada por esta Corporación al enfrentarla con un decreto municipal, tal como apareció en los anales del Concejo números 495-486, primer semestre de 1985, página 393, Sección Cuarta.

Luego de destacar el aspecto probatorio, conforme al cual se halla acreditada la vinculación al Sistema Nacional de Salud, el reconocimiento de la personería jurídica y los estatutos de la fundación, incluyó que se trata de una entidad sin ánimo de lucro y exenta de pagar el impuesto discutido.

CONSIDERACION DE LA SALA

Observa la Sala que la controversia en esta instancia se contrae a determinar si la entidad actora es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio por la vigencia fiscal de 1988, en lo referente a los ingresos obtenidos en la prestación de servicios de salud.

El artículo 39 de la Ley 14 de 1983 dispuso:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán vigentes:

"1.

"2. Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904; además, subsisten para los departamentos y municipios las siguientes prohibiciones:

"a)

"b)

"c)

"d) La de gravar con el impuesto de Industria y Comercio los establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los **hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud**". (Resalta la Sala).

En el artículo 40, la Ley 14 previó la aplicabilidad de sus disposiciones en materia de Industria y Comercio al Distrito Especial de Bogotá.

Fue así como el Concejo del Distrito expidió el Acuerdo 21 de 1983, que en su artículo 4o. previó:

"ACTIVIDADES NO SUJETAS. No están sujetas a los impuestos de Industria, Comercio y Avisos, las siguientes actividades:

"1.

"2.

"3.

"4. La educación pública, las entiddes de beneficiencia... **y los servicios prestados por los hospitales adscritos o vinculados al Sistema Nacional de Salud**". (Resalta la sala).

Procede ahora determinar qué se entiende por Sistema Nacional de Salud, así como los conceptos de adscripción y vinculación de las entidades que prestan servicios de salud, conforme al ordenamiento vigente a la época de expedición de la Ley 14 de 1983.

El Sistema Nacional de Salud fue definido por el Decreto Extraordinario 056 de 1975 en su artículo 1o. como "el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación".

Respecto de los conceptos de entidad "adscrita" o "vinculada", para "efectos del Sistema Nacional de Salud", la ley los definió, en el artículo 2o., así:

"a)

"b) **Entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud**, como entidades de asistencia pública, son **todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicio de salud** a la comunidad, reciban o no aportes del Estado.

"c) **Entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud**, como entidades de asistencia pública, **son todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicio de salud a la comunidad**, reciban o no aportes estatales, aunque no tengan el control y vigilancia a que se refiere el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución Política". (Resalta la sala).

Así mismo, mediante Decreto 356 del 5 de marzo de 1975, que no obstante haber sido derogado expresamente por la Ley 10 de 1990, en su artículo 52, es aplicable al caso *sub-lite* por hallarse vigente para el período en discusión, se estabeció el régimen de vinculación y adscripción de las entidades que prestan servicios de salud, así: en el artículo 1o., el decreto precisó que las entidades que presten servicios de salud estarán adscritas o vinculadas al Sistema Nacional de Salud, en la forma que el decreto prevé.

El Capítulo I regula lo atinente al régimen de adscripción. El régimen de vinculación se encuentra determinado en el Capítulo II, del que forma parte el artículo 9o., conforme al cual:

> "Las entidades de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, por el **SOLO HECHO DE PRESTAR ESTOS SERVICIOS, SE ENTIENDEN VINCULADOS AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD**" (Destaca la Sala).

Igualmente, al regular el régimen de vinculación (entidades de derecho privado), el decreto distingue entre entidades con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro, y establece las obligaciones que deberán cumplir las entidades sin ánimo de lucro vinculadas al Sistema Nacional de Salud, entre las cuales se hallan las de someter a la aprobación del organismo competente de la dirección del Sistema Nacional de Salud, entre otros, sus planes y programas de salud; los proyectos de inversión, dotación e investigación en salud, obtener concepto favorable para la importación de productos, instrumental y equipos de salud, estipulándose también que estas entidades tendrán la junta que establezca sus respectivos estatutos con representación del Ministro de Salud Pública y del jefe del Servicio Seccional de Salud respectivo.

De todas formas, las actividades que en materia de salud realicen las entidades vinculadas al Sistema Nacional de Salud, por disposición del artículo 3o. del Decreto 056 de 1975, "deben cumplirse en estricta coordinación con los organismos que lo componen y sus entidades adscritas".

Conforme a lo anterior, establece la Sala que el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 señaló de manera taxativa las prohibiciones a los municipios en relación con el impuesto de Industria y Comercio, las cuales fueron reiterdas en el Acuerdo 21 de 1983, cuerpo regulador del tributo en el Distrito Capital y que cobijó expresamente "los servicios prestados por los hospitales o VINCULADOS al Sistema Nacional de Salud", en la forma prevista en los decretos 056 y 356 de 1975.

De suerte que el conjunto de organismos que se dedican a procurar la salud de la comunidad constituyen el denominado Sistema Nacional de Salud.

Así, las entidades de derecho privado por el solo hecho de prestar servicios de salud a la comunidad se entienden vinculadas al Sistema Nacional de Salud; de donde se colige que el concepto "vinculación" tiene una definición especial, "para efectos del Servicio Nacional de Salud", ligada a la finalidad del servicio público de salud, que por el hecho de prestarlo, la entidad de derecho privado se integra o vincula al régimen del Sistema Nacional de Salud.

En el *sub-lite* advierte la Sala que la actividad ejercida por la fundación actora se desarrolla en el campo de la salud, mediante la prestación de servicios hospitalarios, médicos, clínicos y programas de salud comunitaria, conforme se desprende de sus

estatutos y lo verificaron las agencias de impuestos distritales a través de las actas de visita del 11 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1990 (fls. 202 y 70). Resulta pertinente, transcribir lo que sobre el particular prevén los estatutos de la fundación, así:

> "La fundación tendrá como objetivo primordial desarrollar una serie de actividades en el campo de la salud para beneficio de la comunidad y especialmente construir y sostener una institución hospitalaria que servirá como centro para un amplio programa de medicina comunitaria. Los elementos fundamentales sobre los cuales orientará la Fundación su actividad serán: 1) La prestación integral de un servicio de atención a la salud de una comunidad de diversos estratos socioeconómicos. 2) El establecimiento y mantenimiento de los más altos niveles de atención a la salud, para lo cual hará uso de los más avanzados recursos tecnológicos de la medicina moderna. 3) La investigación, especialmente en el campo clínico, como factor indispensable para mantener una permanente actualización de las ciencias médicas para propender a su desarrollo..."

Corrobora lo anterior la respectiva autorización concedida por resolución 599 de 1989 (con validez por 5 años), expedida por la Secretaría de Salud Distrital (fl. 117), conforme a la cual se autoriza a la "Institución denominada FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA, ubicada en la calle 116 N° 9-02 (para que) preste los servicios de consulta externa, urgencias, hospitalización, odontología, radiología, laboratorio clínico y cirugía".

De otra parte, la actora acreditó que es una entidad vinculada al Sistema Nacional de Salud, con la certificación expedida por la jefe de División de Instituciones del Ministerio Salud, en la cual consta que la FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA posee personería jurídica reconocida mediante resolución 1916 de junio 14 de 1973, dictada por el Ministerio de Justicia y que:

> "Como **Institución de Utilidad Común** sin ánimo de lucro, de acuerdo con el Decreto 356 de 1975 era una entidad VINCULADA al Sistema Nacional de Salud". (fl. 250).

Conforme a las precisiones anteriores y las pruebas obrantes en el proceso, es concluyente que la FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA es una entidad hospitalaria, vinculada al Sistema Nacional de Salud y que conforme a las previsiones del Acuerdo 21 de 1983, en su artículo 39, numeral 2, literal d), no sujeta al impuesto de Industria y Comercio, por lo que es evidente que los ingresos percibidos por la actora en la prestación de servicios hospitalarios y de salud no forman parte de la base gravable del impuesto, cuyas consideraciones comparte la Sala y en consecuencia procederá, como lo ha solicitado el Ministerio Público, a confirmar 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, Secretario.

DERECHO DE ACCEDER A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ PRINCIPIO *SOLVE ET REPETE*/ACTO ADMINISTRATIVO/PRINCIPIO DE LEGALIDAD

"Como consecuencia del principio de legalidad que ampara a los actos administrativos y del carácter de ejecutoriedad predicable de los mismos, cuando quiera que la Administración imponga una multa, establezca un impuesto o contribución o liquide definitivamente un crédito, tales prestaciones económicas en favor del erario, han de satisfacerse una vez la decisión adoptada está en firme; enunciación ésta que corresponde al al principio *solve et repete*, mediante el cual se busca el recaudo oportuno de los recursos para evitar que se altere el normal funcionamiento de los servicios públicos y el cumplimiento de los cometidos que la Administración debe atender. Una cosa es el crédito sobreviniente de una persona y a favor de la Administración, que es lo que busca amparar la norma, y otra bien distinta, imposible de prever por el legislador, la de que el deudor sea más o menos solvente, pues su obligación proviene de la causa de la misma y de su exigibilidad legal, no de su mayor o menor capacidad de pago. La Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario el principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando

justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial".

DERECHO DE ACCEDER A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Objeto/**CAUSACION PARA DEMANDAR/PRINCIPIO DE IGUALDAD/ PRINCIPIO *SOLVE ET REPETE***

"El postulado constitucional del art. 229 de la C.N. comporta un contenido obligacional muy amplio para el Estado. Toda vez que en virtud de él no sólo se compromete a garantizar el acceso efectivo de todas las personas a la administración de justicia, sino que también se obliga a que ella sea eficaz, pública, permanente y rápida, pues de otra manera dicho acceso sería un simple entelequia. En efecto, la posibilidad de acudir a los estrados judiciales no es para el ciudadano una garantía, si no se le está asegurando que el proceso que promueve va a contar con una serie de características como las enunciadas, que representan una verdadera protección de sus derechos y que permiten hablar en todo su sentido de una "administración de justicia". Pese a ser el artículo 140 del C.C.A. una disposición que no violaba el principio de la igualdad de las personas frente a la ley, toda vez que ella se predica de aquellos sujetos que se encuentran en idéntica situación frente a la norma, de manera que la igualdad consiste en no crear ningún trato preferencial o discriminatorio, entre personas que se encuentran en el mismo supuesto fáctico legal, y pese a tener como sustento el principio de *solve et repete*, principio que procura la recaudación oportuna de los recursos del Estado, y que tiene como fundamento el principio de la legalidad que ampara los actos administrativos y la ejecutoriedad que por ende les es propia, la declaratoria de inconstitucionalidad se impuso, como forma de garantizar a los ciudadanos su acceso a la justicia. Y es que en no pocas ocasiones el administrado tuvo que abstenerse de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que se le revisara la suma que se le pretendía cobrar, con la certeza de que se encontraba mal tasada o indebidamente cobrada, precisamente por que no contaba con los medios necesarios para cancelar en forma previa la multa, el impuesto, la tasa o contribución de que se quería controvertir".

GARANTIA CON POLIZA DE SEGUROS/Validez/**LIQUIDACION DE CORRECCION ADUANERA-**Requisitos/**RECURSO DE APELACION ADUANERO/RECURSO DE REPOSICION ADUANERO/DERECHO DE ACCEDER A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

"Se debe garantizar al accionante la posibilidad de acceder a la administración de Justicia Contencioso Administrativa, dando así cum-

plimiento a lo establecido en la Constitución como norma superior en nuestro Estado de Derecho, máxime que en el *sub-lite* aparece, como ya se dijo, claramente establecido que el actor había garantizado con póliza de Colseguros el cumplimiento de la obligación impugnada por la vía del recurso y que el rechazo del mismo se fundamentó en que las normas especiales pertinentes que eran aplicables a la situación concreta no admitían el afianzamiento sino que exigían la liquidación de las sumas liquidadas oficialmente como requisito de procedibilidad del recurso. Se estima que el artículo 318 del Decreto 2666 de 1984 aplicado es inaplicable por violación manifiesta de la Constitución, particularmente en cuanto contraría el artículo 229 que regula y consagra la libertad de acceso a la justicia. Por lo tanto, deberá accederse a lo pedido por el accionante, mayormente en consideración a que si no es posible aplicar las referidas normas especiales deberán entonces aplicarse las comunes o generales contenidas en el numeral 2o. del artículo 52 del C.C.A. que al regular los requisitos que deben reunir los recursos para su admisión y trámite".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5871. Actor: José de Jesús Becerra. C/la Nación. Apelación auto de 25 de agosto de 1994. Auto.

Conoce la Corporación de la apelación interpuesta por el demandante contra la providencia del 25 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES

Mediante el auto referido al Tribunal Administrativo de Santander resuelve inadmitir la demanda presentada por José de Jesús Barrera Gómez, mediante apoderado, por las siguientes consideraciones:

Estima el Tribunal *a-quo* que el accionante no agotó la vía gubernativa frente al acto acusado, por cuanto los recursos de reposición y apelación fueron rechazados por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Bucaramanga, al no haber acreditado el pago de la liquidación de corrección, ya que la póliza de garantía allegada no es aceptada en casos como el recurrido, de conformidad con las prescripciones del Decreto 1751 de 1991.

APELACION

El apoderado del actor, inconforme con la decisión del Tribunal, apela la providencia referida y expone las siguientes razones de discrepancia.

Manifiesta que la interpretación específica y rectificada del agotamiento de la vía gubernativa contradice el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

Además, estima que con la negativa de conceder la apelación por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quedó expresamente finalizada la actuación administrativa, conforme al Código Contencioso Administrativo.

Tampoco encuentra relación de la vía contenciosa administrativa contra unos actos jurídicos, sobre los cuales la demanda puede o no tener razón, pero sobre los cuales deberá pronunciarse el Tribunal por su forma y fondo en una sentencia, pero en ningún caso en decisión previa a su estudio.

Precisa que la Administración de Justicia está por encima de los yerros de los particulares y del ejecutivo, y si la demanda reúne los requisitos, se debe tener acceso a la justicia.

OPOSICION

La Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales se opone al recurso de apelación, en los siguientes términos:

Afirma que en el caso de autos, al rechazar la Administración los recursos de reposición y apelación por inobservancia de los requisitos exigidos en la ley, se configuró el indebido agotamiento de la vía gubernativa, razón que imposibilita al actor para acudir ante la jurisdicción contenciosa. Transcribe apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 12 de septiembre de 1991, expediente 3358, para confirmar su tesis.

Además, no existe la contradicción entre el criterio del Tribunal y el inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la Administración se limitó a efectuar un análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de los recursos, sin entrar a estudiar las pretensiones del accionante.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico planteado a esta Corporación concretamente consiste en determinar si el rechazo por la Administración de los recursos de reposición y apelación, al no acreditar el actor el pago de la liquidación de corrección, imposibilita al accionante a acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

La Sala observa en el expediente que en su memorial de interposición de los recursos de reposición y apelación contra la liquidación de corrección No. 10.368 suscrita por la Dirección de Impuestos Nacionales de Bucaramanga el actor anexa la póliza No. 983159.2 de Colseguros, con la cual se garantiza el cumplimiento de la obligación.

Para resolver se considera:

La Constitución Política de 1991 establece como derecho fundamental la posibilidad de todos los ciudadanos de acudir ante la Administración de Justicia sin limitaciones que puedan dejar eliminadas o recortadas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho.

En efecto, su artículo 229 reza:

> "**Artículo 229.** Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogados".

En aplicación de este precepto a asuntos similares, la Corte Constitucional ha dicho:

> "Como consecuencia del principio de la legalidad que ampara a los actos administrativos y del carácter de ejecutoriedad predicable de los mismos, cuando quiere que la Administración imponga una multa, establezca un impuesto o contribución o liquide definitivamente un crédito, tales prestaciones económicas a favor del erario han de satisfacerse una vez la decisión adoptada esté en firme; enunciación ésta que corresponde al principio *solve et repete*, mediante el cual se busca el recaudo oportuno de los recursos para evitar que se altere el normal funcionamiento de los servicios públicos y el cumplimiento de los cometidos que la Administración debe atender. Una cosa es el crédito sobreviniente a cargo de una persona y a favor de la administración, que es lo que busca amparar la norma, y otra bien distinta, imposible de prever por el legislador, la de que el deudor sea más o menos solvente, pues su obligación proviene de la causa de la misma y de su exigibilidad legal, no de su mayor o menor capacidad de pago. La Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial".

En otra sentencia pertinente afirmó:

"En el presente caso, el Intra Regional Santander violó el debido proceso administrativo al rechazar los recursos interpuestos contra la relación 0120 del 16 de marzo de 1992, en que resolvió sancionar a la Inspección Municipal de Tránsito y Transporte de Floridablanca, cuando ésta impugnó ese acto, con fundamento del artículo 11 del Decreto 1270 de 1991, que en su parágrafo único (sic) dispone que: "los recursos contra una resolución que imponga sanción de multa sólo serán concedidos previo depósito de su valor, o garantizando en forma idónea el cumplimiento de la obligación". Esta disposición resulta inconstitucional al colocar a la inspección en la imposibilidad de ejercer los recursos de la vía gubernativa contra el acto que las sancionó por la suma de nueve millones setecientos setenta y cinco mil cincuenta pesos ($ 9.775.050) moneda corriente, toda vez que, como lo anota el accionante, le resulta legalmente imposible a una institución de derecho público, cuya disposición de bienes debe ajustarse según la ley a la prescripción presupuestal y no existe apropiación presupuesta para cubrir tal evento, según certificación que obra en folio 8 del expediente. Tampoco fue posible, según se deduce de las pruebas, que hubiese podido obtenerse expedición de garantía a la inspección de Compañía de Seguros, para asegurar en forma idónea la obligación. El principio de *solve et repete* que consagra la norma realmente se ha convertido en un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa en el presente caso, y por lo tanto la norma debe ser inaplicable porque viola el derecho fundamental al debido proceso administrativo en esas circunstancias".

En esta misma dirección, algunos estudiosos de la Constitución Política de Colombia han sostenido:

"A raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991 y en especial con la consagración expresa de los derechos fundamentales de la persona que en ella se hizo, se abrieron nuevos campos para la reflexión y el debate en los más diversos temas. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como es lógico, no se sustrajo a este clima y es así como posiciones, conceptos y principios que se venían haciendo tradicionalmente aplicados, fueron sustancialmente variados con el naciente orden constitucional.

"En efecto, disposiciones fundamentales como la que contempla el derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia o la que indica que en las actuaciones judiciales deberá prevalecer el derecho sustancial, así como aquélla que establece que dichas actuaciones deberán ser públicas, permanentes y además rápidas, modifican, entre otros, conceptos y principios tan tradicionales como el de *solve et repete*, la jurisdicción rogada en lo contencioso administrativo y el debido proceso, al imponer una carga especial a quien se encuentra en la importante labor de administrar justicia.

"1. El derecho de acceder a la administración de justicia.

Consagra el artículo 229 de la Carta Política de 1991 el derecho que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia, derecho que si bien siempre ha sido reconocido no tiene una consagración expresa en la anterior Constitución. Preceptúa el artículo 229:

"Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

"El postulado constitucional transcrito comporta un contenido obligacional muy amplio para el Estado, toda vez que en virtud de él no sólo se compromete a garantizar el acceso efectivo de todas las personas a la administración de justicia, sino que también se obliga a que ella sea eficaz, pública, permanente y rápida, pues de otra manera dicho acceso sería una simple entelequia. En efecto, la posibilidad de acudir a los estrados judiciales no es para el ciudadano una garantía, si no se le está asegurando que el proceso que se promueva va a contar con una serie de características como las enunciadas que representan una verdadera protección de sus derechos y que permiten hablar con todo su sentido de una "administración de justicia".

"El juez, como representante del Estado en este caso, debe procurar la remoción de obstáculos para permitir o facilitar que los particulares acudan hasta él. Esta posición encuentra respaldo en pronunciamientos como el del 26 de octubre de 1992, Sentencia No. TT- 576 de la Corte Constitucional, en la cual se dejó de aplicar una norma que imponía el pago anticipado de una multa, para poder interponer recursos en la vía gubernativa, por considerar que en el caso específico, el cumplimiento de este requisito representaba una violación del derecho de acceder a la justicia.

"No sólo la Corte Constitucional, sino también la Corte Suprema de Justicia ha dado importantes pasos en el reconocimiento de la necesidad de abolir todos los trámites y requerimientos que en determinado caso pueden minar los derechos ciudadanos. No de otra manera puede interpretarse la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 140 de C.C.A. en la parte que ordenaba cancelar previamente el valor de la multa, tasa, contribución o impuesto que se quería debatir en el juicio, porque en el decir de la Corte "el tipo de multa que por hechos contravencionales y obligacionales de orden cambiario, tributario, etc. imponen las autoridades del ramo, hace inaccesible la justicia a quienes tienen derecho de convertir ese acto sancionatorio, y la Administración en ese caso posee la atribución de bloquear la acción de la jurisdicción con la imposición de multas o la definición de obligaciones de magnitudes en ocasiones inalcanzables para los afectados.

"Pese a ser una disposición que no violaba el principio de la igualdad de las personas frente a la ley, toda vez que ella se predica de aquellos sujetos que se

encuentran en idéntica situación frente a la norma de manera que la igualdad consiste en no crear ningún trato preferencial o discriminatorio entre personas que se encuentran en el mismo supuesto afectivo legal, y pese a tener como sustento el principio de solvet et repete, principio que procura la recaudación oportuna de los recursos del Estado y que tiene como fundamento el principio de la legalidad que ampara los actos administrativos y la ejecutoriedad que por ende les es propia, la declaratoria de inconstitucionalidad se impuso, como forma de garantizar a los ciudadanos su acceso a la justicia.

"Y es que en no pocas ocasiones, el administrado tuvo que abstenerse de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que revisara la suma que se le pretendía cobrar, con la certeza que se encontraba mal tasada o indebidamente cobrada, precisamente porque no contaba con los medios necesarios para cancelar en forma previa la multa, el impuesto, la tasa o la contribución que se quería controvertir.

"El anterior planteamiento llevó a la Corte Suprema de Justicia a disponer, en los casos en que la demanda versara sobre impuestos, tasas, contribuciones o multas, o en los que se exigieran créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, se prestara una caución en los términos del inciso final del artículo 140 C.C.A., con lo cual se preserva el principio *solve et repete*, sin hacer nugatorio el derecho a acceder a la justicia.

"Ahora bien, indicábamos al comienzo de este escrito que el contenido obligacional del Estado iba más allá del permitir el acceso de los particulares a los estrados judiciales, pues así dicho acceso no está enmarcado dentro de unas pautas como la celeridad, la eficacia, la permanencia, etc., mal puede hablarse de "Administración de justicia". En efecto, en muchas ocasiones el retardo en los procesos judiciales y la falta de eficiencia en el trámite procesal, resultan aún más lesivas que el hecho o la circunstancia misma que determinó acudir al juez, con lo cual no sólo el Estado está incumpliendo su deber de permitir el acceso real a la administración de justicia y por tanto violando la Constitución, sino que también está causando un perjuicio al particular que debe ser indemnizado.

"Corresponde entonces al juez procurar la posibilidad verídica para el ciudadano de que se le administre justicia, para cuyo efecto debe, entre otras cosas, obviar todo aquello que represente una traba innecesaria, subsanar los errores de forma, pedir y practicar pruebas y cumplir los términos procesales, de manera que con su actuación administre justicia".

De otra parte, el Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, en su salvamento de voto manifiesta como fundamentos de su disentimiento de la decisión mayoritaria las siguientes razones:

"... encuentra el Despacho que las normas mentadas restringen el derecho de impugnar los actos administrativos a quienes no tengan capacidad económica suficiente para pagar las multas o liquidaciones adicionales, convirtiéndose (sic) en un obstáculo insalvable para el libre acceso a la administración de justicia. La Constitución de 1991, en su artículo 229, establece como un derecho fundamental de los asociados la posibilidad de acceso a ella, sin más requisitos que hagan nugatorio el derecho mencionado.

"La Corte Constitucional (sic), en sentencia No. 86 de julio 15 de 1991, exp. 2273, manifestó:

"**La posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración oficial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación al juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial...**"

En igual sentido se ha pronunciado dicha Corporación, mediante la sentencia C-599 de 1992 y C-576 del mismo año, así como la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de julio de 1991.

"Por lo anterior, considera el Despacho que al inadmitirse la demanda presentada se están desconociendo las garantías constitucionales contenidas en los artículos 13 y 229 de la Constitución Nacional, debiéndose implicar los (sic) artículos 318, 55 y 3 de los decretos 2666 de 1984, 755 de 1990 y 794 de 1991, respectivamente" (fls. 36/37).

En esta oportunidad, la Sala estima pertinente acoger la jurisprudencia y la doctrina para garantizar al accionante la posibilidad de acceder a la Justicia Contencioso Administrativa, dando así cumplimiento a lo establecido en la Constitución como norma superior en nuestro Estado de Derecho, máxime que en el *sub-lite* aparece, como ya se dijo, claramente establecido que el autor había garantizado con la póliza de Colseguros el cumplimiento de la obligación impugnada por la vía del recurso y que el rechazo del mismo se fundamentó en que las normas especiales pertinentes que eran aplicadas a la situación concreta no admitían el afianzamiento sino que exigían la consignación de las sumas liquidadas oficialmente como requisito de procedibilidad del recurso.

En la perspectiva que se dejó atrás consignada la Sala estima que el artículo 318 del Decreto 2666 de 1984 aplicado es inaplicable por violación manifiesta de la Constitución, particularmente en cuanto contraría el artículo 229 que regula y consagra la libertad de acceso a la justicia. Por lo tanto, deberá accederse a lo pedido por el

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

accionante, mayormente en consideración a que si no es posible aplicar las referidas normas especiales, deberán entonces aplicarse las comunes o generales contenidas en el numeral 2o. del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, que al regular los requisitos que deben reunir los recursos para su admisión y trámite dispone que uno de ellos es el de "acreditar el pago o el cumplimiento de lo que el recurrente reconoce debe ver y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que recurre cuando ésta sea exigible conforme a la ley"; situación ésta que, como antes se dijo, aparece satisfecha por el recurrente al haber otorgado la póliza de garantía No. 983159.2 de Colseguros por el valor de $4.834.720 a que se refiere la resolución No. 10003 de 30 de septiembre de 1993. (fls 9/11).

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

RESUELVE:

- Revócase el auto del 25 de agosto de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

- En su lugar, admítese la demanda presentada mediante apoderado judicial por el señor JOSE DE JESUS BECERRA GOMEZ.

- El Tribunal Administrativo de Santander dará cumplimiento a las previsiones contenidas en los numerales del 1 al 6 de artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo y CUMPLASE.

Se deja constancia de que este auto 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 Alberto Flórez, Secretario.

FACTURA-Obligatoriedad/**DOCUMENTO EQUIVALENTE/JUEGOS ELECTRONICOS/LIBRO DE REGISTRO DE OPERACIONES DIARIAS/ EXCEPCIONES PARA NO FACTURAR**

"Prevé el Estatuto Tributario en el artículo 616 de manera taxativa las excepciones a la obligación de expedir factura, sin que en tal enumeración exista alguna que permita a quienes prestan el servicio de juegos electrónicos sustraerse de tal obligación, a no ser que reúnan todos los requisitos exigidos en dicho artículo, y siempre que, conforme con lo señalado en el inciso 1o., diariamente elaboren el comprobante interno en virtud del cual se registran global o individualmente las operaciones diarias, que hará, por disposición legal, las veces de documento equivalente a la factura, el cual puede sustituirse únicamente por el libro de registro de operaciones diarias por cada establecimiento en el que se identifique al contribuyente, esté numerado y se anoten cronológica y diariamente, en forma global o discriminada, las operaciones efectuadas. En este orden de ideas, cuando el artículo 21 inciso 2o. del Decreto 836 de 1991 otorga, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de expedir factura, una opción a quienes prestan el servicio de juegos electrónicos, cuando la práctica comercial les dificulte expedir una factura por cada operación, para elaborar un documento diario (factura diaria), en el cual registre las operaciones diarias de cada establecimiento o sitio, no vulnera las normas superiores invocadas en la demanda sobre la obligación de expedir facturas".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5294. Actor: Camilo Ernesto Ramírez Baquero. Acción de nulidad contra el artículo 21 inciso 2o. del Decreto Reglamentario 836 de 1991 expedido por el Presidente de la República. Autoridades nacionales. Fallo.

El ciudadano CAMILO ERNESTO RAMIREZ BAQUERO, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del inciso 2o. del artículo 21 del Decreto 836 expedido el 26 de marzo de 1991 por el Presidente de la República, para reglamentar la Ley 49 de 1990 y dictar otras disposiciones.

No observando la Sala causal de nulidad alguna, procede a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO

Lo constituye el inciso 2 del artículo 21 del Decreto Reglamentario 836 del 26 de marzo 1991, que dispone:

"**Artículo 21. Facturación especial.**

"... Tratándose del servicio de utilización o préstamo a cualquier título de juegos electrónicos, cuando la práctica comercial dificulte la expedición de factura por cada operación, el responsable podrá optar por elaborar una factura diaria por cada establecimiento o sitio en el que se preste dicho servicio, la cual constituye documento equivalente".

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de la norma transcrita al considerar que el Gobierno Nacional al expedirla violó los artículos 6o. y 189 numeral 11 de la Constitución Política; 511, 615, 617 y 618 del Estatuto Tributario, al pretender imponer a las personas que prestan el servicio de juegos electrónicos la obligación de elaborar una factura diaria por cada establecimiento o sitio en el que se preste dicho servicio, a título de documento equivalente a la factura, porque a su juicio, en esta actividad, en la que la utilización del aparato electrónico por tiempo y oportunidad depende de la voluntad del usuario, no es posible llevar un registro individual de cada operación, y el ingreso de quien presta el servicio sólo está constituido por el remanente de monedas que quedan en la máquina al finalizar un determinado período de tiempo, razón por la cual para efectos admi-

nistrativos contables el control se realiza mediante planillas de recaudos semanales o quincenales que constituyen los comprobantes internos de registro de los ingresos, donde se muestra la cuantía del remanente y su distribución por establecimiento o máquina, siendo impráctico y a veces imposible el control de ingresos o períodos de tiempo inferior.

Como tal, la actividad es de aquellos en la que por fuerza de los hechos resulta imposible la discriminación de operaciones individuales, y el control de los ingresos es inoperante mediante la expedición de facturas, por lo que la obligación de elaborar la factura diaria, impuesta por el reglamento, es ilegal, ya que excede el ordenamiento legal contenido en el Estatuto Tributario, artículo 615, que prevé la factura sólo para aquellas actividades que permiten que este documento sea instrumento eficaz del control de las operaciones y de los ingresos derivados de su enajenación, siendo obligatoria únicamente en los eventos en los que por cada operación sea posible su emisión, pero no para aquellos casos en que basta un comprobante que registre globalmente múltiples transacciones.

A su juicio, la actividad de alquiler o préstamo de máquinas para juegos electrónicos constituye una excepción a la regla general de facturación, por no ser de aquellas actividades susceptibles de cumplir con la obligación impuesta por la ley, por lo que no puede el reglamento exigirle la obligación de emitir factura o documento equivalente, y al así hacerlo, desborda la función reglamentaria por no ser propia de ésta la creación de obligaciones más allá de las previstas por la misma ley.

Tampoco podía el reglamento crear un documento que no corresponde a la factura establecida por la ley (artículos 944 del Código de Comercio y 615, 617 y 618 del Estatuto Tributario), por no reunir ninguno de los elementos propios de la misma; entonces, no puede considerarse la norma acusada como un desarrollo de tales disposiciones, sino como creadora de un nuevo documento que extiende la obligación de emitir factura más allá de los supuestos regulados por la ley, extendiendo además por vía del reglamento los efectos jurídicos propios de la facturacomo son las sanciones y otros efectos desfavorables por el incumplimiento en su emisión.

Alega que con fundamento en el artículo 50 de la Ley 6a. de 1992 puede la Administración implantar sistemas de control razonables para la actividad aludida acorde con las características del servicio.

OPOSICION

La Nación, a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la actora, argumentando que no existe la violación de las normas reglamentadas (artículo 616 del Estatuto Tributario), porque la norma acusada deja en claro que la expedición o elaboración de una factura diaria por cada establecimiento o sitio en el que se preste

dicho servicio no es de carácter obligatorio, sino que la misma elaboración dependerá de "cuando la práctica comercial dificulte la expedición de factura por cada operación". Esto se reafirma cuando más adelante la misma norma expone que si se da esa dificultad comercial, podrá el comerciante elaborar la factura diaria, es decir, la norma no obliga a que dadas esas circunstancias especiales comerciales deba utilizar inexorablemente el procedimiento descrito, sino que deja a la libre decisión del comerciante elaborar o no la factura diaria.

De otra parte, si la norma acusada está en consonancia con el artículo 684-2 del Estatuto Tributario, puede decirse que no es violatoria del artículo 615 del mismo Estatuto.

Norma que autoriza a la Dirección de Impuestos Nacionales para prescribir que determinados contribuyentes o sectores, previa consideración de su capacidad económica, adopten sistemas técnicos razonables para el control de su actividad productora de renta, o implantar directamente los mismos, los que servirán de base para la determinación de sus obligaciones tributarias.

Concluye que la norma demandada está en consonancia con la dinámica comercial que ésta exige, y más que estar en contra con la norma reglamentada, está concediendo un beneficio que sólo, y en las circunstancias específicas de la actividad comercial, puede optar el mismo comerciante; elaborar "una factura diaria" por cada establecimiento.

Que el reglamento busca sólo cobijar y ejercer un control efectivo sobre una actividad comercial que día a día aumenta el número de usuarios, en orden a la tecnología innovadora de los computadores y de la electrónica a la cual no escapa ninguna de nuestras actividades, y menos tratándose de un mercado dedicado con exclusividad al juego y esparcimiento de las personas.

Y siendo esto así, mediante la facultad reglamentaria se busca armonizar la ley con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que las mismas van requiriendo a fin de no hacer traumáticos tales cambios o hacerlos inoperantes.

Alega que para los efectos de control, los elementos de facturación previstos en la ley no se desconocen, sino por el contrario, se adaptan a las circunstancias de la práctica comercial.

La óptica desde la cual analiza y estructura la demanda el accionante no puede tomarse al punto que anule la facultad de reglametar la ley, sino de hacerla ágil y consecuente con el desarrollo que en muchos casos es paralelo al de otras normatividades.

Reitera que la norma deja en claro que la expedición o elaboración de una factura diaria por cada establecimiento o sitio en el que se preste el servicio de juegos

electrónicos no es obligatorio, sino que la misma elaboración dependerá de "cuando la práctica comercial dificulte la expedición de factura por cada operación"; esto se reafirma cuando la misma norma, más adelante, expone que si se da esa dificultad podrá el comerciante elaborar la factura diaria, es decir, que la norma no obliga a que se utilice el procedimiento descrito, pues es el mismo comerciante el que, de acuerdo al número de usuarios de su servicio, pueda optar facturar por cada operación o facturar diariamente. El hecho de que sea un servicio masivo, no quiere decir que su consumo lo sea igualmente, pues el mismo depende de unos horarios, de días o de épocas en el año que se incrementa tal actividad. Considera que a este tipo de circunstancias dables es que se proyecta el inciso demandado, sin que ello implique una extralimitación de la ley; y de considerarse como lo entiende el accionante, haría irrelevante e inoperante el propio artículo 684-2, con el cual puede la Nación implantar sistemas de control.

Tampoco es cierto que el documento a que se refiere la norma acusada no cumpla con los requisitos propios de la factura a que se refiere el artículo 617 del Estatuto Tributario, toda vez que la norma no está exonerando al comerciante de tal obligación, o sea, que esta disposición se debe interpretar en armonía con todas las disposiciones contenidad en la ley y el reglamento como mecanismo de control tributario.

Pide se reconozca la legalidad de la disposición acusada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión, el actor, luego de transcribir un aparte de sentencia del 2 de marzo de 1990, expediente 1957, sobre la interpretación del artículo 6215 del Estatuto Tributario, reitera lo expuesto en la demanda acerca de la obligación legal de expedir facturas, la que sólo puede exigirse atendiendo a la realidad económica del negocio, a la práctica comercial que posibilite su expedición y que en manera alguna puede aplicarse en el caso del servicio de juegos electrónicos, pues tal actividad no permite la discriminación de operaciones individuales y no está sujeta, en consecuencia, al cumplimiento de la obligación de expedir factura impuesta en la ley, razón por la cual no podía el reglamento pretender imponérsela en la forma como lo hizo, en la norma acusada.

La demandada al alegar de conclusión ratifica los argumentos expuestos en la oposición a la demanda y expone que el Decreto 0836 de 1991, reglamentario de la Ley 49 de 1990 se expidió con observancia de lo dispuesto en el artículo 120 numerales 3 y 11 de la Constitución Nacional de 1986 (hoy 189 numerales 11 y 20), en torno a los cuales se desarrolla la actividad reglamentaria, sin que pueda afirmarse que se violaron los artículos 615 y 616 a 617 del Estatuto Tributario, porque a juicio del demandante, la norma acusada exige la expedición de una factura diaria para una actividad que no se compadece con tal exigencia por la fuerza de los hechos. Siendo la ley general y

abstracta, el reglamento, más que desconocer y alterar los elementos de la factura, lo que hace es sujetar a control tal servicio, sin extenderlo a otras actividades.

Señala que la ley establece la obligación de expedir factura de manera general, y prevé que cuando la práctica comercial dificulte su expedición para cada operación no es que esté exonerando a quien preste el servicio de facturar, sólo le da una opción para que lo haga de manera diferente.

Por último, agrega que no es cierto que el documento exigido no tenga la naturaleza de factura ni de documento equivalente por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 617 del Estatuto Tributario, porque el hecho de que el reglamento no los repita, no indica que estén siendo alterados o que las normas del Estatuto que los exige pierdan su vigencia.

No siempre es necesaria la identificación del adquirente del bien o del usuario del servicio, pues el artículo 618 del Estatuto Tributario sólo la exige cuando ésta sea un responsable del IVA y así lo solicite al vendedor.

El hecho alegado sobre la imposibilidad de identificar cada una de las operaciones es una circunstancia que resulta incompatible con la verdad de los hechos en que se mueve esta actividad, que admite el demandante, de donde surge la legalidad de la norma, pues cualquiera que sea el juego ofrecido siempre existe la utilización de fichas con equivalencia dineraria, por lo que el valor de la operación será el resultado de multiplicar el número de fichas entregadas por su valor.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representando en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, no se pronunció en el presente negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La obligación de expedir facturas fue establecida por el Decreto 2503 de 1987, artículos 23 y 24, posteriormente adicionado por el artículo 64 de la Ley 49 de 1990 (hoy artículos 615, 616, 617 y 618 del Estatuto Tributario, que por su importancia en el *sub-lite* y en razón de que se invocan como transgredidos por el reglamento acusado, se transcriben:

> "**Artículo 615. Obligación de expedir factura**. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicion inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las

operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales.

"Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el tiquete expedido por ésta.

"PARAGRAFO: La boleta de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica constituye el documento equivalente a la factura".

"**Artículo 616. Excepciones a la obligación anterior**. Para los comerciantes minoristas o detallistas, que cumplan con las condiciones que se señalan a continuación, el documento equivalente será el comprobante interno en virtud del cual se registren global o individualmente las operaciones diarias:

"a) Que no estén constituídos como sociedad.

"b) Que sus ingresos netos provenientes de su actividad comercial en el año fiscal inmediatamente anterior no excedan de siete millones de pesos ($7.000.000), (valor año base 1987).

"d) Que no tengan más de dos (2) establecimientos de comercio".

"**Artículo 617. Requisitos de la factura.** Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615, consiste en entregar el original de la misma con el lleno de los siguientes requisitos:

"a) Apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria del vendedor o de quien presta el servicio.

"b) Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva.

"c) Fecha de expedición.

"d) Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

"e) Valor total de la operación.

"Al momento de la expedición de la factura, los requisitos de los literales a) y b) deben estar previamente impresos, a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar.

"Para quienes utilicen simultáneamente varios talonarios de numeración corrida entre los mismos en forma consecutiva o el mecanismo de cintas de

máquina registradora, el sistema de numeración consecutiva obliga llevar, adicionalmente, un libro fiscal de registro de facturación del respectivo establecimiento o sucursal, en el cual se anoten diariamente, y previa a su utilización, los talonarios o cintas debidamente numerados.

"Para quienes utilicen en todas sus operaciones solamente un talonario al tiempo, no será obligatorio llevar el libro a que se refiere el inciso anterior.

"El contribuyente que posea varios establecimientos de comercio o sucursales, deberá llevar un sistema consolidado en el cual se registren los diferentes libros fiscales de registro de facturación.

"El libro fiscal de registro de facturación debe reposar en el establecimiento de comercio o sucursal y la no presentación del mismo al momento que lo requiera la Administración o la constancia de existencia de talonarios de facturación o cintas de máquinas registradoras que no se encuentren registradas en dicho libro, que hubieran sido utilizadas o se encuentren en uso, dará lugar a la aplicación de las sanciones contempladas en el literal b) y c) del artículo 652. Tales hechos podrán ser constatados mediante el procedimiento señalado en el artículo 653".

Del contexto literal de las normas transcritas surge de manera general la obligación de expedir factura o documento equivalente por parte de las personas naturales o jurídicas que expendan bienes, que ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, por cada una de las operaciones que realicen.

Prevé el mismo Estatuto que en el artículo 616 de manera taxativa las excepciones a tal obligación, sin que en tal enumeración exista alguna que permita a quienes prestan el servicio de juegos electrónicos sustraerse a tal obligación, al no ser que reúnan todos los requisitos exigidos en dicho artículo, y siempre que, conforme con lo señalado en el inciso 1, diariamente elaboren el comprobante interno en virtud del cual se registran global o individualmente las operaciones diarias, que hará, por disposición legal, las veces de documento equivalente a la factura, el cual puede sustituirse únicamente por el libro de registro de operaciones diarias por cada establecimiento en el que se identifique al contribuyente, esté numerado y se anoten cronológica y diariamente, en forma global o discriminada las operaciones efectuadas.

Registro de operaciones diarias que pueden expresarse globalmente en la contabilidad, siempre que se especifiquen de modo preciso los comprobantes que respalden los valores anotados como lo enseña el artículo 773 *ibídem.*

No prevé entonces la ley excepción para el cumplimineto de la obligación de expedir factura o documento equivalente para el servicio de juegos electrónicos, atendidas las modalidades del negocio o la conveniencia de efectuar registros semanales o quincenales, pues si es la propia ley la que exige, para efectos fiscales, especialmente

para el IVA, un registro diario de operaciones, a tal disposición debe sujetarse el administrador a fin de que el Estado pueda velar por la exacta recaudación del tributo a términos del artículo 189 numeral 20 de la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, cuando el artículo 21 inciso 2 del Decreto 836 de 1991 otorga, para facilitar el cumplimiento de la obligación de expedir factura, una opción a quienes prestan el servicio de juegos electrónicos, cuando la práctica comercial les dificulte expedir una factura por cada operación, para elaborar un documento diario (factura diaria), en el cual registre las operaciones diarias de cada establecimiento o sitio, no vulnera las normas superiores invocadas en la demanda sobre la obligación de expedir facturas.

De igual forma, no transgrede la disposición acusada el artículo 617 del Estatuto Tributario, pues ella no establece que el documento equivalente a la facturadenominado "factura diaria", no deba contener los requisitos señalados en tal disposición.

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

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE y devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sección de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez, Secretario.

DEDUCCIONES EN IMPORRENTA-Oportunidad/**DEDUCCION POR INTERESES**-Improcedencia

"El hecho de que la Unidad de Auditoría de la Administración de Impuestos de Medellín, con fundamento en el análisis de la "cuenta de intereses" y en el comprobante de contabilidad por el cual la sociedad reversó la captitalización de intereses atendiendo la orden de la Superintendencia de Sociedades, hubiera erróneamente propuesto la adición a las deducciones declaradas el valor de los intereses objeto del ajuste al determinarse que correspondían a gastos generales del año gravable de 1984 no puede interpretarse como un reconocieminto legal de los mismos, si se tiene en cuenta que también desde el inicio del proceso la Administración los rechazó dejando sin efecto de esta manera la posible aceptación como deducción fiscal. La oportunidad para solicitar la deducción discutida era con la declaración o su adición, circunstancia que no aconteció, y en cuanto a la posibilidad de solicitarlos con la corrección legalmente no lo podía hacer, por cuanto únicamente se podían corregir cuando se aumentara el impuesto o se disminuyera el saldo a favor, es decir, que no era viable acudir a este mecanismo para corregir lo relacionado con el ajuste ordenado por la Supersociedades".

DEDUCCIONES EN IMPORRENTA-Requisitos

"Para que los gastos sean reconocidos como deducción fiscal de la renta, no es suficiente con que se produzca el hecho económico del gasto, sino que además es necesario que se cumplan las condiciones legales

exigidas para su aceptación y que además estén consagrados como legalmente deducibles en la legislación tributaria. Es así como la ley establece unos presupuestos esenciales (causalidad, necesidad y proporcionalidad) y unos requisitos de fondo y de forma, entre los que se encuentra el requisito de la "oportunidad" conforme al cual la deducción debe ser propuesta dentro del término legal previsto en la ley para que pueda aceptarse fiscalmente. Para la época de los hechos (año gravable 1984) la oportunidad para proponer las deducciones no es otra diferente a la del momento de declarar o adicionar, como quiera que las deducciones en el impuesto de renta constituyen factor necesario para determinar la renta líquida del contribuyente (artículos 64, 71 de la Ley 9 de 1983 y 4 del numeral 3 del Decreto 80 de 1984)".

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5248. Actor: Inversiones Restrepo S.A. Impuestos-renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada: la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 24 de septiembre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad INVERSIONES RESTREPO URIBE S.A., NIT: 90.902.020, para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín le determinó el impuesto de renta 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 13 de mayo de 1985, radicación No. 003173-622 en la Administración de Impuestos de Medellín, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a su cargo en la suma de $1.498.835.

Con fundamento en la inspección contable (acta del 16 de diciembre de 1986) y requerimiento especial No. OAE.R-002 del 29 de enero de 1987 (al cual no dio respuesta), la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Medellín modificó la liquidación privada anterior mediante la liquidación de revisión No. 916 del 13 de agosto de 1987, al rechazar, entre otros conceptos, deducciones en cuantía de

$60.600.000 por concepto de intereses, previamente adicionados a las deducciones propuestas dentro del renglón 235, como consecuencia de ajustes en la contabilidad ordenados por la Superintendencia de Sociedades, sobre lo cual la sociedad no adicionó la correspondiente declaración. De igual modo se impusieron sanciones por no identificar a las personas de quienes se devengaron los ingresos, y de los beneficiarios de pagos de créditos.

El representante legal, oportunamente, interpuso el recurso de reconsideración que fue resuelto mediente la Resolución No.0314 del 30 de septiembre de 1988, en la cual modificó la liquidación de revisión recurrida, al aceptar parcialmente los costos y deducciones desestimados, sosteniendo el rechazo por concepto de intereses y la sanción que no fue impugnada.

LA DEMANDA

El demandante adujo contra los actos administrativos que le determinaron el impuesto de renta y complementarios a su representada por el año gravable de 1984 violación de las siguientes disposiciones: artículo 85 de la Ley 9a de 1983, artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, artículo 31 de la Ley 52 de 1977, y artículo 78 del Decreto 1651 de 1961.

En el concepto de violación explicó, en primer término, que la demanda contenciosa únicamente impugna la sanción por valor de $6.812.125, por no identificar ingresos y los beneficiarios de pagos y créditos, y el proceder administrativo relacionado con la deducción por concepto de intereses por valor de $60.600.000, para que se levante la primera y se reconozca la segunda.

Con relación a la solicitud de eliminación de la sanción, manifestó que dicha sanción la impuso la Administración, cuando ya estaban vencidos los dos años de que trata el artículo 85 de la Ley 9 de 1983, "por cuanto esta sanción sólo puede imponerse dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración, plazo que no puede entenderse prorrogado por los tres meses para dar respuesta al requerimiento especial o por el término de la inspección ocular contable".

En lo referente a los intereses argumentó que la resolución emanada de la División de Recursos Tributarios invoca el artículo 4o. del Decreto 398 de 1983, norma que según él no tiene nada que ver con el punto materia de controversia, ya que la sociedad nunca corrigió la declaración de renta por el período gravable de 1984 y esa disposición sólo es aplicable a las adiciones que presentan los contribuyentes con posterioridad a los dos meses de que disponía para corregir las declaraciones.

Agrega que dentro del proceso de investigación y determinación del impuesto la Administración se ciñó a lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 1651 de 1961, al

incrementar el rubro de las deducciones declaradas con los intereses por valor de $60.600.000, consecuencia de los ajustes que realizó en los libros de contabilidad por orden de la Superintendencia de Sociedades, pero erró al desestimarlos posteriormente por falta de requisitos formales, no obstante haberlas encontrado debidamente soportadas en la contabilidad.

El anterior proceder para el apoderado de la actora es igualmente violatorio del artículo 187 del C.P.C. contentivo del principo de la unidad de la prueba, como quiera que el acta de visita fue clara al proponer los rechazos, pero también lo fue "cuando adicionó las deducciones por los intereses causados a favor de los acreedores y determinó" (...) que su patrocinada tuvo una pérdida operacional de $60.344.532.49.

Finalmente adivirtió que los principios de justicia y equidad que establece el artículo 31 de la Ley 52 de 1977 no fueron tenidos en cuenta por la Administración al desestimar tales deducciones.

PARTE OPOSITORA

La Administración de Impuestos de Medellín, por intermedio de su representante judicial, se hizo parte en el proceso, contestó la demanda y solicitó al Tribunal confirmar la actuación administrativa acusada, teniendo en cuenta lo siguiente:

– La sanción se impuso dentro del término establecido en el artículo 85 de la Ley 9 de 1983, como quiera que se impuso mediante liquidación de revisión, evento en el cual el citado término de descripción equivale al término de revisión (dos años), descontando las suspensiones previstas en la ley por el requerimiento especial y la inspección contable. Además, la sanción "no fue impugnada expresamente por el contribuyente con ocasión del recurso de reconsideración", lo que implicó su aceptación tácita.

– El artículo 4o. del Decreto 398 de 1983 tiene que ver con el punto relacionado con la deducción por concepto de intereses, por cuanto para tener derecho a esta deducción la actora debió solicitarla en la declaración tributaria o dentro de los 2 meses que tenía para corregir, y posteriormente pero llenando los requisitos establecidos en el artículo 4o. del Decreto 398 de 1983.

– La División de Recursos Tributarios apreció el acta de visita que sirvió de fundamento al proceso de determinación del impuesto "en su integridad", y en ella consta que la sociedad demandante "no envió comunicación alguna a la Administración informando sobre las correcciones efectuadas a los estados financieros" y está demostrado que la sociedad no adicionó la declaración por el año gravable de 1984, razón por la cual concluye que no es procedente reconocerlos por no haberse relacionado en la declaración y tampoco en adición o corrección posterior.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 24 de septiembre de 1993, se declaró inhibido para conocer el punto relacionado con la sanción impuesta en los actos acusados y con la relación a la deducción objeto de cuestionamiento acogió las súplicas de la demanda declarando la nulidad parcial de los actos administrativos demandados.

Sobre lo primero estimó que no le asistía razón al demandante porque se trataba de un hecho nuevo no debatido en la vía gubernativa, prohijando los argumentos expuestos en sentencia del 1 de febrero de 1991, de esta Corporación, expediente No.2784, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

En cuanto a la deducción por concepto de intereses, el Tribunal estimó que se configuraba la indebida o errónea aplicación del artículo 4o. del Decreto 398 de 1983, y del artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, como quiera que la sociedad se encontraba imposibilitada para corregir en la declaración el ajuste ordenado por la Superintendencia de Sociedades, puesto que ello tuvo lugar cuando había vencido el plazo legal para corregir o adicionar.

Así mismo, consideró que no era viable aplicar el artículo 4o. del Decreto 398 de 1983 "porque lo que contempla tal disposición es la posibilidad de modificar, cuando se aumente el impuesto a cargo o se disminuya el saldo a favor, lo que a las claras no sucedía...", pues al aumentar los factores de depuración de la renta -las deducciones- no se aumentaba el impuesto a cargo denunciado en la liquidación privada.

Fundamentado en lo anterior, el Tribunal declaró la nulidad parcial de los actos administrativos acusados.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Administración de Impuestos de Medellín puntualiza que la controversia se contrae a determinar la procedencia de la deducción por concepto de intereses por valor de $60.600.000, los cuales no fueron declarados por la sociedad, a pesar de haberlos contabilizado como gastos generales del año gravable de 1984.

Expresa que su representada en visita contable estableció que la sociedad a 31 de diciembre de 1984 "capitalizó" intereses causados entre los diferentes bienes raíces que poseía para ajustar los costos históricos al precio comercial, sin ningún fundamento legal y contable. Esta situación irregular, observa, dio lugar a que la Superintendencia de Sociedades diera claras instrucciones en el sentido de que la sociedad no debía capitalizar el 100% de los intereses financieros con el fin de ocultar las pérdidas

ocurridas durante el año gravable de 1984, instruyendo para que se efecturan los ajustes tendientes a reversarla, lo que ejecutó mediante comprobante No.4540 del 15 de agosto de 1985, hecho que implicó el surgimiento de una pérdida operacional por valor de $60.344.532.49.

Prosigue que la sociedad, con fines no claros, modificó los estados financieros obtenidos durante el año, y por ende la información de la declaración de renta tampoco correspondía a la realidad económica, con el agravante de que a pesar de haber corregido el hecho en la contabilidad, ello no se hizo en la correspondiente declaración, siendo inaceptable el hecho argüido en el sentido de que los ajustes se hicieron cuando ya había vencido el término para corregirla, porque el acta de visita de las Supersociedades es del 28 de mayo de 1985, fecha para la cual no se habían vencido los dos meses previstos para la correción.

Por ello, la Administración adicionó a las deducciones declaradas la suma de $60.600.000, por los ajustes contables que realizó la sociedad, pero que no podía reconocer de oficio, por tratarse de deducciones que no habían sido declaradas por la sociedad, "requisito esencial para la procedencia de la deducción", puesto que no basta que se produzca el hecho económico sino que es imprescindible que se cumplan las condiciones previstas en la ley, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia del 1o de febrero de 1991, expediente No. 2784, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La entidad demandada, al alegar de conclusión, reitera que en la fecha en que la Superintendencia de Sociedades realizó la visita ordenando el ajuste en la capitalización de intereses, la sociedad actora estaba en término para corregir o adicionar la declaración de renta, puesto que el término se extendía hasta el 13 de julio de 1985. Por ello, se reafirma en considerar que la decisión del Tribunal según la cual la sociedad no modificó la declaración por vencimiento del término para el efecto no es acertada, pues "las causas que dan origen a la corrección o modificación tiene lugar desde el momento mismo en que se presentó una declaración con factores incorrectos o errados".

El apoderado de la parte actora no presentó alegato de conclusión en esta oportunidad procesal. La Procuradora Sexta Delegada en lo Contencioso tampoco intervino.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo advierte la apelante-apoderada judicial de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, el debate en la presente oportunidad se contrae a determinar la procedencia como deducción fiscal de la renta declarad,a de la suma de $60.600.000,

correspondiente a intereses financieros que la sociedad actora había capitalizado a 31 de diciembre de 1984, y que por orden de la Superintendencia de Sociedades aquélla aplicó al estado de pérdidas y ganancias del ejercicio, mediante comprobante de diario No. 4540 del 15 de agosto de 1985, con los que la Administración de Impuestos aumentó las deducciones del renglón 235 de la declaración de renta del año gravable de 1984, pero que a su vez los desconoció como deducción fiscal con el argumento de no haber sido propuestos en la declaración o adición de la renta declarada.

Para que los gastos sean reconocidos como deducción fiscal de la renta, no es suficiente con que se produzca el hecho económico del gasto, sino que además es necesario que se cumplan las condiciones legales exigidas para su aceptación y que además estén consagrados como legalmente deducibles en la legislación tributaria.

Es así como la ley establece unos presupuestos esenciales (causalidad, necesidad y proporcionalidad) y unos requisitos de fondo y de forma, entre los que se encuentra el requisito de la "oportunidad", conforme al cual la deducción debe ser propuesta dentro del término legal previsto en la ley para que pueda aceptarse fiscalmente. Para la época de los hechos (año gravable 1984) la oportunidad para proponer las deducciones no es otra diferente a la del momento de declarar o adicionar, como quiera que las deducciones en el impuesto de renta constituyen factor necesario para determinar la renta líquida del contribuyente (arts. 64, 71 de la Ley 9 de 1983 y 4o. numeral tercero del Decreto 80 de 1984).

En el subexamine, la sociedad actora no propuso en la declaración y tampoco en adición (no adicionó) los intereses discutidos como deducción, por el contrario, es un hecho probado en el proceso que los mismos a 31 de diciembre de 1984 fueron capitalizados en diferentes actos (terrenos urbanizados, edificios y contratos en ejecución) y aunque la Superintendencia de Sociedades según acta de visita del 28 de mayo de 1985 y oficio No. 001937 del 16 de julio del mismo año (fls. 233 a 239 del cuaderno de antecedentes) ordenó a la actora reversar dicha capitalización, como quiera que de conformidad con las normas tributarias los mencionados activos no eran susceptibles de dicho tratamiento, y que el fin de la sociedad era el de ocultar las pérdidas ocasionales en el ejercicio contable, que en un momento dado afectarían la continuidad del negocio en marcha dado el estado de iliquidez en el cual se encontraba la sociedad (cesación de pagos), la misma no afectó la situación tributaria declarada por el contribuyente.

Ahora bien, el hecho de que la Unidad de Auditoría de la Administración de Impuestos de Medellín, con fundamento en el análisis de la "cuenta intereses" y en el comprobante de contabilidad No.4540 del 15 de agosto de 1985, por el cual la sociedad reversó la capitalización de intereses atendiendo la orden de la Superintencia de Sociedades, hubiera erróneamente propuesto la adición a las deducciones declaradas el valor de los intereses objeto del ajuste al determinarse que correspondían a gastos

generales del año gravable de 1984, no puede interpretarse como un reconocimiento legal de los mismos si se tiene en cuenta que también desde el inicio del proceso la Administración los rechazó dejando sin efecto de esta manera la posible aceptación como deducción fiscal, hecho que se advierte tanto en el requerimiento especial como en la liquidación de revisión, y que a su vez reafirma la División de Recursos Tributarios al resolver el recurso gubernativo.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es totalmente improcedente el reconocimiento como deducción de los intereses financieros, porque, además de no haber sido solicitados por el contribuyente en la declaración correspondiente al año gravable de 1984, dichos intereses fueron capitalizados a 31 de diciembre del año gravable, sin que esta situación tributaria se hubiera modificado.

De esta manera, la indebida aplicación de los artículos 71 de la Ley 9 de 1983, y 4o. del Decreto 398 de 1983, que alega el demandante y que acogió el Tribunal, no se da, pues la oportunidad para solicitar la deducción discutida era con la declaración o su adición, circunstancia que no aconteció, y en cuanto a la posibilidad de solicitarlos con la correción legalmente no lo podía hacer, por cuanto únicamente se podían corregir cuando se aumentara el impuesto o se disminuyera el saldo a favor, es decir, que no era viable acudir a este mecanismo para corregir lo relacionado con el ajuste ordenado por la Supersociedades.

Lo anterior conlleva a acceder a lo solicitado por la apelante-apoderada de la entidad demandada, toda vez que la decisión del Tribunal conforme a lo expuesto no se ajusta 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:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. 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* (ausente).

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

AJUSTE POR INFLACION A ACCIONES Y APORTES/COSTO DE ACTIVO FIJO ENAJENADO/AJUSTE POR INFLACION DE ACTIVO FIJO

"El Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993, modificó el Decreto 2075 de 1992 para aclarar, en primer lugar, cuál era la base del ajuste de los bienes poseídos a diciembre 31 de 1991 y fijar el costo en aquellos casos, exclusivamente, de que el contribuyente hubiere optado por el ajuste de acciones y aportes poseídos a diciembre 31 de 1986, según lo autorizado por el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, caso en el cual debía tomar tal valor mas los ajustes realizados, de acuerdo con el artículo 70 del Estatuto Tributario y los ajustes por inflación. En segundo lugar, en su artículo 3o. señaló la base para los ajustes fiscales de bienes poseídos a 31 de diciembre de 1991, y para tal efecto partió de lo ya dispuesto en el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992. Analizadas tales disposicones frente a las normas del Estatuto Tributario no se encuentra que en ellas se esté modificando o disponiendo en sentido diferente, sencillamente se efectuó una mayor precisión del alcance de tales normas para aquellos contribuyentes que tuvieron aportes y acciones en 1986 y que hubieran ajustado su valor patrimonial allí permitido".

VALOR PATRIMONIAL DE ACCIONES Y APORTES/COSTO FISCAL DE ACCIONES Y APORTES/COSTO FISCAL DE ACCIONES DE APORTES/VALORIZACION DE ACTIVO FIJO/DESVALORIZACION DEL ACTIVO FIJO/AJUSTE POR INFLACION DE ACTIVO FIJO

"Si el Estatuto Tributario prevé en el artículo 333-6 que cuando el valor patrimonial de las aciones o aportes exceda del costo del bien ajustado por PAAG, tal diferencia, que se contabiliza como superávit, no constituye ingreso ni hace parte del costo fiscal para determinar la utilidad de la enajenación, *contrario sensu*, el defecto (diferencia negativa), que se contabiliza como desvalorización, no debe ser tomada como deducción ni afecta el costo para determinar la utilidad o pérdida. Lo anterior resulta de la clara diferenciación que hacen las normas tributarias entre el "valor patrimonial" de los bienes y el "costo fiscal" de los mismos, el primero de los cuales juega para efectos de la cuantificación del patrimonio y las consecuencias fiscales que de él se derivan, y el segundo, costo fiscal, en la determinación de la utilidad o pérdida del ejercicio cuando se efectúe la enajenación de tales aportes y acciones, sin perjuicio de respetar la situación de aquellos contribuyentes que se acogieron al beneficio tributario transitorio establecido en la Ley 75 de 1986, que les permitió igualar el costo fiscal al valor patrimonial de sus acciones y aportes".

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/VIGENCIA DE LA LEY TRIBUTARIA/ APLICACION DE LA LEY TRIBUTARIA

"Es claro que si un reglamento modifica el anterior, para dar mayor claridad sobre tales aspectos, no contraviene el artículo 338 de la Constitución Nacional al precisar el alcance de la norma superior, pues no modifica ningunos de los elementos de la obligación tributaria, esencialmente la conformación de la base gravable, porque ésta estaba de antemano precisada en la ley. Tan evidente es, que las precisiones hechas en el Decreto 2591 de 1993 se encuentran implícitas dentro del ordenamiento superior, que el propio demandante expresamente afirma que no formula objeciones de ilegalidad alguna. Adicionalmente, en ninguna de las normas acusadas se ordena su aplicación para el año de 1993, pues la vigencia del Decreto 2591 de 1993 se regula en su artículo 10., que dice que dicho decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y si por vigencia se entendiera "su aplicación" la norma inconstitucional sería ésta y no los artículos acusados".

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5328. Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete. Acción de nulidad contra los artículos 2o. y 3o. último inciso, 3o. y 4o. numeral 7 inciso 2o. del

Decreto Reglamentario 2591 expedido por el Gobierno Nacional el 23 de diciembre de 1993. Fallo.

El ciudadano Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada por el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 demanda la nulidad de los artículos 2o. numeral 3o. último inciso, 3o. y 4o. numeral 7o. inciso 2o. del Decreto 2591 del 23 de diciembre de 1993 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual reglamentó parcialmente el Estatuto Tributario, artículos 69, 332, 333-2 y 342, en cuanto al costo de los activos fijos enajenados se refiere.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, procede la Sala a dictar sentencia.

EL ACTO ACUSADO

Lo constituye, como antes se anotó, los artículos 2o. numeral 3o. último inciso, 3o. y 4o. numeral 7o. inciso 2o. del Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993, que en su orden disponen:

"Decreto 2591 de 1993.

"Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio 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:

"...**Artículo 2o. Costo de los activos fijos enajenados.**

"... En el evento en que el contribuyente haya optado por ajustar al valor comercial el costo de las acciones y aportes en sociedades poseídos a 31 de diciembre de 1986, según el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, tomará dicho valor mas los ajustes efectuados de conformidad con el artículo 70 del Estatuto Tributario y los ajustes por inflación realizados en aplicación del Título V del mismo Estatuto a partir del año gravable 1992."

"**Artículo 3o. Base de los ajustes fiscales de bienes poseídos a 31 de diciembre de 1991**. El último inciso del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 quedará así:

"Los dos factores a que se refiere el presente artículo serán la base de partida para efectuar los ajustes por inflación, pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización o agotamiento".

"Artículo 4o. Ajuste de otros activos no monetarios.

"...Cuando al final del año el valor intrínseco o el valor en bolsa de las acciones o aportes en sociedades sea inferior al costo ajustado por el PAAG, la diferencia constituirá desvalorización para efectos tributarios, no deducible de la renta, ni afectará el costo para determinar la utilidad al momento de la enajenación del bien".

LA DEMANDA

La demanda persigue la nulidad de las normas transcritas, al considerar que el Gobierno Nacional, al expedir los artículos acusados del Decreto 2591 de 1993, violó la Constitución Nacional vigente en sus artículos 4o., 338 y 363 en razón de que a través de tales normas y en atención a la vigencia del decreto reglamentario fijada en su artículo 10, al modificar la forma de cómputo establecida en el artículo 8 del Decreto reglamentario 2075 de 1992 para determinar el valor fiscal de las acciones y aportes, cuando al final del año el valor intrínseco o el valor en bolsa resulte inferior al costo ajustado por PAAG, a partir del 23 de diciembre de 1993, afecta indebidamente la situación del contribuyente en un ejercicio anticipado, en contravención con las normas constitucionales invocadas, especialmente el artículo 338 que dispone que las normas que regulan los impuestos del período no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley.

Plantea claramente que no pretende con la demanda, dilucidar si las normas acusadas violan o no las disposiciones legales que dice reglamentar ni de sostener que la reglamentación derogada o reformada por ellos (Decreto 2075 de 1992) sea intocable. Sólo pretende solicitar que la Constitución Nacional se respete en uno de los puntos en donde el ordenamiento jurídico anterior a ella dio un giro de 180 grados al prohibir las sorpresas tributarias, de tal manera que si las disposiciones acusadas modifican la base gravable del impuesto sobre la renta, al variar los elementos que sirven de base para su medición no podían aplicarse para 1993.

LA OPOSICION

La Nación, a través de apoderada judicial, se opone a las pretensiones del actor argumentando que las normas demandadas no "cambian los elementos del hecho imponible", como se afirma en la demanda, y por lo tanto se desvirtúa la presunta violación de los mandatos constitucionales citados que prohíben la aplicación inmediata de las leyes reguladoras de las contribuciones.

Explica que la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación, dependiendo de la composición de los activos no monetarios y de la estructura patrimonial que presente el sujeto pasivo del impuesto de renta obligado a aplicar los ajustes tendrá distintos efectos en los estados financieros, y como consecuencia de ello los resultados del ejercicio serán igualmente diferentes.

El artículo 3o. del Decreto 2591 de 1992 es el que señala los conceptos que deben ser considerados para determinar el costo de enajenación de acciones y aportes, así:

– Precio de adquisición.

– Valor de los reajustes permitidos por el artículo 70 del Estatuto Tributario, es decir, el reajuste opcional de los activos fijos en el porcentaje que anualmente determine el reglamento.

– El valor de los ajustes por inflación efectuados a partir del año gravable de 1992.

Como se observa, estos tres (3) conceptos están ya definidos y considerados en el Estatuto Tributario, artículos 69, 70 y 332.

El inciso final del artículo 2o. del Decreto 2591 de 1992, norma acusada, señala un evento ya previsto en el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, que autorizaba en forma opcional a ajustar al valor comercial el costo de los activos fijos poseídos a 31 de diciembre de 1986 y disponía que dicho ajuste se tendría en cuenta para determinar el costo en caso de enajenación del activo, recogiendo a su vez los conceptos relativos al ajuste opcional del artículo 70 del Estatuto Tributario y los ajustes por inflación del artículo 332 del mismo Estatuto.

Es evidente, entonces, que el inciso final del artículo 2o. del Decreto 2591 de 1993 no introduce ningún concepto nuevo en la determinación del costo de enajenación de acciones y aportes, sencillamente se limita a precisar los conceptos que ya estaban contemplados en la ley antes de su expedición como determinantes del costo de los activos fijos.

En cuanto al artículo 3o. del Decreto 2591 de 1992 (norma acusada) explica que el artículo 6o. del Decreto 2075 de 1992 establece la base de los ajustes fiscales para bienes adquiridos antes del año gravable 1992, es decir, los poseídos a 31 de diciembre de 1991, dividiendo para el efecto el concepto "valor patrimonial de bien" en dos factores como allí se indica.

Y que en su inciso final, advierte que los conceptos señalados en el segundo factor y su ajuste no dan lugar a depreciación, amortización o agotamiento, sin perjuicio de que puedan ser considerados para determinar la utilidad o pérdida en la enajenación del bien.

El artículo 3o. del Decreto 2591 de 1993, por su parte, reproduce textualmente el inciso final del artículo 6o. del Decreto 2075 de 1992, excepto en cuanto hace referencia a la posibilidad de tomar los conceptos del segundo factor para determinar la utilidad o pérdida por la enajenación del bien.

Evidentemente la norma contenida en el artículo 6o. del Decreto 2075 de 1992 tiene una especial aplicación a la vigencia fiscal de 1992, porque ella está señalando

específicamente cuál es la base de los ajustes por inflación en 1992, en relación con los bienes poseídos a 31 de diciembre de 1991.

En 1993 la determinación del costo de los activos no monetarios al momento de la enajenación, obviamente, si se trata de los poseídos a 31 de diciembre de 1991, partirá del costo fiscal ajustado por inflación a 31 de diciembre de 1992, luego tampoco en este evento puede decirse que el artículo 3o. del Decreto 2591 de 1993 esté modificando o restringiendo el alcance de la ley, sino que, por el contrario, precisa los términos de la misma.

Finalmente, frente al inciso 2o. numeral 7o. del artículo 4o. del Decreto 2075 de 1992, que desarrolla los artículos 332 y 338 del Estatuto Tributario, dispone las reglas que deben considerarse para el ajuste por PAAG de otros activos no monetarios recogiendo en ocho numerales las situaciones de hecho que durante el período gravable respectivo pueden presentarse respecto de los activos sujetos a los ajustes por inflación, y por lo tanto el artículo 4o. del Decreto 2591 de 1993, que modifica los numerales 5o., 6o., 7o. y 8o. del artículo 8o. del Decreto 2075 de 1992, partiendo de los mismos supuestos de hecho allí previstos ajusta las disposiciones para lograr el equilibrio en la aplicación del sistema integral de ajustes por inflación y una correcta aplicación del mismo.

Explica que, en el caso concreto de la valorización o desvalorización de acciones y aportes, si por disposición de la ley y el mismo reglamento la valorización de acciones y aportes no constituye ingreso tributario ni forma parte del costo para determinar la utilidad en su enajenación, con mayor razón las desvalorizaciones de acciones o aportes no constituyen gasto deducible de la renta ni afectan el costo al momento de determinar la utilidad por su enajenación.

A su juicio, la norma acusada interpreta el alcance de la ley y permite mantener el equilibrio del sistema, al neutralizar los efectos de las valorizaciones y desvalorizaciones partiendo de situaciones ya contempladas en la ley y el propio reglamento antes de su expedición.

Concluye que la aplicación de las normas acusadas a la vigencia fiscal de 1993 no implica violación al principio de irretroactividad de la ley ni a la vigencia de las normas fiscales que consagran los artículos 363 y 338 de la Carta Política.

Solicita se reconozca la vigencia de las disposiciones acusadas para el año gravable de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El actor, al alegar de conclusión, reitera las peticiones formuladas en la demanda y los cargos contra las normas acusadas exponiendo:

1. El derecho es, ante todo, norma de convivencia, seguridad y certeza jurídica.

No existe seguridad, certeza jurídica y se atenta contra la convivencia si en cualquier relación entre los sujetos de la relación jurídica, habiéndose dado unas reglas de juego para el ejercicio de un derecho de una de las partes y el correspondiente cumplimiento de la obligación por la otra, la primera cambia en el camino las reglas, llevándose de calle la buena fe que debe darse en esas relaciones.

Lo anterior en forma alguna contradice el poder de imposición del Estado, que continúa incólume en la nueva Carta, atemperándolo si, en aras del sentido mismo de lo que es el derecho.

2. Bajo las reglas constitucionales de la Carta de 1886 se llegó a la conclusión de que en las obligaciones tributarias de período, cuyo hecho generador no se completaba sino en el momento en que culminaba el factor temporal del hecho generador, se podía cambiar en cualquier forma la estructura de la obligación sustancial como resultado de la teoría del principio de retrospectividad, como fenómeno distinto de la retroactividad, en virtud del cual mientras no se cerrara el período fiscal, la regulación de la obligación sustantiva podía variarse en cualquier sentido, en tal forma que el contribuyente podía verse compelido a afrontar por los cambios que se dieran en 31 de diciembre una obligación impositiva sobre su renta completamente diferente a la que el Estado le había establecido desde el 1 de enero hasta el 30 de diciembre.

Es evidente que aunque formalmente la teoría no contrariara la Carta, no propiamente podía predicarse que allí se daba seguridad al contribuyente.

3. Si en alguna materia dio la Constitución Nacional de 1991 un vuelco, y muy grande, fue en el ámbito de la obligación tributaria.

Es así como los elementos de la obligación sustancial tributaria no pueden ser determinados sino por el Congreso de la República.

Igualmente, el Congreso no puede revestir de facultades extraordinarias al Gobierno para decretar impuestos.

Obviamente, y con mayor razón, el Gobierno no puede, en ejercicio de la facultad reglamentaria, cambiar los elementos de la obligación sustancial tributaria.

Y se determina, clara y tajantemente, que no habrá retrospectividad en materia impositiva.

4. Afirma que en este proceso no pretende definir si los reglamentos demandados o aquellos que fueron remplazados por éstos son violatorios de la ley que reglamentan

o no, pues para plantear la violación de las normas constitucionales parte del supuesto de que tanto las disposiciones materia de la demanda como las normas derogadas por ella no son violatorias de la ley.

Es posible que una ley pueda ser reglamentada de dos o más formas diferentes, cuando los parámetros establecidos por la ley reglamentada hagan posible esas diversas formas de reglamentación.

Cosa que a su juicio ocurre en el *sub-lite* cuando de la simple lectura de unas y otras, se observa que reglamentan la ley en forma diferente, las derogadas de sus correspondientes derogatorias, en tal forma que las reglas del juego se le cambian al contribuyente, para bien o para mal, pero se le cambian, y de esa manera, por medio de un reglamento, el Gobierno pretende hacer lo que no puede hacer el legislador: revivir el principio de la retrospectividad, cambiando las reglas del juego el 31 de diciembre para toda una situación económica, financiera, jurídica cuyos parámetros durante todo el año se rigieron por normas de contenido diferente.

No cabe duda que el Gobierno Nacional y la Administración Tributaria pretenden que las disposiciones demandadas se apliquen para el año de 1993, pues ello surge de lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 2591 de 23 de diciembre de 1993 y del acto gubernamental de su publicación en el *Diario Oficial* 41.151 de diciembre 23 de 1993. Hecho que no niega la Administración Tributaria y lo advierte la cartilla de instrucciones que la Administración editó para llenar el formulario oficial de declaración de renta por 1993; y lo recuerda la misma Administración en carta enviada a los contribuyentes.

5. No es cierto que las normas objeto de la demanda digan lo mismo que las por ellas derogadas, basta su lectura, tanto de unas como de otras, para encontrar que no propiamente dicen lo mismo; es distinto el resultado según que se apliquen éstas o aquéllas a las mismas situaciones fácticas.

Es tan protuberante el cambio que se produce con el inciso 2o. del numeral 7 del artículo 4o., que la Administración no se atreve a sostener que dice lo mismo que la norma correspondiente derogada y se limita a manifestar que se presume su legalidad, olvidando que no se discute un problema de ilegalidad sino de inconstitucionalidad.

Invoca nuevamente la providencia del 29 de abril de 1994 expediente 4015, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, a efectos de lograr se declare la nulidad de las normas acusadas.

La apoderada de la Nación no presentó alegato de conlusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción, conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda ya que no

existe la violación del artículo 338 de la Constitución Nacional por parte de las normas acusadas, porque del texto literal de la norma constitucional se evidencia que en él se distingue entre las expresiones "aplicación" y "vigencia" de la ley y que la prohibición que consagra se refiere al fenómeno de la "aplicación" y no sobra repetir que esta norma dice que los estatutos legales que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período no puede aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la **vigencia** de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

Observa que los preceptos acusados no dicen que sus disposiciones se aplicarán al período gravable en que fueron expedidos.

En efecto, el numeral 3o., último inciso, del artículo 2o., expresa que en "el evento en que el contribuyente haya optado por ajustar al valor comercial el costo de las acciones y aportes en sociedades poseídos a 31 de diciembre de 1986, según el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, tomará dicho valor mas los ajustes efectuados de conformidad con el artículo 70 del Estatuto Tributario y los ajustes por inflación realizados en aplicación del Título V del mismo Estatuto a partir del año gravable 1992".

A su juicio, la norma no contraría al artículo 338, inciso 3o. de la Carta, pues no expresa que se aplicará desde el mismo período en que comenzó su vigencia. Pues la expresión "a partir del año gravable 1992" contenida en la norma no se refiere al período desde el cual debe ser aplicada, sino a los ajustes por inflación que los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a llevar libros de contabilidad vienen haciendo desde ese año gravable, en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 329 y siguientes del Estatuto Tributario.

Alega que el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992 señaló el mecanismo que debe tenerse en cuenta para la determinación de los ajustes fiscales, y aclaró que de conformidad con el artículo 353 del Estatuto Tributario y en concordancia con los artículos 329 parágrafo 2o. y 131 del mismo estatuto, para la aplicación fiscal del sistema de ajustes por inflación se deberá partir del valor patrimonial de los bienes a 31 de diciembre de 1991, y que para tales efectos el valor patrimonial se deberá descomponer en los factores que el mismo precepto señala.

Norma cuyo último inciso fue modificado por el artículo 3o. del Decreto 2591 de 1993, igualmente acusado por el actor, disposición ésta que dice que los dos factores a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 2075 de 1992 será la base de partida para efectuar los ajustes por inflación, pero los conceptos que comprende el segundo factor y su ajuste no darán lugar a depreciación, amortización o agotamiento.

Precepto que tampoco indica el período del cual deben aplicarse sus disposiciones.

En cuanto al segundo inciso del numeral 7o. del artículo 4o. del Decreto 2591 de 1993, que dispone que cuando al final del año el valor intrínseco o el valor en bolsa de las acciones o aportes en sociedades sea inferior al costo ajustado por el PAAG, la diferencia constituirá desvalorización para efectos tributarios, no deducible de la renta, ni afectará el costo para determinar la utilidad al momento de la enajenación del bien, observa que, como en los casos anteriores, la norma acusada tampoco dice que será aplicada a períodos gravables anteriores a su vigencia.

En lo que atañe al artículo 10 del Decreto 2591 de 1993, anota que éste se limita a indicar el momento a partir del cual comienza su vigencia, pero guarda silencio acerca de los períodos gravables a los que serán aplicables sus disposiciones.

Agrega que aun en el supuesto de que el Decreto 2591 de 1993 regulara contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado y que su artículo 10 ordenará que sus disposiciones se aplicarán a partir del año gravable en que comenzó su vigencia, en precepto anulable sería este mismo artículo y no las normas acusadas del mismo Estatuto: de otro lado, si éstas dijeran que deben aplicarse a partir del período en que fueron expedidas y en que comenzó su vigencia, sería procedente la nulidad de aquéllas, pero sólo en forma parcial, o sea en la parte que se refiera a la discutida aplicación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con las precisiones hechas por el actor, observa la Sala que éste persigue la nulidad de las normas acusadas, al considerar que de acuerdo con el ordenamiento constitucional que nos rige desde el año de 1991, no podía el Presidente de la República aplicar para el año fiscal de 1993 las modificaciones que introdujo por la vía gubernativa del Decreto 2591 del 23 de diciembre del mismo año, al interpretar para aplicar, de manera distinta a como lo había hecho en el Decreto 2075 de 1992, la detrminación del costo de los activos fijos representados en acciones y aportes en sociedades, y los efectos fiscales que se producen para el contribuyente sometido al sistema de ajustes por inflación cuando al final del ejercicio impositivo el valor intrínseco o el valor bursátil de los mismos bienes resulta inferior al costo ajustado por PAAG, y cuando determina la base de ajuste de estos activos.

Para resolver la cuestión debe determinarse si realmente existió o no modificación en los elementos de la obligación tributaria entre ellos la base de imposición. La sala préviamente precisa que el sistema de ajustes integrales por inflación, creado por el Decreto 2687 de 1988, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el numeral 4o. del artículo 10 de la Ley 75 de 1986, e incorporado como Título V del Estatuto Tributario por el Decreto 624 de 1989, con aplicación desde el año gravable de 1992, fue modificado por el Decreto 1744 de 1991, expedido por el Presidente de la República con fundamento en las facultades

conferidas por el artículo 25 de la Ley 49 de 1990, posteriormente sustituido por el Decreto 2911 de 1991, cuya inexequibilidad declaró la Corte Constitucional en sentencia del 14 de diciembre de 1992.

Es claro, entonces, que para el año gravable de 1993 regía en principio el título V del Estatuto Tributario integrado por las normas del Decreto 1744 de 1991 y las del Decreto 2687 de 1988 que no habían sido modificados por el anterior y por el Decreto Reglamentario 2075 de diciembre 23 de 1992, y el nuevo Decreto Reglamentario 2591 de 1993, en cuanto no implicará cambios en la determinación de cualquiera de los elementos que integran la obligación tributria.

Conforme a las normas contenidas en el Estatuto Tributario, en materia de ajustes por inflación a los activos, el artículo 330 del Estatuto Tributario determinó que tales ajustes tendrían efecto para determinar el impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes.

Es esencial para el caso el artículo 332 del mismo ordenamiento legal, que prevé el procedimiento para el ajuste de los bienes que forman el activo fijo del contribuyente, y que en su numeral 6o. dispone:

> "Cuando las valorizaciones técnicas efectuadas a los activos o cuando el avalúo catastral de los inmuebles **o el valor patrimonial de las acciones o aportes difieren del costo del bien ajustado por el PAAG, la diferencia se llevará como superávit por valorizaciones. Tal diferencia no será tomada como un ingreso ni hará parte del costo fiscal para determinar la utilidad en la enajenación del bien**, ni tampoco formará parte de su valor para el cálculo de la depreciación". (Subraya la Sala).

Previó así la norma el caso del incremento del valor patrimonial de acciones y participaciones en exceso del valor de ajuste por PAAG.

El Decreto Reglamentario 2075 de 1992, artículo 8 numeral 7 dispuso que:

> "**Artículo 8o. Ajuste de otros activos no monetarios**. "... Cuando las valorizaciones técnicas efectuadas a los activos o cuando el avalúo catastral de los inmuebles o el valor intrínseco o el valor en bolsa de las acciones o aportes en sociedades superen el costo del bien ajustado por el PAAG, el exceso no constituirá ingreso para efectos tributarios ni hará parte del costo para determinar la utilidad en la enejenación del bien ni tampoco formará parte de su valor para el cálculo de la depreciación.
>
> "Cuando al final del año del año el valor intrínseco o el valor en bolsa de las acciones o aportes en sociedades sea inferior al costo, determinado de acuerdo con el numeral 1 del artículo 6o. de este decreto ajustado por el PAAG, se hará

un ajuste por la diferencia, como crédito al valor del activo contra un débito que la cuenta correción monetaria fiscal".

Es decir que la norma reglamentaria, además de copiar en el inciso 1o. previsto en el numeral 6o. del artículo 332 del Estatuto Tributario, en su inciso 2o., interpretó la norma para disponer el efecto que producía en algunos casos el hecho de que el valor bursátil o el intrínseco de tales acciones y aportes al final del ejercicio, resultara inferior al valor del costo fiscal a diciembre 31 de 1991 ajustado por PAAG, ordenando mediante un simple manejo de tal diferencia efectuar un crédito al valor del activo contra un débito (gasto) por igual valor a la cuenta de corrección monetaria, es decir, reconoció la existencia del gasto (por desvalorización del activo) y el menor valor del costo fiscal del mismo activo, que se reflejaría al momento de su enajenación.

Posteriormente, el Decreto 2591 de diciembre 23 de 1993, modificó la norma reglamentaria para aclarar, en primer lugar, cuál era la base del ajuste de los bienes poseídos a diciembre 31 de 1991 y fijar el costo en aquellos casos, exclusivamente, de que el contribuyente hubiere optado por el ajuste de acciones y aportes poseídos a diciembre 31 de 1986, según lo autorizado por el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, caso en el cual debía tomar tal valor más los ajustes realizados, de acuerdo con el artículo 70 del Estatuto Tributario y los ajustes por inflación.

En segundo lugar, en su artículo 3o. señaló las bases para los ajustes fiscales de bienes poseídos a diciembre 31 de 1991, y para tal efecto partió de lo ya dispuesto en el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 2075 de 1992, pero suprimió la frase que dice: "sin perjuicio de que el contribuyente pueda tenerlos en cuenta para determinar la utilidad o pérdida al momento de la enajenación de los bienes".

En tercer lugar, en el artículo 4o. numeral 7o. inciso 2o. precisó los efectos de la diferencia existente entre el valor bursátil o intrínseco de acciones y aportes cuando resultara inferior al valor del costo ajustado por PAAG, determinando su carácter de "no deducible de la renta", "ni la afectación del costo" para determinar la utilidad al momento de la enajenación del bien.

Analizadas tales disposiciones frente a las normas del Estatuto Tributario, no encuentra la Sala que en ellas se esté modificando o disponiendo en sentido diferente, sencillamente se efectuó una mayor precisión del alcance de tales normas para aquellos contribuyentes que tuvieron aportes y acciones en 1986 y que hubieran ajustado su valor patrimonial allí permitido.

Se refiere, pues, el artículo 2o. último inciso a aquellos aportes y acciones poseídos antes de entrar en vigencia los ajustes integrales por inflación, los cuales efectivamente, de conformidad con el artículo 65 de la Ley 75 de 1986, podían ajustarse por única vez en la declaración de 1986 a su valor comercial, limitado al promedio del precio en bolsa

en diciembre de 1986 o a su valor intrínseco, ajuste que se tendría en cuenta para determinar el costo fiscal en caso de enajenación y este costo, a su vez, podía ajustarse anualmente en el 100% del incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados que elabora el Dane de octubre a octubre de fin de año y que a partir de 1992 para los contribuyentes a lo dispuesto en el Título V del Estatuto Tributario se sustituye por el PAAG, igual al mismo índice, sólo que se elabora conforme a la fluctuación del índice de precios al consumidor para empleados en el período comprendido de diciembre 1 del año y noviembre 30 del año anterior.

El artículo 3o. del decreto acusado, en cuanto suprime la frase... sin perjuicio de que el contribuyente pueda tenerlos en cuenta para determinar la utilidad o pérdida al momento de la enajenación de los bienes no varía la situación anterior, toda vez que en la medida que el beneficio resulte de lo establecido en las normas del Estatuto Tributario habrá lugar a su aplicación.

Pues si el Estatuto Tributario prevé en el artículo 333-6 que cuando el valor patrimonial de las acciones o aportes exceda del costo del bien ajustado por PAAG, tal diferencia, que se contabiliza como superávit, no constituye ingreso ni hace parte del costo fiscal para determinar la utilidad de la enajenación, *contrario sensu*, el defecto (diferencia negativa) que se contabiliza como desvalorización, no debe ser tomada como deducción ni afecta el costo para determinar la utilidad o pérdida. Lo anterior resulta de la clara diferenciación que hacen las normas tributarias entre el "valor patrimonial" de los bienes y "el costo fiscal" de los mismos, el primero de los cuales juega para efectos de la cuantificación del patrimonio y las consecuencias fiscales que de él se derivan, y el segundo, costo fiscal, en la determinación de la utilidad o pérdida del ejercicio, cuando se efectúe la enajenación de tales aportes y acciones, sin perjuicio de respetar la situación de aquellos contribuyentes que se acogieron al beneficio tributario transitorio establecido en la Ley 75 de 1986, que les permitió igualar el costo fiscal al valor patrimonial de sus acciones y aportes; para quienes la valorizaciónn ocurrida entonces representa un costo que incide en la determinación de una menor utilidad o una mayor pérdida.

Beneficio éste que se deriva directamente de la ley sin que pueda inferirse de ninguna manera que cuando el Decreto 2075 de 1992 en su artículo 6o. último inciso agregó: "... sin perjuicio de que el contribuyente pueda tenerlos en cuenta para determinar la utilidad o pérdida al momento de enajenación de bienes", estuviera consagrando en forma general y aislada para todo tipo de contribuyentes y enajenaciones el carácter de costo de las valorizaciones y desvalorizaciones de todo tipo de bienes del activo fijo, entre ellos el de acciones y aportes, ni que el término "valor patrimonial de los bienes a diciembre 31 de 1991" pudiera analizarse en forma literal y aislada del resto del mismo artículo del reglamento y de las normas superiores que regulan los ajustes por inflación.

Es claro, entonces, que si un reglamento modifica el anterior para dar mayor claridad sobre tales aspectos, no contraviene el artículo 338 de la Constitución Nacional al precisar el alcance de la norma superior, pues no modifica ninguno de los elementos de la obligación tributaria, esencialmente la conformación de la base gravable, porque ésta estaba de antemano precisada en la ley.

Tan evidente es que las precisiones hechas en el Decreto 2591 de 1993, se encuentran implícitas dentro del ordenamiento superior, que el propio demandante expresamente afirma que no formula objeciones de ilegalidad alguna.

Adicionalmente, como bien precisa el señor agente del Ministerio Público, en ninguna de las normas acusadas se ordena su aplicación para el año de 1993, pues la vigencia del Decreto 2591 de 1993 se regula en su artículo 10, que dice que dicho decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y si por vigencia se entendiera "su aplicación", la norma incostitucional sería ésta y no los artículos acusados.

Si bien es cierto que en la sentencia del 15 de octubre de 1993, expediente 4710, Actor: Juan Rafael Bravo A., Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, que invoca el actor, se precisa que también respecto del reglamento en la medida que regule y afecte alguno de los elementos estructurales de un tributo: los sujetos activos y pasivos, los hechos gravables, las bases gravables y las tarifas respectivas, se impone la estricta observancia del artículo 338 de la Constitución Nacional, en el *sub-lite*, como se anotó, no existe modificación en ninguno de los elementos de la obligación tributaria.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesion de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos* (ausente).

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Restricción/**IMPUESTO A LOS MOTELES/CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades/**FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DEL DISTRITO CAPITAL**

"El Distrito Capital carece de competencia para establecer un tributo con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad y a cargo de los inmuebles que obtengan licencia como motel o residencia, como el consagrado en el artículo 11, parágrafo 1o., Acuerdo 28 de 1992, expedido por el Concejo Distrital. Las entidades territoriales en materia impositiva no cuentan con soberanía tributaria para efectos de la creación de impuestos, ya que dicha facultad se halla subordinada a la que establezcan la Constitución y la ley. Que no siendo primaria sino derivada la facultad impositiva de estas entidades, para su ejercicio se reuiqere de autorización legal, de modo que no puede existir en el ordenamiento gravamen municipal que no haya sido precisamente creado o autorizado por la ley. Los concejos municipales, como corporaciones administrativas que son, sólo pueden adoptar en sus respectivas jurisdicciones los tributos dentro de las previsiones que sobre la materia establecen los artículos 338, 313 y 2887 de la Constitución Política. De conformidad con el artículo 313-4 de la Carta de 1991, la facultad impositiva de los municipios sigue limitada por las previsiones de la Constitución y de la ley, por lo que no se observa modificación que permita sostener que los municipios posean total autonomía en cuanto al establecimiento y regulación de los tributos, no siendo admisible el argumento de la apelación sobre la nueva autonomía en el ejercicio de la actividad impositiva, pues en todo caso ésta debe ejercerse "de conformidad con la ley".

IMPUESTO DE INSCRIPCION DE IMPUESTO/IMPUESTO A LOS MOTELES/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"No se halla en el Decreto 1333 de 1986 gravamen por concepto de "inscripción de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato" como lo establecía el literal 1) del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913, pues dicho impuesto de "inscripción" de los establecimientos que allí se relacionaban junto con el d epatentes, fueron sustituidos por el de Industria y Comercio, regulado en la actualidad por la Ley 14 de 1983, e incorporado en el C. de R.P. y M. en los artículos 195 y siguientes, contemplando los "hoteles, casas de huéspedes, moteles y amoblados" como actividades de servicio señaladas en el artículo 199, en la forma como se precisó en la providencia (junio 18 de 1993) que confirmó la suspensión provisional de la norma acusada".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 5792. Actor: Hernando Pinzón Avila contra Distrito Capital Santafé de Bogotá. Asuntos municipales. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito Capital Santafé de Bogotá, contra la sentencia dictada el 8 de julio de 1994, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, estimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad promovida por el ciudadano HERNANDO PINZON AVILA, contra el parágrafo 1o. del artículo 11 del Acuerdo 28 del 4 de diciembre de 1992, expedido por el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

El ciudadano HERNANDO PINZON AVILA, demanda la nulidad del parágrafo 1o. del artículo 11 del Acuerdo 28 de 1992, del Concejo de Santafé de Bogotá, Distrito Capital, porque estima, en síntesis, que el Congreso en forma exclusiva es quien está facultado para crear impuestos, cualquiera que sea el ámbito territorial, y que corresponde a las asambleas y concejos, como corporaciones administrativas, aplicar la ley creadora de los impuestos, mediante la expedición de las ordenanzas y acuerdos que se requieren para su debida ejecución.

Agregó el actor que el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo prohíbe reproducir actos anulados y que el Concejo de Bogotá aprobó el Acuerdo 4 de 1988,

que fue varias veces demandado y declarado nulo; pretendiéndose ahora revivir a través del acto acusado, la disposición anulada y que crea un impuesto de hasta 10 salarios mínimos mensuales para los moteles, residencias y similares.

Citó como normas violadas los artículos 150, numeral 12; 313, numeral 4°; 338 de la Constitución Política y 158 del C.C.A.

Acompañó fotocopia de diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de esta Corporación, en los cuales se decidió la legalidad del Acuerdo 4 de 1988, que estableció un gravamen similar.

OPOSICION

El Distrito Capital, a través del apoderado judicial, se opuso a la declaratoria de nulidad de la disposición acusada, básicamente porque el Concejo Distrital citó como fundamento para su expedición los artículos 311, 313, numerales 5 y 6, 322 y 323 de la Constitución y porque legalmente la norma se apoyó en la Ley 97 de 1913, artículo 1o., literal 1), que autorizó crear el impuesto de "inscripción de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato, cualquiera que sea su denominación".

Previa transcripción de la definición que sobre los citados establecimientos traen los diccionarios, sostuvo que los hoy llamados moteles se encuentran comprendidos en las denominaciones contenidas en la citada Ley 97 de 1913, que respalda el gravamen consagrado en el acuerdo acusado.

Agregó que la Constitución de 1991 dotó a las entidades territoriales de autonomía (art.287) y que la competencia para administrar los recursos y adoptar los tributos necesarios para el cumplimiento de la gestión, es del resorte exclusivo de los concejos y asambleas correspondientes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 8 de julio de 1994, declaró la nulidad de la disposición acusada.

Estimó el *a-quo* que el Concejo Distrital, a través de la norma cuestionada, creó un impuesto sin estar autorizado por la ley, pues es cosa diferente el acto de inscribir un nombre en un registro en la forma establecida en la Ley 97 de 1913, cuya vigencia consideró innecesario estudiar, al fijar una tarifa y una base gravable de número de habitaciones de un inmueble.

Observó que las disposiciones que cita el acuerdo como fundamento no facultan a los concejos municipales para recaudar con destino al Fondo de Vigilancia un

impuesto mensual como el establecido en la norma acusada, disponiendo en consecuencia su anulación.

APELACION

Al apelar, el señor apoderado del Distrito Capital sostuvo que la disposición acusada se ajusta a derecho, por cuanto la misma tiene su fuente en la Ley 97 de 1913, que autorizó al Concejo para crear libremente los impuestos contenidos en el artículo 1o., entre los cuales se halla el impuesto de "inscripción de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato, cualquiera que sea su denominación", descartándose de manera evidente las razones que tuvo el Tribunal para anular la disposición cuestionada.

A juicio del apelante, la disposición contenida en la Ley 97 de 1913, artículo 1o., literal 1), está vigente y se halla en plena armonía con el artículo 172 del Decreto 1933 de 1986 y en lo pertienente con la Constitución Política, artículo 313, numeral 4o. y 338.

Luego de reiterar los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda en materia de autonomía de los municipios, solicitó la revocatoria de la providencia apelada.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por el señor Procurador Delegado ante la Jurisdicción, solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar que aun cuando la función impositiva es exclusiva del Congreso, las asambleas y los concejos pueden ejercerla siempre que la ley los autorice para tales fines. Observó que en el *sub examine* ninguna ley ha facultado a los concejos municipales para que establezcan un impuesto de diez salarios mínimos sobre los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento para ser empleados como moteles o residencias. Previa la transcripción de apartes de la providencia que confirmó la suspensión provisional, consideró que la Ley 97 de 1913 se refiere a un gravamen diferente, o sea de "inscripción".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como sostiene la demanda, en diversas oportunidades se ha pronunciado la Sala respecto a la ausencia de respaldo legal e insuficiencia de las facultades invocadas por el Concejo de Santafé de Bogotá, para la creación de un impuesto como el establecido en la norma acusada y en todas ellas ha llegado a la conclusión, previo el análisis de las disposiciones constitucionales aplicables, que el Distrito Capital carece de competencia para establecer un tributo con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad y a cargo de los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como motel o residencia, como el consagrado en el artículo 11, parágrafo 1°, Acuerdo 28 de 1992, expedido por el Concejo Distrital, que dispone:

"**PARAGRAFO 1°.**: El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá recaudará mensualmente un importe de hasta diez (10) salarios mínimos diarios, que deberán pagar por habitación los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como motel o residencia, según reglamentación que expedirá el Alcalde Mayor, en un término de ciento veinte (120) días contados a partir de la promulgación de este Acuerdo.

"Esta suma se incrementará anualmente en un porcentaje igual al índice de inflación".

En efecto, reiteradamente se ha sostenido que las entidades territoriales en materia impositiva no cuentan con soberanía tributaria para efectos de la creación de impuestos, ya que dicha facultad se halla subordinada a lo que establezcan la Constitución y la ley. Que no siendo primaria sino derivada la facultad impositiva de estas entidades, para su ejercicio se requiere de autorización legal, de modo que no puede existir en el ordenamiento gravamen municipal que no haya sido previamente creado o autorizado por la ley.

Los concejos municipales, como corporaciones administrativas que son, sólo pueden adoptar en sus respectivas jurisdicciones los tributos dentro de las previsiones que sobre la materia establecen los artículos 338, 313 y 287 de la Constitución Política, así:

"Artículo 338: En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos..."

Según el artículo 313, corresponde a los concejos:

"4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales".

Así mismo conforme al artículo 287 Ib.:

"Las entidades terrritoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

"2. Ejercer las competencias que les correspondan

"3. Administrar los recurso y establecer los tributos para el cumplimiento de sus funciones".

De las normas transcritas se deduce claramente que de conformidad con el artículo 313-4 de la Carta de 1991, la facultad impositiva de los municipios sigue limitada a las previsiones de la Constitución y de la ley, por lo que no se observa modificación que permita sostener que los municipios posean total autonomía en cuanto al establecimiento y regulación de los tributos, no siendo admisible el argumento de la apelación sobre la nueva autonomía en el ejercicio de la actividad impositiva, pues en todo caso ésta debe ejercerse "de conformidad con la ley".

De otra parte, y respecto del artículo 1o., literal 1) de la Ley 97 de 1913, invocado por el señor apoderado del Distrito Capital como soporte del "importe" establecido en la norma acusada, observa la Sala que a través de la Ley 11 de 1986, artículo 76, el Congreso otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para codificar las disposiciones legales VIGENTES en materia de organización y funcionamiento de los municipios.

Resultado del ejercicio del dichas facultades es el Decreto 1333 de 1986, en cuyo Capítulo II se encuentra regulada la materia impositiva, estableciendo en el artículo 172, que "además de los existentes hoy legalmente, los municipios y el Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes", respecto de los cuales, advierte la Sala, que no se halla en el Decreto 333 de 1986 gravamen alguno por concepto de "**inscripción** de fondas, posadas, hoteles, restaurantes, casas de inquilinato" (resalta la sala), como lo establecía el literal 11 del artículo 1o. de la Ley 97 de 1913, pues dicho impuesto de "inscripción" de los establecimientos que allí se relacionaban junto con el de patentes fueron sustituidos por el de Industria y Comercio regulado en la actualidad por la Ley 14 de 1983, e incorporado en el Código de Régimen Municipal en los artículos 195 y siguientes, contemplando los "hoteles, casas de huéspedes, moteles y amoblados", como actividades de servicio señaladas en el artículo 199, en la forma como se precisó en la providencia (junio 18 de 1993) que confirmó la suspensión provisional de la norma acusada.

En efecto, la Sala tuvo oportunidad de conocer el cargo de violación de las normas superiores invocadas en la demanda, al decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Distrito, contra el auto que decretó la suspensión provisional, precisando en aquella oportunidad que:

> "Resultan insuficientes las facultades generales invocadas por el Concejo del Distrito Capital al expedir el Acuerdo 28 de 1992, para justificar la norma acusada. En efecto, dichas normas son el artículo 311 de la Constitución Política, que se refiere a las atribuciones generales del municipio como las de prestar servicios públicos, construir obras, promover el desarrollo de la localidad, etc.; el artículo 313 numeral 5, que atribuye a los concejos municipales la facultad de dictar normas orgánicas del presupuesto y expedir el que corresponda al ejercicio, el numeral 6, determinar la estructura de la administración municipal,

crear establecimientos públicos y otras; el artículo 322, sobre el régimen especial de Santafé de Bogotá como Distrito Capital de la República, y el 323, sobre la composición del Concejo Distrital.

"Como puede apreciarse, ninguna de estas normas sirve de fundamento específico para justificar el parágrafo acusado relativo al recaudo de un importe sobre los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como moteles. Ni siquiera el numeral 6o. del artículo 313, que faculta al Concejo para determinar la estructura de la administración municipal y crear entes administrativos, que dan sustento a la creación o reestructuración del Fondo de Vigilancia y Seguridad como establecimiento público del orden distrital con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, mas no a la atribución a éste de recaudar unos dineros de los particulares, que por el hecho de llamarlos "importes" no quedan legitimados como obligaciones fiscales creadas previamente". (auto del 18 de Junio de 1993, fls. 106 y 107).

Comparte así la Sala la decisión apelada, por cuanto es evidente la ausencia de disposición legal que autorice al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá para establecer el gravamen a cargo de los inmuebles que obtengan licencia de funcionamiento como motel o residencia, con destino al Fondo de Vigilancia y Seguridad y tal base legal no puede inferirse del Decreto 1333 de 1986, Título X Bienes y Renta Municipales, Capítulo II (Impuestos Municipales), razón por la cual el parágrafo 1o. del artículo 11 del Decreto 28 de 1992 en cuanto crea un impuesto no autorizado por la ley, transgredió normas de superior jerarquía, por lo cual se precisa su anulación, en la forma como lo determinó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuya decisión se confirma en esta oportunidad.

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

FALLA:

Confírmase 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 de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PARTES-Designación/**REPRESENTACION DE ENTIDAD DEMANDADA/ DEMANDA**-Requisitos

> **"Del propio contexto de la demanda surge que no se cumplió con el requisito de señalar "la parte demandada y su representante legal", como quiera que en ninguna parte se hace mención a la entidad estatal con "personería jurídica" y tampoco a su representante legal, "el director de Impuestos Nacionales". Es cierto que la sección en algunos fallos ha aceptado cumplido el requisito cuando se designa como parte demandada a la Dirección de Impuestos Nacionales, sin señalar a la Nación, o cuando al menos tangencialmente se menciona al director de Impuestos Nacionales como representante legal de la entidad demandada, y en virtud de la facultad de interpretar la demanda, se ha podido vincular a la entidad respectiva; y, principalmente, cuando la Administración se vincula al proceso "sin alegar la irregularidad". Pero no puede considerarse cumplido este requisito cuando, como en el *sub-lite*, existe ausencia absoluta de designación de la parte demandada y su representante legal, y además, la Administración "oportunamente" constituída en parte impugnadora propone la excepción fundamentada en esta irregularidad y en otras (falta de estimación razonada de la cuantía)".**

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-Inaplicabilidad/**NORMA PROCESAL/DERECHO DE DEFENSA**

> **"El artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece la "prevalencia del derecho sustancial" y que es apoyo del apelante, no es**

aplicable en el presente caso, puesto que no se trata de "simples formalidades" sino de presupuestos procesales que tocan con derechos sustanciales, que no se pueden desconocer so pretexto de malinterpretar un principio constitucional, que en manera alguna desconoce la prevalencia de las normas procesales".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No.5479. Actor: Gráficas Martell Limitada. Impuestos renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad Gráficas Martell Limitada, Nit: 60.515.218, contra la sentencia del 27 de enero de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer las súplicas de la demanda en el juicio 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 corrigió aritméticamente la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondientes al año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

Mediante la liquidación de corrección aritmética No. 000127 del 11 de julio de 1990, la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales -Personas Jurídicas- de Bogotá practicó corrección aritmética a la declaración del impuesto de renta y complementarios representada por la sociedad actora por el año gravable de 1987, el día 11 de julio de 1988, distinguida con el No. de radicación 010500200223-1. Corrección que se concretó al renglón 25 "total costos y deducciones" y subsiguientes, en el cual la declarante registró $5.448.000, mientras que para la Administración el resultado correspondiente es de $159.000. En consecuencia, determinó la renta líquida gravable en la suma de $5.541.000, impuesto a cargo en $1.662.000 y sanción del 30% del valor total determinado, en la suma de $476.000, para un total liquidado de $2.017.000.

Inconforme con el proceder anterior, la sociedad interpuso recurso de reconsideración alegando error de transcripción en el renglón 18 correspondiente a compras, en donde había omitido registrar el valor correspondiente a este concepto, equivalente la suma de $289.000. Para demostrarlo, anexó certificado de contador público y fotocopias autenticadas de las correspondientes facturas de las compras.

Por medio de la resolución No.00052 del 4 de marzo de 1991, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración confirmó la liquidación recurrida, puesto que para desvirtuar el error aritmético sólo era de recibo argumentos tendientes a demostrar equivocación en las operaciones aritméticas efectuadas por la oficina liquidadora.

LA DEMANDA

Acusa violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional de 1991, 9o. de la Ley 145 de 1960, 697, 698, 683 y 777 del Estatuto Tributario.

Observa que la resolución que decidió el recurso de reconsideración se encuentra falsamente motivada, por cuanto transcribe la parte que le conviene a la Administración, de una sentencia del Consejo de Estado del 9 de octubre de 1987, que considera inaplicable al caso de la actora, porque ella se refiere al artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, que fue modificado por el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, incorporado en el artículo 697 del Estatuto Tributario, el cual introdujo como innovación jurídica para tipificar el error aritmético sancionable el hecho que tales errores originen un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor del contribuyente, presupuesto que considera no se configura por cuanto la sociedad incurrió en "error de transcripción", del cual no se deriva defraudación alguna para el fisco.

LA PARTE OPOSITORA

La Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales se hizo parte en el proceso y contestó la demanda en la cual propuso la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, al no identificar la parte demandada y su representante legal, como lo exige el numeral 1° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, armónico con el numeral 7 del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, el cual no constituye un simple rigorismo formal, sino uno de los presupuestos procesales necesarios para que pueda producirse un fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 27 de enero de 1994, declaró probada la excepción propuesta por la parte opositoria y en consecuencia se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo, al considerar que efectivamente se había omitido designar la parte demandada y su representante legal, requisito indispensable para la formación válida del proceso.

En contra de la anterior decisión se presentó un salvamento de voto que estimó que por interpretación de la demanda, se establecía claramente que la parte demandada era la Nación, y que por intermedio de su delegado correspondiente dio contestación a la demanda, conformándose el contradictorio.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, al apelar, reproduce los argumentos expuestos en el salvamento de voto, los que en su concepto coinciden con la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, como la expuesta en sentencia de 18 de noviembre de 1990, expediente No.2224. Actor: Hupp Colombia S.A., Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, en la cual señaló: "La Sala no comparte la decisión inhibitoria del Tribunal. Es cierto que la demanda adolece de la técnica procesal y que en forma ordenada no se relacionan los hechos que sirven de fundamentos de la acción, pero también lo es que el *a-quo* exageró, pues un pequeño esfuerzo de concatenar de lo expuesto con la lectura de los dos actos acusados permiten su identificación. Por otra parte, si bien en la demanda se incurrió en el error de no designar expresamente la parte demandada..."

Y la estimación razonada de la cuantía, como observa el Ministerio Público, no es la oportunidad de alegar motivos de inadmisión ya superados. El Tribunal, ejerciendo su facultad de interpretar la demanda, no tuvo duda sobre las partes que integraban la *litis* y citó a la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales como sujeto pasivo de la relación procesal y ésta se notificó y ha intervenido en el proceso a través de su apoderado judicial, luego no puede menos que concluirse que la relación jurídica procesal se trabó en debida forma.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior, el apoderado de la actora observa que si se han identificado los actos administrativos y se ha expresado con claridad la entidad que los profirió, no hay duda que la parte demandada es la Nación, "así se hayan omitido las frases sacramentales para determinarla" debe entenderse que demandada es la Nación.

Además, pone de manifiesto que la apoderada de la Nación Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales, dándose por suficientemente enterada de que representa a la Nación, contestó la demanda y propuso la excepción de inepta demanda.

Concluye que, en virtud de la prevalencia del derecho sustantivo, solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar se profiera fallo de fondo de las pretensiones incoadas en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Para la Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso la sentencia apelada debe ser revocada y en su lugar proferir sentencia de mérito, por cuanto del contenido de la demanda se infiere la denominación de la parte demandada y que al comparecer ésta al proceso, si bien propone la excepción de inepta demanda, igualmente enerva las pretensiones de la actora con expresa oposición, con lo cual se vinculó de legítimo

contradictor. En cuanto al aspecto de fondo, manifiesta que se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque el error de omisión en el renglón 18 correspondiente a compras no autoriza a la Administración al desconocimiento de las mismas, como quiera que la certificación contable aportada al proceso gubernativo y las fotocopias de las facturas tienen plena validez para su demostración.

Por su parte, para la apoderada judicial de la entidad demandada la sentencia del Tribunal debe confirmarse, porque los requisitos formales establecidos en las normas de procedimiento no son rigorismos formales sino presupuestos procesales para la formación del proceso y para que se pueda producir fallo. Subsidiariamente, observa que la actuación administrativa acusada no violó ninguna de las disposiciones invocadas en la demanda, como quiera que "el error aritmético se produjo al no haber diligenciado en debida forma los renglones 25, 26, 30, 34, 36, 39, 53, 54 y 55 de la declaración", error que no subsanó el contribuyente dentro del término de corrección que establecía la ley, circustancia por la cual estima que no es viable hacer tal corrección con posterioridad.

El apoderado de la actora no presentó alegato de conclusión en esta instancia del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala está de acuerdo en el pronunciamiento inhibitorio del Tribunal, fundamentado en la excepción de inepta demanda incoada por la parte demandada con oportunidad de la contestación a la demanda, basada en el incumplimiento del requisito formal que consagra el numeral 1 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, disposición que al establecer los requisitos mínimos que debe contener la demanda, ordena: "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y **contendrá**:

1o. La designación de las partes y sus representantes".

Ha expresado la Sala en varias oportunidades que la exigencia del requisito aludido no es producto de un rigorismo formal, como quiera que se trata de un requisito indispensable para que pueda trabarse debidamente la relación procesal entre las partes, siendo de especial importancia la designación de la parte demandada, como quiera que "nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio", por lo que es claro que en este presupuesto se encuentra comprometido el derecho de defensa, consagrado como principio constitucional.

El cumplimiento de este requisito, en concordancia con el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que consagra la "representación y comparencia de las entidades públicas", exige que la demanda se dirija contra el ente estatal que tenga personería jurídica (Nación, departamento, municipio, etc.), y así mismo que se individualice a su representante legal, que para el *sub-lite* se encuentra en cabeza del

director de Impuestos Nacionales, conforme lo establece el último inciso de la citada disposición al señalar: "En los procesos sobre impuestos, tasas y contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrá el director de Impuestos Nacionales en lo de su competencia: "o el funcionario que expide el acto".

Del propio contexto de la demanda surge que no se cumplió con el requisito de señalar "la parte demandada y su representante legal", como quiera que en ninguna parte se hace mención a la entidad estatal con "personería jurídica" y tampoco a su representante legal "el director de Impuestos Nacionales". Como lo reconoce el apelante, al individualizar los actos administrativos demandados menciona a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, entidad que carece de personería jurídica, y en ninguna parte menciona a representante legal alguno, como lo exige la ley.

Es cierto que la Sección en algunos fallos ha aceptado cumplido el requisito, cuando se designa como parte demandada a la Dirección de Impuestos Nacionales, sin señalar a la Nación, o cuando al menos tangencialmente se menciona al director de Impuestos Nacionales como representante legal de la entidad demandada, y en virtud de la facultad de interpretar la demanda, se ha podido vincular a la entidad respectiva; y, principalmente cuando la administración se vincula al proceso "sin alegar la irregularidad". Pero no puede considerarse cumplido este requisito, cuando, como en el *sub-lite*, existe ausencia absoluta de designación de la parte demandada y su representante legal, y además, la Administración "oportunamente" constituida en parte impugnadora propone la excepción fundamentada en esta irregularidad y en otras (falta de estimación razonada de la cuantía).

El artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece la "prevalencia del derecho sustancial" y que es uno de los fundamentos de los dos salvamentos de voto, y también apoyo del apelante, no es aplicable en el presente caso, puesto que no se trata de "simples formalidades" sino de presupuestos procesales que tocan con derechos sustanciales, que no pueden desconocerse, so pretexto de malinterpretar un principio constitucional, que en manera alguna desconoce la prevalencia de las normas procesales.

Para reforzar lo anterior, es procedente reproducir en su parte pertinente la sentencia del 27 de noviembre de 1992, Expediente 4191, Actor: Servicios Técnicos de Ingeniería Ltda., Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en donde en un caso similar, la Sala precisó lo siguiente:

> "El tribunal *a-quo*, aunque en la parte resolutiva no se pronuncia sobre las excepciones propuestas, ya que sólo se ocupa en fallar de fondo el negocio, en la parte considerativa estima que aunque los hechos en que funda la excepción son ciertos no deben tener prosperidad, por virtud de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución sobre prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento".

"La anterior relación procesal sirve a la Sala para hacer hincapié en el hecho de que si dentro del proceso la parte demandante tiene unos derechos sustanciales, no es menos cierto que también la parte demandada posee este tipo de derechos, los cuales puede oponer a las pretensiones del demandante como un medio de defensa válidamente consagrado por la ley e indudablemente de la misma estirpe y similar valor".

"Por esta razón, considera la Sala que si la parte demandada ha formulado excepciones como medio de defensa frente al ataque de la demandante, y lo ha hecho en la oportunidad procesal debida, y los hechos en que tales excepciones se fundamentan con ciertos y aparecen probados en el expediente, no hay razón legal alguna que pueda esgrimirse para desconocerle efectividad al medio de defensa así planteado. Otorgarle la razón al demandante en estas circunstancias, so pretexto de ampararle sus derechos sustanciales, equivale ni más ni menos que a negarle al demandado los mismos derechos".

"Por ello, en el caso presente la Sala habrá de revocar la sentencia apelada, y en su lugar, dándole prosperidad a la excepción de inepta demanda formulada por la demandada, pronunciar un fallo inhibitorio, manifestando que son ya repetidas las ocasiones en las cuales ha dado la aplicación a esta doctrina".

En corolario de lo anterior no es procedente acceder a lo peticionado por el apelante-apoderado de la sociedad actora.

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 su 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 la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate* (salvó el voto), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera además la providencia de fecha 27 de noviembre de 1992, Exp. 4191, Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/DEMANDA-Corrección/**EXCEPCION PREVIA**-Oportunidad/**JUEZ**-Interpretación/(Salvamento de voto)

"La directriz constitucional de que en las actuaciones de la justicia "prevalecerá el derecho sustancial" (art.229) y la de el C.P.C. que conmina al juez para evitar las nulidades y las providencias inhibitorias (art.37), constituyen disposiciones que han influido en mi ánimo para tratar de encontrar una solución jurisprudencial (mientras se produce una legislativa) a los problemas causados por el Decreto 2304 de 1989 cuando derogó expresamente el artículo 163 del C.C.A., sin darle solución a las situaciones procesales derivadas de incumplimiento de los requisitos y condiciones de la demanda. El significado de esta omisión o decisión del legislador extraordinario de 1989 admite, a mi modo de ver, dos interpretaciones: que produjo un vacío en el C.C.A. que se puede llenar con la regulación del procedimiento civil, contenida en el numeral 4 del artículo 99 del C.P.C. que permite al juez ordenar al demandante subsanar los defectos contemplados en los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 97 Ib., dentro de los cuales cabe el de la demanda inepta por incumplimiento de requisitos formales. Aceptar que el procedimiento contencioso administrativo no gusta de las excepciones previas, pero en cambio debe reconocer y dar efecto a los sistemas previstos en el Código de Procedimiento Civil para sanear las nulidades que lo admiten, inclusive el mecanismo del artículo 145 del C.P.C."

Salvamento de Voto del Doctor Jaime Abella Zárate.

Referencia: Expediente No. 5479. Gráficas Martell Ltda. Noviembre 28 de 1994. C.P.: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Con mi acostumbrado respeto me aparté de la decisión anterior por las siguientes razones:

La directriz constitucional de que en las actuaciones de la justicia "prevalecerá el derecho sustancial" (art.229) y la del C.P.C. que conmina al juez para evitar las nulidades y las providencias inhibitorias (art.37), constituyen disposiciones que han influido en mi ánimo para tratar de encontrar una solución jurisprudencial (mientras se produce una legislativa) a los problemas causados por el Decreto 2304 de 1989 cuando derogó expresamente el artículo 163 del C.C.A., sin darle solución a las situaciones procesales derivadas de incumplimiento de los requisitos y condiciones de la demanda.

Es posible que el legislador extraordinario haya confiado en que la corrección que hizo al artículo 143 fuera suficiente para sanear los defectos formales de la demanda, pero la práctica ha demostrado que no es suficiente, pues a pesar del mecanismo allí previsto pueden deslizarse defectos que sólo se detectan inclusive en la etapa final del proceso al fallar en segunda instancia.

Me inclino a pensar que la derogátiva del artículo 163 tuvo como justificación la modificación al 143, por cuanto éste permiteque el Magistrado Ponente señale en auto los "defectos simplemente formales" para corregir en cinco días, con el criterio de que mediante este procedimiento la demanda se admitiría libre de deficiencias formales y, en consecuencia, no tendrían cabida las excepciones previas, con lo cual se realizaría el ideal de la jurisdicción contenciosa administrativa que desde el Código de 1941 (art.109) no les ha dado cabida en aras de una presunta celeridad del proceso.

El significado de esta omisión o decisión del legislador extraordinario de 1989 admite, a mi modo de ver, dos interpretaciones:

1. Que produjo un vacío en el C.C.A. que se puede llenar con la regulación del procedimiento civil, contenida en el numeral 4 del artículo 99 del C.P.C. que permite al juez ordenar al demandante subsanar los defectos contemplados en los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 97 Ib., dentro de los cuales cabe el de la demanda inepta por incumplimiento de requisitos formales.

2. Aceptar que el procedimiento contencioso administrativo no gusta de las excepciones previas, pero en cambio debe reconocer y dar efecto a los sistemas previstos en el Código de Procedimiento Civil para sanear las nulidades que lo admiten, inclusive el mecanismo del artículo 145 del C.P.C. En virtud de éste, y según los numerales 3 y 4 del artículo 144, se ve que a pesar del vicio de la errónea citación de una persona actúa en el proceso, la nulidad se considera saneada "...si el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa".

En ambas posibles soluciones no se trata de simple interpretación de la demanda por parte del juez, sino del cumplimiento de la obligación impuesta a éste en procura de la efectividad de los procedimientos.

Por las anteriores consideraciones, no fui partidario de providencia inhibitoria en proceso que se trabó y la demandada tuvo todo el tiempo y oportunidad de defenderse, en aras de lo cual es que están consagradas en el C.P. C. algunas de las excepciones previas personales.

Jaime Abella Zárate.

Fecha *ut supra.*

RETENCION EN LA FUENTE-Valores negativos/**OPERACION RESUELTA/DECLARACION DE RETENCION EN LA FUENTE**-Diligenciamiento/ **ERROR ARITMETICO**-Inexistencia

> **"La suma algebraica de los valores de los renglones 1, 3, 6, 9, 10, 12 y 13, en cada una de las tres declaraciones glosadas es matemáticamente inobjetable, lo que significa, obviamente, que siendo correctos tanto los elementos asociados como el resultado de la factorización, no cabe el supuesto de hecho del error aritmético. La Administración, por lo que da a entender en las resoluciones de los recursos y en su escrito de apelación, asume que en el cómputo de los renglones 1 a 13 del formulario de declaración sólo puede haber lugar a sumas rigurosamente aritméticas, o, en otros términos, que los descuentos que se prevén en el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1189 del 1988, por anulación, rescisión o resolución de operaciones sujetas a retención se deben hacer valer por un procedimiento que no tiene cabida en el propio formulario de declaración; esto, en primer lugar, compromete cuestiones de fondo, completamente irrelevantes en un procedimiento que se supone de simple verificación de unos cálculos matemáticos elementales; en segundo lugar, aunque así no fuera, lo cierto es que no habiéndose prescrito en la ley un procedimiento específico de descuento de las retenciones de operaciones resueltas, el utilizado por la actora no ofrece mayores motivos de reparo".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5828. Apelación Sentencia de 15 de julio de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Restablecimiento fiscal declaraciones de retención en la fuente meses de octubre a diciembre de 1990. Actor: Ingeniería Servicios y Representaciones de Colombia, S.A., INGESER DE COLOMBIA S.A. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación que, por la parte demandada, interpone el director de Impuestos y Aduanas Nacionales en relación con la sentencia de primer grado, de 15 de julio de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente a declaraciones de retención en le fuente por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1990 promovido por Ingeniería Servicios y Representaciones de Colombia S.A., INGESER DE COLOMBIA S.A., contra las liquidaciones de corrección aritmética No. 006, No. 007 y No. 008 de 25 de junio de 1992 y las resoluciones No. 10293, No. 10294 y No. 10295 de 22 de junio de 1993, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Especial de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá.

ANTECEDENTES

Las correcciones practicadas por las liquidaciones impugnadas se motivaron en la existencia de "error en la sumatoria obtenida en el renglón No. 15, código RT, por presentar cifras negativas en algunos de los conceptos", actuación confirmada en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Admite la presentación, en las declaraciones de retención por octubre, noviembre y diciembre de 1990, de cifras negativas por concepto de "rendimientos financieros" ($10.037.000), "rendimientos financieros" ($2.445.000) y "pagos al exterior renta" ($631.000), respectivamente.

Indica violados los artículos 697, 703 y 730 del Estatuto Tributario y 5 y 6 del Decreto Reglamentario 1189 de 1988.

Explica que, conforme a lo expuesto en la reconsideración impetrada en la vía gubernativa, lo que aparecería en las glosadas declaraciones sería "una operación aritmética perfectamente válida, en donde se suman valores positivos y se restan valores negativos", no existiendo, de otro lado, disposición en la materia que prohibiera o impidiera la presentación de los valores negativos en cuestión, sino, contrariamente, autorización, por el artículo 5o. del Decreto 1189 de 1988, para "descontar sumas

retenidas por concepto de operaciones rescindidas, sin establecer la forma como debe presentarse el descuento", por lo que resultaría procedente, "restar las sumas objeto del descuento directamente o anotando el valor descontado como una cifra negativa".

Prosigue que en ninguna parte el artículo 697 del Estatuto Tributario tiene, por error aritmético, la inclusión de valores negativos en las declaraciones tributarias, y que, según su numeral 1o., aquél se configura "cuando han sido declarados correctamente los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables y se anota como resultado un valor equivocado", que no sería el caso aquí, supuesto que los valores anotados en los renglones 15 de cada declaración glosada serían aritméticamente correctos por acumulación de "los valores positivos de los renglones 1 al 14 y resta (del) valor negativo".

El valor negativo declarado plantearía el dilema de que si el mismo fuera correcto, el resultado del renglón 15 sería igulamente correcto, sin lugar al error aritmético; pero si dicho valor negativo fuera incorrecto, tampoco se daría el error en cuestión precisamente por no estar correctamente declarado tal valor, aparte de que la discusión sobre la corrección o incorrección de éste constituiría asunto de fondo, que debería verificarse con la contabilidad de la declarante y no podría resolverse por vía de la liquidación de corrección; y que debiendo estar precedida la actuación de requerimiento especial, la circunstancia de que el mismo no se produjera indicaría la nulidad de aquélla, a términos del artículo 730 ib., concordante con el 702 ib., y por ello también haberse seguido un procedimiento equivocado, como se habría planteado en la vía gubernativa.

Destaca, por último, el que la resolución del recurso cuestionara la rescisión de las operaciones que habían originado la retención que, no obstante, sería cuestión irrelevante, "por ser una materia de fondo que trasciende los elementos constitutivos del error aritmético".

LA SENTENCIA

Concede razón a la demandante, en cuanto a la inexistencia, en el caso, del error aducido por la Administración, pues aquélla habría elaborado "incorrectamente sus denuncios tributarios, tal como lo advirtió la Administración, como claramente lo consignó en los memorandos explicativos de las liquidaciones de corrección aritmética...", y, según lo dicho por el Consejo de Estado ("sentencia del 24 de abril de 1992 con ponencia del consejero, Dr. Jaime Abella Zárate"), para que se dé el aludido error "debe haberse declarado correctamente".

Concluye "que la Administración obró equivocadamente al proferir liquidación de corrección aritmética cuando ha debido seguir el proceso de liquidación de revisión, mediante requerimiento especial..."

EL RECURSO

Sostiene que poner valores negativos en las declaraciones de retención no constituye, por sí, error aritmético, pero si "registrar como valor resultante un dato equivocado, producto de haberse declarado correctamente los valores correspondientes ha (sic) hechos imponibles o bases gravables", conforme al numeral 1o. del artículo 697 del Estatuto Tributario.

Igualmente, que el artículo 5o. del Decreto 1189 de 1989 (sic) establece el procedimiento para la afectación de lo retenido en los correspondientes períodos, por anulación, rescisión o resolución de operaciones sujetas a retención, y que el "valor resultante objeto de registro en las correspondientes declaraciones mensuales de retención en la fuente, por mandato expreso del precitado decreto, jamás podrá ser inferior a cero, puesto que únicamente afectará lo retenido por el agente en el correspondiente mes, ya que si existiera saldo pendiente la misma normatividad contempla la posibilidad de afectar los períodos siguientes (...), de manera que la sociedad actora, al anotar como valor resultante un dato equivocado, incurrió en error aritmético, puesto que estos valores finales de ninguna manera podrán ser inferiores a cero (...), originando, por tal circunstancia, un menor valor a pagar por parte del contribuyente y un menor recaudo para el ente estatal..."

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

Advierte el señor Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso que los valores de los renglones 1, 3, 6, 9, 10, 12 y 13 (de la declaración por octubre de 1990) arrojan "un resultado de $16.835.000, igual al que señaló la sociedad en el renglón 15", resultado que sería correcto; pero que como la Administración alega que la cifra negativa del renglón 3 no es correcta, "tal circunstancia no podría tomarse como hecho constitutivo del error aritmético a que se refiere el numeral 1o. del artículo 647, puesto que este precepto exige, para que se configure el error, que los respectivos valores hayan sido declarados "correctamente" y ya se vio que la Administración sostiene que el renglón 3 es equivocado..."

Concluye que el fallo recurrido merece ser confirmado.

ALEGATO DE LA ACTORA

Reproduce planteamientos esenciales de la demanda, enfatizando, en particular, en que si la suma algebráica de los valores positivos y negativos de las declaraciones en cuestión es correcta, no podría decirse que se se hubiera dado el error aritmético.

LA SALA CONSIDERA

La suma algebráica de los valores de los renglones 1, 3, 6, 9, 10, 12 y 13, en cada una de las tres declaraciones glosadas, es matemáticamente inobjetable; en efecto,

como bien lo advierten la Procuraduría y el señor apoderado de la actora, lo que significa, obviamente, que siendo correctos, tanto los elementos asociados como el resultado de la factorización, no cabe el supuesto de hecho del error aritmético.

La Administración, por lo que da a entender en las resoluciones de los recursos y en su escrito de apelación, asume que en el cómputo de los renglones 1 a 13 del formulario de declaración sólo puede haber lugar a sumas rigurosamente aritméticas, o, en otros términos, que los descuentos que se prevén en el artículo 5o. del Decreto Reglamentario 1189 de 1988, por anulación rescisión o resolución de operaciones sujetas a retención, se deben hacer valer por un procedimiento que no tiene cabida en el propio formulario de declaración; esto, en primer lugar, como también acertadamente lo resalta el señor apoderado de la actora, compromete cuestiones de fondo, completamente irrelevantes en un procedimiento que se supone de simple verificación de unos cálculos matemáticos elementales; en segundo lugar, aunque así no fuera, lo cierto es que no habiéndose prescrito en la ley un procedimiento específico de descuento de las retenciones de operaciones resueltas, el utilizado por la actora no ofrece mayores motivos de reparo.

Está bien planteado también en la demanda el dilema de si las cantidades negativas se deben tener por "correctas" o "incorrectas" en una declaración de retenciones, pues si se tienen como correctas no habría error aritmético, dada la corrección de los datos y del resultado, como sucede en este caso, y si se consideran incorrectas mucho menos, porque el artículo 697 del Estatuto Tributario parte del supuesto de que los datos declarados son **correctos**, pero el resultado equivocado.

Así las cosas el recurso de la parte demandada 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:

CONFIRMASE La sentencia apelada.

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.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/ACTIVIDAD SIN ANIMO DE LUCRO/MATERIA IMPONIBLE/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Pasto

"Es criticable la actuación del Tribunal al afirmar en la sentencia que de acuerdo con el Decreto Extraordinario 25 de 1981 las actividades sin ánimo de lucro no pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, y que por este motivo Comfamiliar de Nariño no es sujeto pasivo de dicho gravamen, desconociendo en forma palmaria un estatuto de superior jerarquía como lo es la Ley 14 de 1983 en sus artículos 32 y siguientes. Ahora bien, como quiera que el impuesto de industria y comercio que se discute se causó bajo la vigencia del Acuerdo 042 de agosto 31 de 1984 del Concejo Municipal de Pasto, o lo que es lo mismo bajo el imperio de la Ley 14 de 1983 y del Decreto 1333 de 1986, se considera irrelevante la afirmación hecha de que Comfamiliar de Nariño es una institución de asistencia social y beneficencia sin ánimo de lucro, porque el impuesto de industria y comercio según el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, en cuanto a materia imponible, dispuso que recae sobre todas las actividades comerciales industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5845. Actor: Caja de Compensación Familiar de Nariño - Comfamiliar de Nariño. Apelación sentencia de agosto 12 de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño. (Impuesto industria, comercio y avisos años gravables 1986 a 1993). Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 12 de agosto de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño accedió a las súplicas de la demanda formulada por la CAJA DE COM-PENSACION FAMILIAR DE NARIÑO -Comfamiliar de Nariño- en relación con el impuesto de industria, comercio y avisos de años gravables de 1986 a 1993 inclusive.

ANTECEDENTES

El Departamento de Impuestos de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Pasto por la Resolución No. 0003 de mayo 14 de 1991 liquidó el impuesto de industria, comercio y avisos de los años gravables 1986 a 1993 causados por ventas de droguería en la suma de $8.969.759 y por ventas en el supermercado de $109.179.841, lo cual asciende a un gran total de $118.149.600. (fls. 148/152).

Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior liquidación, la Jefatura de Impuestos, mediante resolución No. 004 de junio 3 de 1993 lo resolvió en forma adversa pese a que la actora alegó que en este caso no es aplicable el Decreto Extraordinario No. 25 de 1981 de la Alcaldía Municipal, por que al expedirse el acuerdo 042 de agosto 31 de 1984 que se fundamenta en la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1333 de 1986 tales normas quedaron derogadas.

Así mismo, el municipio de Pasto precisó que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 50 de 1984, modificatorio del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, las entidades allí mencionadas son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio cuando realizan actividades industriales o comerciales. (fls. 157/160).

Por su parte, la Junta de Hacienda Municipal de Pasto, por medio de la resolución 1226 de agosto 19 de 1993, también decidió en forma desfavorable la apelación interpuesta contra el acto liquidatorio en cuestión, argumentando que el impuesto de industria y comercio a partir de la Ley 14 de 1983 ha sido objeto de un cambio fundamental, pues de acuerdo con el artículo 6o del decreto 3070 de 1983 y el artículo 11 de la Ley 50 de 1984 ha evolucionado hasta tal punto que también las entidades sin ánimo de lucro pueden ser sujetos pasivos del mencionado gravamen si se realizan actividades industriales o comerciales (fls. 165/166).

Agotada la vía gubernativa, Comfamiliar Nariño ocurrió en demanda ante el Tribunal aduciendo básicamente que en virtud del literal d), numeral 2) del artículo 39

de la Ley 14 de 1983 dicha entidad se encuentra dentro de las prohibiciones que impiden gravarla con el impuesto de industria y comercio.

Surtido el trámite de rigor el *a-quo* profirió sentencia de mérito anulando los actos acusados, pues consideró que Comfamiliar de Nariño no estaba obligada a pagar el impuesto de industria y comercio a que se refirieren los mencionados actos.

La decisión anterior, pese a haberse expedido el acuerdo 042 de agosto 31 de 1984, se fundamenta en el Decreto Extraordinario No. 25 de 1981, no invocado por la demandante, pero que a juicio del Tribunal no ha sido derogado por norma legal alguna, y por tanto considera que la actora no es sujeto pasivo del impuesto discutido. (fls. 220/228).

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial del Municipio de Pasto destaca básicamente los siguientes aspectos:

1o.Que la sentencia se fundamenta en el artículo 2o. del Decreto Extraordinario 025 de 1981 de la Alcaldía de Pasto, norma derogada por el Acuerdo 042 de agosto 31 de 1984, en el cual sigue los lineamentos de la Ley 14 de 1983 y que además regula íntegramente lo relativo al impuesto de industria y comercio.

2o.Que la Ley 14 de 1983 de una manera técnica no gravó a las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, particulares o públicas, con o sin ánimo de lucro, sino que gravó las actividades industriales, comerciales y de servicios que ejercieran esas personas, sin hacer distinción alguna de ellas; lo cual significa que toda actividad industrial, comercial y de servicios que se ejerza en el Municipio de Pasto, que obviamente produzca ingresos brutos para quien la desarrolla, genera un impuesto que debe ser cobrado por el municipio.

3o. Que en el acuerdo No. 042 de 1984 en su artículo 1o. establece el hecho generador del impuesto de industria y comercio, el cual está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en jurisdicción del Municipio de Pasto, ya se cumpla en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, etc. Que el artículo 3o. *ibídem* al referirse al sujeto pasivo del impuesto textualmente expresa: "Es sujeto pasivo del impuesto la persona natural o jurídica, las sociedades de hecho que realicen el hecho generador de la obligación tributaria".

4o. Que bajo la vigencia del Acuerdo 042 de 1984 Comfamiliar de Nariño sí es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, toda vez que frente al hecho generador planteado en el artículo 1o. *ibidem* se puede señalar como característica modificatoria de lo que estaba rigiendo en esta materia a nivel municipal (Decreto 025

de 1981), la de haber hecho extensivo el tributo a todo contribuyente que ejerza actividades industriales, comerciales o de servicios, sin diferenciar ni darle tratamiento especial a las actividades desarrolladas por las personas sin ánimo de lucro.

5o. Que a partir de la vigencia de acuerdo 042 de 1984 toda persona o sociedad sin ánimo de lucro que ejerza actividades industriales, comerciales o de servicios en jurisdicción del Municipio de Pasto y que no se encuentre taxativamente enumerada en el numeral 4o. del parágrafo del artículo 4o. del citado acuerdo municipal es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, por no estar cobijados por tratamiento especial.

En resumen, que Comfamiliar de Nariño, por no encontrarse dentro de estas excepciones, es forzoso concluir que es sujeto pasivo del impuesto por el hecho de ejercer actividades que al tenor de la Ley 14 de 1983 y del acuerdo 042 de 1984 del Concejo Municipal de Pasto se consideran comerciales.

Por último, la patente concluye la sustentación del recurso refiriéndose al desconocimiento del principio de justicia rogada y la violación del debido proceso por parte del tribunal. (fls. 231/238).

ALEGATOS DE CONCLUSION

El señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación, al descorrer el traslado, en primer término observa que "no es exacto que en la sentencia que cita el Tribunal el Consejo de Estado se hubiere fundamentado en los artículos 32 y siguientes de la Ley 14 de 1983; si lo hubiere hecho, la conclusión del Consejo de Estado sería diferente porque aquellos preceptos no excluyen del impuesto las actividades industriales, comerciales o de servicios sin ánimo de lucro".

Señala que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 el hecho generador del gravamen es la actividad comercial, industrial o de servicio, sin distinguir si con tales actividades se persiguen o no finalidades de lucro.

Relieva entonces que la norma al no excluir de este régimen las actividades comerciales, industriales o de servicio que no estén animadas por un propósito de lucro, esta simple y elemental apreciación basta para demostrar que el fallo del Tribunal es totalmente equivocado.

En segundo lugar, observa que el literal d) del numeral 2o. del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 menciona establecimientos y entidades respecto de los cuales se prohíbe gravar con el impuesto de industria y comercio (establecimientos educativos públicos, entidades de beneficencia, culturales y deportivas, sindicatos, asociaciones de profesio-nales gremiales, partidos políticos, hospitales adscritos al Servicio Nacional de Salud), anotando que Comfamiliar de Nariño no corresponde a ninguna de estas entidades.

De otra parte, el señor delegado de la Procuraduría se refiere al artículo 11 de la Ley 50 de 1984 que modificó la anterior prohibición en el sentido de que en el caso de que las mencionadas entidades o establecimientos realicen actividades industriales o comerciales son sujetos del impuesto de industria y comercio en lo relativo a tales actividades.

Para ilustrar que con la expedición de la Ley 14 de 1983 se eliminó el ánimo de lucro, transcribe aparte de la sentencia del 16 de abril de 1993 del Consejo de Estado (expediente No. 4207, actor: Caja Social de Ahorros) en la cual se expresa que "...se descartó por la Ley el **ánimo de lucro** como factor relevante a la actividad ejercida o característica del sujeto pasivo, motivo por el cual resulta inútil invocar la calidad de entidad de beneficencia, sin ánimo de lucro, como lo hace de manera insistente la actora, para relevarse de la obligación tributaria". (Fl. 257).

Por último, se refiere a la afirmación que hace el Tribunal en la sentencia en el sentido de que de acuerdo con el Decreto 025 de 1981 dictado por el Alcalde de Pasto las actividades sin ánimo de lucro no pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, anotando que "es realmente criticable que el *a-quo* hubiera expuesto semejante conclusión", toda vez que el mencionado acto local no puede ser aplicado por la elemental razón de ser contrario a un estatuto de superior jerarquía, como lo es la Ley 14 de 1983.

Por lo tanto, estima que la sentencia recurrida debe ser revocada, y en su lugar denegar las súplicas de la demanda. (fls. 251/258).

A su turno, la apoderada del municipio de Pasto también descorre el traslado para alegar de conclusión puntualizando lo siguiente:

1o.Que el Tribunal atendió en forma favorable las pretensiones de Comfamiliar de Nariño con base en normas derogadas (Decreto 025 de 1981 de la Alcaldía de Pasto), pues el estatuto vigente que debió aplicar el Acuerdo 042 de 1984 que sigue los lineamientos de la Ley 14 de 1983 y que por lo demás regula totalmente lo relativo al impuesto de industria, comercio y avisos y tableros.

2o.Que el Decreto Extraordinario 025 de 1981 no ha debido jugar ningún papel en esta controversia, por que la actora no lo invocó como norma violada ni a él se refiere en su concepto de la violación, ni la demanda fundó en este decreto su defensa, pues era evidente su insubsistencia ante la vigencia del Acuerdo 042 de 1984 del Concejo de Pasto.

3o. Que en el expediente se encuentra demostrado que Comfamiliar de Nariño, en cuanto cumple actividades comerciales (ventas en droguería y supermercado), es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio.

4o.Que el acuerdo 42 de 1984 en ninguna de sus disposiciones alude a las exenciones del gravamen frente a personas jurídicas por el solo hecho de carecer de ánimo de lucro.

5o.Que para reafirmar la tesis acerca de que el impuesto de industria y comercio recae sobre la actividad industrial, comercial o de servicio sin mirar quién la realiza y menos si la persona que la ejecuta tiene o no ánimo de lucro, transcribe apartes de la sentencia de 28 de julio de 1988, expediente 1503 y sentencia de mayo 29 de 1992, expediente No. 3805.

En resumen, sostiene la parte demandada que "...la ley toma en cuenta el criterio objetivo o material para señalar quienes son contribuyentes del impuesto, pues grava la actividad de éstos sin mirar la naturaleza jurídica de quien la ejerce. Y si bien toma en cuenta el criterio subjetivo para exonerar en la medida que alude el carácter jurídico de ciertas personas en orden a excluirlas de ámbito del impuesto, vuelve y señala que aún éstas si cumplen actividades industriales o comerciales, serán contribuyentes por lo que respecta a la mera actividad". (fl. 262).

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda. (fls. 259/265).

CONSIDERACIONES

Antes de decidir el asunto sobre el cual versa la controversia, la Sala no quiere dejar pasar inadvertida la actuación del Tribunal en cuanto fundamentó su decisión en normas que estaban derogadas por el Acuerdo 042 de agosto 31 de 1984, el cual reguló íntegramente lo relativo al impuesto de industria y comercio y que obviamente son contrarias a la Ley 14 de 1983 y al Decreto 1333 de 1986 (artículos 195 a 213). Además, las normas derogadas (Decreto Extraordinario 25 de 1981 de la Alcaldía de Pasto) no fue invocada en la demanda y tampoco la actora dentro de toda la actuación hizo referencia a ella como medio de defensa. Adicionalmente, no fue aducida con la demanda ni se solicitó que se pidiera por el Tribunal la aludida disposición de carácter municipal, lo cual era requisito para que el juez pudiera apreciarla.

De ahí que resulte acertada la anotación del señor agente del Ministerio Público en el sentido de que es criticable la actuación del Tribunal al afirmar en la sentencia de acuerdo con el Decreto Extraordinario 25 de 1981 las actividades sin ánimo de lucro no pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio y que por este motivo Comfamiliar de Nariño no es sujeto pasivo de dicho gravamen, desconociendo en forma palmaria un estatuto de superior jerarquía como lo es la Ley 14 de 1983 en sus artículos 32 y siguientes.

Ahora bien, como quiera que el impuesto de industria y comercio que se discute se causó bajo la vigilancia del acuerdo 042 de agosto 31 de 1984 del Concejo Municipal

de Pasto, o lo cual es lo mismo bajo el imperio de la Ley 14 de 1983 y del Decreto 1333 de 1986, la Sala considera irrelevante la afirmación hecha de que Comfamiliar de Nariño es una institución de asistencia social y beneficencia sin ánimo de lucro, por impuesto de industria y comercio según el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, en cuanto a materia imponible dispuso que **recae sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios** que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales.

De acuerdo con lo anterior, para determinar que Comfamiliar de Nariño es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio no es necesario dilucidar la naturaleza jurídica de esta persona de derecho privado, y tampoco si persigue o no ánimo de lucro al realizar sus actividades en el Municipio de Pasto, debido a que el hecho generador de la obligación tributaria (artículo 1o. del Acuerdo 42 de 1984 y 32 de la Ley 14 de 1983) lo constituye la actividad, industrial o comercial o de servicios.

En relación con los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, la Sala en sentencia de julio 28 de 1988 ha expresado el siguiente criterio:

> "Dos son los argumentos fundamentales del recurrente en este aspecto: El primero relativo a la ausencia del ánimo de lucro en las cooperativas y el segundo referido a la prohibición expresa consagrada por la Ley 128 de 1936.
>
> "Comparte la Sala lo dicho por el *a-quo* cuando afirma que no es necesario dilucidar si las cooperativas son o no establecimientos de comercio y si tienen, en razón de su misma naturaleza, ánimo de lucro o no, para efecto de establecer si son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.
>
> "Lo anterior fue objeto de controversia antes de la expedición de la Ley 14 de 1983.
>
> "Con la expedición de dicha Ley 14 de 1983 se definió que lo gravado era la actividad industrial o comercial o de servicios, independientemente del sujeto que la realiza, de cual es su finalidad y si tiene o no ánimo de lucro.
>
> "Dentro de este marco legal, bien podía el Concejo Municipal reglamentar lo relacionado con el impuesto de industria y comercio para las cooperativas, por cuanto son sujetos pasivos de dicho tributo, en cuanto realizan actividades industriales, comerciales o de servicios." (Expediente No. 1503. Ponente: Dra. Consuelo Sarria O.).

Así mismo, con motivo de la anulación del artículo 1o. del Decreto 3070 de 1983 se precisó lo siguiente:

> "La Sala destaca, además de lo anterior, los siguientes elementos de la Ley 14 de 1983 que intervienen en la interpretación de la norma acusada.

"Según el articulo 32 la **materia imponible** en este gravamen está constituida por el ejercicio, en una jurisdicción municipal de una actividad mercantil en cualquiera de sus manifestaciones, industrial, comercial o de servicio, por parte de personas (naturales o jurídicas) y sociedades de hecho, en forma permanente y ocasional, con o sin establecimientos e independientemente del factor de "ánimo de lucro" que conscientemente fue suprimido. (Sentencia de septiembre 25 de 1989, expediente No. 082. Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.).

De manera pues que siendo, sin lugar a dudas, la Caja de Compensación Familiar de Nariño sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por mandato del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 1o del Acuerdo 42 de 1984, la Sala habrá de revocar la sentencia apelada.

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.REVOCASE la sentencia de 12 de agosto de 1994 proferida en el juicio 5743 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño accedió a las peticiones de la demanda formulada por la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO -Comfamiliar DE NARIÑO-, en relación con la determinación del impuesto de industria, comercio y avisos y tableros de los años gravables 1986 a 1993 inclusive.

2o.Como consecuencia de lo anterior, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE, 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; *Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

CONCEPTOS DE LA DIAN/CONCEPTO DE LA DIAN-Publicación/**RECURSO DE SUPLICA**-Improcedencia

> **"Así la razón estuviera de parte del demandante en cuanto a dicha naturaleza jurídica y tales conceptos fueran susceptibles de demanda para su anulación, la demostración de que ellos habían sido publicados en un medio oficial, se constituía en un presupuesto determinante de la admisibilidad del libelo. Como quiera que esta demostración no se hizo al presentar la demanda ello sólo basta para confirmar el auto suplicado, sin que sea dable revocarlo porque con motivo del recurso de súplica se pretende hacer tal demostración. Adicionalmente, la normatividad aplicable para definir la naturaleza jurídica de los tantas veces mencionados conceptos, la constituye el artículo 57 de Decreto 2117 de 1992 que consagra una diferente concepción a la plasmada en regulaciones anteriores, que incluso eran de inferior categoría y que, como en el caso de la circular 57 de 1992, ni siquiera podían producir efectos ante terceros, y los funcionarios a los cuales se dirigían lo eran, por no haber sido publicada".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Guillemo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 5902. Actor: Juan Manuel Camargo. Auto.

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por el actor contra el acto de la Sala Unitaria constituida por el Magistrado Ponente doctor Jaime Abella Zárate, proferido el 11 de noviembre de 1994, y por medio del cual se decidió inadmitir la demanda.

ANTECEDENTES

El ciudadano JUAN MANUEL CAMARGO GONZALEZ, en uso de la acción de nulidad interpuso demanda contra los conceptos 178 de septiembre 1o de 1993 y 209 de octubre 15 de 1993 suscritos por el jefe de la División de Doctrina de la Subdirección Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El fundamento de la demanda, para su procedencia radica en que se trata de circulares de servicios que de conformidad con lo previsto en la circular 57 del 20 de agosto de 1992 son de obligatorio cumplimiento por parte de todos los funcionarios, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias.

EL AUTO SUPLICADO

La Sala Unitaria expidió auto inadmisorio de la demanda con funcionamiento en que los aludidos conceptos no comportan el carácter de acto administrativo, y por lo tanto no son susceptibles de la acción de nulidad que se pretende llevar a cabo por el demandante.

Agrega el auto suplicado que ni la circular 57 de 1992 ni el artículo 2117 del mismo año, normas de las cuales pretende derivar la calidad de actos administrativos demandables de los conceptos acusados, resultan aceptables para el fin propuesto. La primera por cuanto, según constancia que obra en el expediente, nunca fue publicada y por tanto carece de idoneidad para producir efectos ante terceros, y el segundo, por cuanto no consagraban de manera perentoria la obligatoriedad que predica el actor sino que se limita a indicar que los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica constituye interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales siempre que sean publicados, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

EL RECURSO DE SUPLICA

El actor plantea en su recurso de súplica en primer lugar, que cuando presentó la demanda no tenía conocimiento de que los referidos conceptos habían sido publicados en tres revistas editadas por la DIAN en los meses de enero, febrero, marzo, septiembre y octubre de 1993, cuyos ejemplares adjunta el recurso no sólo para demostrar que sí fueron publicados, sino también para deducir que ellos son de obligatorio acatamiento por parte de los funcionarios.

En segundo lugar, manifiesta el hecho de que la circular 57 de 1992, por medio de la cual se le imprimió carácter obligatorio a los conceptos al interior de la Dirección Nacional de Aduanas, no haya sido publicado es indiferente porque si bien podía no tener efecto ante terceros, sí los tenía con relación a los funcionarios de dicha dependencia.

Insiste en que si bien son ciertos los conceptos demandados fueron dirigidos a unas personas determinadas, por virtud de las normas internas fueron convertidos en instrucciones generales para casos parecidos, lo cual los hace caer dentro de la órbita de actos anulables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Adicionalmente, se muestra contrario al argumento que aparece en el auto suplicado de que no se demostró la publicación de los aludidos conceptos y critica el hecho de que no los hubiera aceptado el razonamiento de la demanda sobre el Decreto 2117 de 1992 consagra igualmente la obligatoriedad de esos conceptos. Expresa que la primera de las fallas, la de la publicación, queda subsanada con la presentación que hace en su recurso de súplica de las revistas atrás mencionadas y que la simple posibilidad de la sanción contemplada en el Decreto basta para hacer obligatorios los conceptos, así su texto solamente se refiera a que ellos constituyen "interpretación oficial", por lo cual no puede ser más claro el concepto anímico de la obligatoriedad de estos conceptos.

OPOSICION AL RECURSO

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se presenta al debate para oponerse a la prosperidad del recurso de súplica y solicitar que se confirme al mismo, aduciendo que en primer lugar los conceptos que se demandan distan mucho de ser semejantes a las circulares de servicios a que ha hecho referencia la jurisprudencia que se invoca.

Estima la opositora que la circular 57 de 1992 que se menciona como fuente de la obligatoriedad de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Dirección General de Aduanas dejó de tener existencia jurídica en la medida en que el Decreto 2117 de 1992 fusionó las diferentes dependencias administrativas Impuestos y Aduanas Nacionales y atribuyó a la subdirección jurídica de la nueva entidad la función de proferir los conceptos jurídicos tendientes a mantener la unidad doctrinal, los cuales una vez publicados constituyen interpretación oficial para los funcionarios.

Expresa que el Decreto en cita contiene conceptos contrarios a los previstos en la aludida circular 57 de 1992 y que además por ser norma posterior y de mayor jerarquía la derogó y por tanto, aun se hubiera publicado, tampoco tendría efectos en el caso que se juzga por haber desaparecido del ordenamiento jurídico.

Concluye que en esas condiciones la supuesta obligatoriedad de los conceptos debe analizarse exclusivamente a la luz de lo previsto en el artículo 57 del Decreto 2117

de 1992 y encuentra entonces que la interpretación hecha por el Consejero Ponente es acertada.

CONSIDERACIONES

La Sala de decisión habrá de confirmar el auto suplicado, pues analizadas las distintas posiciones expresadas tanto en el auto suplicado como en los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo, encuentra sin lugar a dudas que el demandante valoró de una manera equivocada la naturaleza jurídica de los actos que hizo objeto de demanda.

Es claro para la Sala, en primer lugar, que así la razón estuviera de parte del demandante en cuanto a dicha naturaleza jurídica y tales conceptos fueran susceptibles de demanda para su anulación, la demostración de que ellos habían sido publicados en un medio oficial se constituía en un presupuesto determinante de la admisibilidad del *libelo*. Como quiera que esta demostración que se hizo al presentar la demanda, ello sólo basta para confirmar el auto suplicado, sin que sea dable revocarlo porque con motivo del recurso de súplica se pretende hacer tal demostración.

Adicionalmente, la Sala comparte el razonamiento de la providencia que se suplica en el sentido de que la normatividad aplicada para definir la naturaleza jurídica de los tantas veces mencionados conceptos, la constituye el artículo 57 del Decreto 2117 de 1992 que consagra una diferente concepción a la plasmada en regulaciones anteriores, que incluso eran de inferior categoría y que, como en el caso de la circular 57 de 1992, ni siquiera podían producir efectos ante terceros y los funcionarios a los cuales se les dirigía lo eran, por no haber sido publicada.

Los anteriores razonamientos son suficientes para denegar el recurso de súplica interpuesto.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

DENIEGASE el recurso de súplica interpuesto contra el auto de Sala Unitaria del 11 de noviembre de 1994 proferido por el Magistrado Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, DEVUELVASE al despacho de origen, CUMPLASE.

Se deja constancia que el presente auto se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de Sección; *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

DEMANDA-Admisión/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Efecto/ COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

"No es posible aceptar la tesis en el sentido de que por el sólo hecho de haberse presentado la demanda contra el acto presunto (silencio administrativo negativo), la Administración pierde competencia, toda vez que ella conoce dicha situación cuando le es notificada la admisión de la demanda, y por eso la sola presentación no puede producir el efecto de pérdida de su competencia administrativa".

CONTRIBUCION AL FONDO NACIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION/SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE/ACTO ADMINISTRATIVO/PRESUNCION DE LEGALIDAD

"El Servicio Nacional de Aprendizaje fundamentó las resoluciones acusadas, mediante las cuales ordenó el pago de la contribución al FIC correspondiente al período de 1988 en los artículos 6o. del Decreto 2375 de 1974, mediante el cual se creó la contribución al FIC, 3o. del Decreto 1047 de 1983, que facultó al SENA para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC y en especial, en las resoluciones números 704 de 1985 y 397 de 1987 a través de las cuales el SENA adoptó el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes y estableció que la liquidación de los recaudos al FIC se haría con base en el citado manual. Luego las resoluciones demandadas son obligatorias y gozan de la presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5810. Apelación sentencia de julio 18 de 1994 del Tribunal Administrativo de Antioquia en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal contra los actos administrativos expendidos por el SENA. Actor: CONCONCRETO S.A. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, la entidad demandada, contra la sentencia de julio 18 de 1994, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 23714 de marzo 15 de 1991 y 26218 de agosto 12 de 1992 expedidas por el director regional del SENA-Antioquia-Chocó y contra el acto presunto configurado en virtud del silencio administrativo negativo.

ANTECEDENTES

Mediante la resolución número 23714 de marzo 15 de 1991, el Director Regional del SENA -Antioquia-Chocó ordenó a la sociedad actora pagar la suma de $ 5.762.318 por concepto de la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) por el período de 1988. Tal resolución fue notificada personalmente a la apoderada de la sociedad Conconcreto S.A., el 9 de marzo de 1992.

Contra la mencionada resolución, el apoderado de la sociedad actora interpuso recurso de reposición el 16 de marzo de 1992.

El 12 de agosto de 1992 el Director Regional del SENA-Antioquia-Chocó expidió la resolución número 26218, mediante la cual decidió desfavorablemente el recurso interpuesto por la actora. Tal resolución fue notificada personalmente a la apoderada de la actora el 19 de octubre de 1992.

El 15 de septiembre de 1992 el apoderado de la sociedad actora presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución número 23714 y contra el acto presunto configurado en virtud del silencio administrativo negativo por no haber decidido oportunamente el Director Regional del SENA-Antioquia-Chocó el recurso de reposición interpuso por Concreto S.A. contra la referida resolución 23714.

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia a través del auto de octubre 16 de 1992.

Mediante memorial presentado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de noviembre de 1992, el apoderado de la actora corrigió la demanda.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al Director Regional del SENA el 25 de enero de 1993.

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos 6o. del Decreto Ley 2375 de 1974, 1o. y 3o. del Decreto 1047 de 1983, 240 del C.R.P. y M. 6o. y 122 de la Constitución.

El concepto de la violación se sintetiza así:

– Falta de competencia

El Director del SENA Regional Antioquia-Chocó no era competente para expedir la resolución número 26218 de 12 de agosto de 1992 (mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 23714 de 15 de marzo de 1991), notificada el 19 de octubre de 1992, esto es, con posterioridad a la presentación de la demanda, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 60 del C.C.A., la ocurrencia del silencio administrativo negativo sólo le permite a la autoridad resolver sobre el recurso interpuesto mientras no se haya acudido ante la jurisdicción contenciosa, estructurándose así la nulidad de la resolución número 26218 por incompetencia.

– Nulidad objetiva

Los actos acusados son violatorios de los artículos 6o. del Decreto Ley 2375 de 1974 y 1o. y 3o. del Decreto 1047 de 1983, normas en las que debieron fundarse.

El artículo 6o. del Decreto Ley 2375 de 1974 dispuso que los empleadores de la construcción deberán contribuir mensualmente al Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) con una suma igual a una vez el salario mínimo mensual legal más alto por cada cuarenta trabajadores que laboren en cada una de las obras bajo sus órdenes y proporcionalmente por fracción de cuarenta, siendo ésta la base de liquidación de los aportes al FIC.

El artículo 1o. del Decreto 1047 de 1983 reprodujo la norma anterior con una narración, ya que en lugar de trabajadores que laboren bajo sus órdenes, se refirió a trabajadores que laboren en las obras bajo su responsabilidad. Al respecto indicó que como el reglamento debe interpretarse en forma armónica con la ley, al mencionado artículo no puede dársele un alcance distinto que el de cubrir los trabajadores de la empresa constructora, que son los que laboran bajo sus órdenes subordinados a ello y, por lo tanto, bajo su responsabilidad.

No se ha establecido ni autorizado un sistema presuntivo ni de depuración del costo de las obras para determinar por vía indirecta la base de liquidación de contribución.

El artículo 3o. ib. no puede interpretarse en el sentido de reconocerle al SENA atribuciones amplias para modificar o determinar la base de liquidación y la tarifa de la contribución para el FIC, taxativamente señaladas el en artículo 1o. ib., teniendo en cuenta que el Decreto 1047 de 1983 es de carácter reglamentario y el Presidente de la República no puede delegar tales atribuciones.

El SENA aplicó indebidamente los artículos 4o. y 5o. del Decreto 2375 de 1974 referentes a la cotización del ½ % del valor de las obras establecido como contribución ordinaria de los constructores al SENA, y no a la contribución que para reemplazar la contratación de aprendices previó el artículo 6o. ib. Al respecto indicó que todas las disposiciones del Decreto 2375 de 1974, salvo la contenida en el artículo 6o., fueron derogadas por la Ley 21 de 1982.

En cuanto a las previsiones contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos del SENA, señaló que no gozan del privilegio consagrado en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 para los decretos y órdenes ejecutivas del Gobierno y, por otra parte, debe aplicarse preferentemente lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 1047 de 1983 que goza del citado privilegio y prevalece por ser de mayor jerarquía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

Finalmente, manifestó que las disposiciones contenidas en el referido manual, que exceden las autorizaciones otorgadas por el artículo 3o. del Decreto 1047 de 1983 vulneraron los artículos 2o., 20 y 63 de la Constitución de 1886 y 3o. y 6o. y 122 de la Constitución Política de 1991, por no haberce ejercido mediante ellos funciones diferentes a las atribuidas al SENA por la Constitución y la Ley, resultando así inaplicable el manual en comento.

LA OPOSICION

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

En relación con la alegada "falta de competencia", señaló que no se presentó porque la decisión de la Administración fue anterior a la notificación del auto admisorio de la demanda y el silencio se rompe desde el momento en que se profiere la providencia, aunque no haya sido notificada.

Con fundamento en lo establecido en los Decretos 2375 de 1974 y 1047 de 1983, manifestó que la liquidación practicada tomando como punto de referencia el valor de la mano de obra hasta encontrar el número de trabajadores se ajustó a la ley.

Afirmó que la responsabilidad del pago de los aportes al SENA está radicado en los constructores principales, bajo cuya responsabilidad se encuentran los trabajadores de la obra, vinculados directamente o a través de subcontratistas.

En cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria, señaló que le corresponde al Gobierno pero que también la pueden ejercer otros funcionarios por delegación, y por lo tanto el SENA, con la expedición del Manual de Normas y Procedimientos ejerció la facultad otorgada en el artículo 3o. del Decreto 1047 de 1983 para determinar los procedimientos de liquidación, recaudo y control de los aportes al FIC.

Formuló las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda e inexistencia de causa jurídica.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la sentencia apelada accedió a las súplicas de la demanda.

Afirmó el *a-quo* que como la resolución número 26218 de agosto 12 de 1992 fue notificada con posterioridad a la introducción de la demanda, se quebrantó el artículo 60 de Código Contencioso Administrativo.

En lo referente a la cuestión de fondo, esto es, la base de liquidación que tomó el SENA para exigir a la actora la contribución al Fondo Nacional de Formación de la Industria de la Construcción por el período de 1988, el Tribunal con fundamento en la providencia de esa Corporación radicada con el número 921283, la cual transcribe, le dio prosperidad a las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la entidad demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustento así:

1. Competencia para resolver extemporáneamente los recursos ordinarios de la vía gubernativa

Indico que no es cierto, como lo pretende el apoderado de la actora y lo acepta el Tribunal, que la entidad demandada hubiera perdido la competencia para resolver el recurso de reposición, porque ello únicamente ocurre cuando se ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa y el ente administrativo demandado ha sido enterado por medio de la notificación personal del auto admisorio de la demanda.

2. Indebida acumulación de pretensiones

Resulta jurídicamente imposible acumular las pretensiones de nulidad del acto administrativo presunto configurado por el silencio administrativo negativo y de la resolución que resolvió el recurso de reposición, porque o se trata de un acto presunto configurado por el silencio administrativo respecto del recurso interpuesto, o de la nulidad directa de un acto objetivamente proferido por la Administración.

Afirmó el apoderado del apelante que a su juicio es equivocado el criterio de la actora consistente en separar el Decreto 2375 de 1974 del contexto normativo que realimenta el aporte parafiscal denominado FIC. Al respecto señaló que la liquidación del aporte del FIC surgió de los Decretos 2375 de 1974 (art. 6o.) y 1047 de 1983 (art. 1o.) y que ante la dificultad de conocer las planillas de trabajadores de las obras ejecutadas por el obligado, el SENA aplicó un sistema alternativo de cálculo numérico de las personas radicadas en obra tomando en consideración las prescripciones del artículo 4o. del Decreto 2375 de 1974 y teniendo en cuenta que el porcentaje del 0.25% sobre el costo de la obra equivale para el caso al mismo rango de un salario mínimo legal por cada cuarenta (40) trabajadores o fracción de éstos.

Con base en lo anterior, manifestó que no se presentó la creación de una nueva carga impositiva sino que se trata de la misma que fue escogida por medio de la resolución 704 del 11 de junio de 1985, modificado por la resolución número 1698 de 1992, conocida como el "Manual de Normas y Procedimiento de Aportes", el cual debe ser aplicado por la Administración mientras no haya sido declarado nulo o suspendido.

3. De la causa jurídica

Señaló que para conocer el número de trabajadores que efectivamente ocupa una obra determinada, el SENA prefirió utilizar, en desarrollo de la facultad otorgada a tal entidad por la ley para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC (art. 3o. del Decreto 1047 de 1983), el sistema consistente en tomar el valor de la obra calculando la incidencia que en la misma conlleva la mano de obra involucrada, depurando costos y estableciendo la injerencia que en la obra cuestionada tiene el costo de nómina del personal, porque el control numérico del personal utilizado en obra es de difícil detección debido a que los constructores no incluyen en las nóminas completas al personal que labora por intermedio de sus contratistas y los períodos de duración de estos contratos son relativamente cortos.

4. De la solidaridad

En relación con el punto referente a que el demando sólo está obligado a pagar los aportes al FIC por el personal que ocupa directamente y no por el de sus contratistas, explicó que de conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 8o. del Decreto 083 de 1976, tal aspecto dilucionado estableciéndose la responsabilidad directa entre el propietario de la obra, constructor y contratistas.

Al respecto citó el artículo 53 de la Constitución.

5. De la competencia

Indicó que el SENA, de acuerdo con dispuesto en el artículo 3o. del Decreto 1047 de 1983, estaba facultado para liquidar y estimar los aportes al FIC a cargo de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la entidad demandada dentro de esta oportunidad procesal reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación y agregó que de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, existe una solidaridad entre el dueño de la obra y el contratista respecto del pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás conceptos en favor de sus trabajadores.

El apoderado de la sociedad actora se opuso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y alegó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo cuando ocurre el silencio administrativo la autoridad pierde competencia para pronunciarse cuando se ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativo, esto es, una vez presentada la demanda.

En relación con la indebida acumulación de prestaciones, señaló que no se presentó ya que se atacaron dos actos diferentes: el presunto y el expreso, para el cual ya no tenía competencia el SENA.

Finalmente alegó que el *a-quo* fue enfático al indicar que el SENA careció de competencia para establecer las bases de liquidación de las contribuciones al FIC.

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación se pronunció en favor de la revocatoria de la sentencia apelada, argumentando que las resoluciones que soportan la decisión cuestionada, las cuales gozan de la presunción de la legalidad y no pueden ser desconocida por los administrados si no han sido anuladas o suspendidas por la jurisdicción contenciosa, son aplicables porque no modifican la base gravable, la tarifa ni los sujetos activos y pasivos de la obligación tributaria, y simplemente se limita a encontrar mediante un mecanismo matemático el número de trabajadores empleado para establecer el valor de la contribución.

Advirtió que tal mecanismo esta amparado en el artículo 4o. del Decreto 2375 de 1974, aplicable no sólo a los aportes al SENA sino que sirve para establecer el monto de la contribución mensual al FIC, toda vez que la ley es un conjunto armónico de reglas vinculadas entre sí que se complementan recíprocamente. Al respecto citó la providencia del Consejo de Estado de 22 de marzo de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto a la competencia del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, para resolver el recurso de reposición interpuesto por la sociedad actora contra resolución número 23714 de 15 de marzo de 1991, la Sala encuentra, en oposición a lo señalado por el Tribunal, que el SENA expidió con competencia la resolución número 26218 de

12 de agosto de 1992 notificada el 19 de octubre del mismo año, toda vez que no obstante haberse presentado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la demanda el 15 de septiembre de 1992, el auto admisorio de la misma fue notificado a la entidad demandada hasta el 25 de enero de 1993, momento a partir del cual se trabó la relación jurídica procesal.

No es posible aceptar la tesis de la parte actora, acogida por el *a-quo*, en el sentido de que por el solo hecho de haberse presentado la demanda contra el acto presunto, la Administración pierde competencia, toda vez que ella sólo conoce dicha situación cuando le es notificada la admisión de la demanda, y por eso, la sola presentación no puede producir el efecto de pérdida de su competencia administrativa.

Sobre la alegada indebida acumulación de pretensiones se observa que tal fenómeno no se presentó ya que dentro del *sub-lite* las pretensiones del actor están encaminadas a un mismo objeto, esto es, la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se le ordenó el pago de la suma de $ 5.772.318 por concepto de la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) por el período de 1988, y de otra parte, no fue desconocido el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que regula la acumulación de pretensiones.

Respecto de la contribución al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción (FIC) por el período de 1988, fijada por el SENA mediante los actos acusados a la sociedad actora, la Sala observa lo siguiente:

Los artículos 4o. y 6o. del Decreto de Ley 2375 de 1974, 1o. y 3o. del Decreto 1047 de 1983, 1o de la resolución número 704 de 1985 y 7o. parágrafo de la resolución 397 de 1987 y el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes, expedidos por el SENA establecen:

Decreto Ley 2375 de 1974

"Artículo 4o. Se presume que la industria de la construcción destina para la realización de los trabajos que ejecuta, un veinticinco por ciento (25%) de sus costos al pago de jornales y subcontratos de prestación de servicios.

"En consecuencia, las personas jurídicas y naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal, como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje, el medio por ciento (1/2%) del valor de las obras que ejecuten directamente o a través de subcontratistas".

"Artículo 6o. Exonérese a la industria de la construcción de la obligación que, conforme a las disposiciones vigentes, tiene de contratar aprendices.

"En su lugar, créase el Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción a cargo de los empleadores de ese ramo de la actividad

económica, quienes deberán contribuir mensualmente al mismo con una suma igual a una vez el salario mínimo por cada cuarenta (40) trabajadores que laboran bajo sus órdenes.

"El Fondo será administrado por el Servicio Nacional de Aprendizaje con la asesoría de la Cámara Colombiana de la Construcción y con cargo a él se atenderá el pago de la proporción salarial que corresponde a los aprendices que reciben formación profesional en los diversos oficios de la industria de la construcción".

Decreto 1047 de 1983.

"Artículo 1o. Los empleadores de la industria de la construcción, en aplicación de lo establecido por el artículo 6o. del Decreto 2375 de 1974, se hayan exonerados de la obligación de contratar aprendices.

"En su lugar seguirá funcionando el Fondo de Formación Profesional de la Industria de la Construcción -FIC-, creado por la citada norma, a cargo de los empleadores de dicha rama de la actividad económica, quienes deberán contribuir mensualmente al mismo con una suma igual a una vez el salario mínimo mensual legal más alto por cada 40 trabajadores que laboren en cada una de las obras bajo su responsabilidad, y proporcionalmente por fracciones de cuarenta (40)".

"Artículo 3o. El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, como administrador del Fondo, **queda facultado para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC** así como también para regular la administración, funcionamiento y destinación específica del mismo".

(Se subraya).

Resolución 704 de 1985

"Artículo 1o. Adopción: Adóptese el Manual de Aportes de Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA".

Resolución 397 de 1987

"Artículo 7o. -...

"PARAGRAFO. La liquidación de recaudos del FIC se hará con base en el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes numeral 3.3 'Liquidación FIC' adoptado mediante resolución 0704 de 11 de junio de 1985".

Manual de Normas de Procedimientos de Aportes

"5. LIQUIDACION FIC

"5.1. Definición

"Es la liquidación de la contribución que se hace a los empleadores dedicados a la industria de la construcción, de acuerdo con el número de trabajadores que laboran en la obra.

"5.2. Criterios Básicos

"...

"5. Pagar anualmente, en casos excepcionales, la contribución al FIC en forma presuntiva, para lo cual el funcionario de aportes procederá así:

"a. Solicitar al empleador la forma F4-370 diligenciada en la parte correspondiente a costo de obra firmada por el contador público.

"b. Con la base en la constancia anterior procede a aplicar el 0.25 % al total de los costos certificados por el contador público, ..."

El Servicio Nacional de Aprendizaje fundamentó las resoluciones acusadas, mediante las cuales ordenó el pago de la suma de $ 5.762.318 por concepto de la contribución al FIC correspondiente al período de 1988, en los artículos 6o. del Decreto 2375 de 1974, mediante el cual se creó la contribución al FIC, 3o. del Decreto 1047 de 1983, que facultó al SENA para establecer los procedimientos necesarios relacionados con la liquidación, recaudo y control de los valores correspondientes al FIC y en especial, en las resoluciones números 704 de 1985 y 397 de 1987 a través de las cuales el SENA adoptó el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes y estableció que la liquidación de los recaudos al FIC se haría con base en el citado Manual.

No resultan aceptables los planteamientos del Tribunal y de la parte actora en el sentido de que eran inaplicables las resoluciones 704 de 1985 y 397 de 1987 y el Manual de Normas y Procedimientos de Aportes, expedidos por el SENA, toda vez que tales actos administrativos son obligatorios y gozan de la presunción de legalidad mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De conformidad con lo anterior, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que el SENA, mediante la expedición de las resoluciones acusadas, actuó conforme a la legalidad aplicando las normas vigentes sobre la materia, las cuales, como ya se dijo, son obligatorias y gozan de presunción de legalidad, en desarrollo de las facultades otorgadas a la entidad demandada por el artículo 3o. del Decreto 1047 de 1983.

Las anteriores razones son suficientes para revocar la sentencia apelada, prosperando así el recurso de apelación interpuesto por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

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:

Revócase la sentencia apelada.

Niéganse las peticiones de la demanda.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen. CUMPLASE.

La anterior procedencia 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 Olocos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ASIGNACION PERMANENTE-Requisitos/**BENEFICIO NETO O EXCEDENTE/EXENCION DEL BENEFICIO NETO/REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL**

"La actora no observó el requisito previsto en el inciso 2o. del artículo 7o. del Decreto 868 de 1989 referente a que las asambleas generales u órganos directivos, en este caso de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de los estatutos el "Comité Directivo", para constituir asignaciones permanentes "deberá dejar establecido el objeto de las mismas y los programas o actividades a los cuales está destinada", toda vez que el mencionado requisito no puede entenderse cumplido como lo pretendió la entidad actora con la previsión contenida en el artículo 8o. de los Estatutos (referente a que de las rentas netas del Fondo cada año se toma no menos del 30% para capitalizarlo) ni mediante la aprobación impartida por el Comité Directivo del Fondo al balance y ejecución presupuestal a 31 de diciembre de 1991 (en donde aparece la reserva estatutaria del 30%) toda vez que de conformidad con el artículo 7o. del Decreto 868 de 1989 se requiere que, de manera concreta y específica, la directiva respectiva precise la destinación, también específica, del rubro correspondiente, luego la ausencia del mencionado requisito hacía improcedente la exención del beneficio neto o excedente".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5819. Apelación sentencia de 21 de julio de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por el Comité de Entidades sin Animo de Lucro. Actor: FONDO PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE JOSE CELESTINO MUTIS - FEN COLOMBIA. Fallo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderada por el Fondo para la Protección del Medio Ambiente José Celestino Mutis -FEN COLOMBIA-, el actor, contra la sentencia de 21 de julio de 1994, 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 145 de noviembre 6 de 1992 y 007 de junio 24 de 1993, expedidas por el Comité de Entidades sin Animo de Lucro.

Mediante la resolución número 145 de noviembre 6 de 1992 el Comité de Entidades sin Animo de Lucro declaró la procedencia deducibilidad de los egresos en cuantía de $126.109.316.83 y de la exención parcial del beneficio neto obtenido en el año gravable de 1991 por valor de $16.817.930.55, gravó a la actora con la tarifa del 20 % sobre la suma de $61.254.534.59 y negó el plazo adicional de un mes consagrado en el inciso 4o. del artículo 17 del Decreto 2820 de 1981 para efectos de la presentación de la declaración de renta.

Contra el anterior acto administrativo, el representante legal del actor interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido por el Comité de Entidades sin Animo de Lucro a través de la resolución número 007 de junio 24 de 1993, confirmando la resolución número 145 y ampliando el plazo para efectos de la presentación de la declaración de renta, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

La apoderada de la entidad actora consideró vulnerados los artículos 29 y 228 de la Constitución; 2o., 3o., 10, 57 y 59 del Código Contencioso Administrativo; 4o, 175, 177 y 187 del Código de Procedimiento Civil; 356, 357, 358, 359 y 777 del Estatuto Tributario y el 5o. y 7o. del Decreto 868 de 1989.

El concepto de la violación se sintetiza así:

La resolución número 007 de junio 24 de 1993 vulneró las normas anteriormente enunciadas, en especial los artículos 29 de la Constitución y 2o. y 3o. del Código Contencioso Administrativo, por no estar en concordancia con la resolución número 145 de noviembre 6 de 1992, ya que en esta resolución se hizo referencia al artículo 4o. del Decreto 868 de 1989 sin citar el artículo 7o. ib. que sirvió de fundamento para que

el Comité de Entidades sin Animo de Lucro, mediante la resolución número 007 de 1993, gravara parte del excedente, sin tener en cuenta que el artículo 4o ib. trata sobre los egresos y el artículo 7o. ib. sobre las asignaciones permanentes y sus requisitos.

Afirmó que no obstante lo anterior, la entidad demandada se equivocó respecto del requisito previsto en el artículo 7o. del Decreto 868 de 1989, referente a que las asambleas generales u órganos directivos dejen establecido el objeto de la asignación y los programas o actividades a las cuales está destinada, y que el fondo cumplió con los requisitos consagrados en el citado artículo 7o. ib., así:

–Los $61.254.534.59 se capitalizaron para destinarlos a los objetivos señalados en el artículo 3o. de los estatutos del fondo actor.

– El Comité Directivo del Fondo actor, mediante el acta No. 069 de febrero 18 de 1992, aprobó el balance y el estado de pérdidas y ganancias en donde se encontraba la reserva estatutaria del 30 % (establecida en el artículo 8o. de los Estatutos del Fondo) equivalente a $61.254.534.59, observándose de esta forma los artículos 7o. del Decreto 868 de 1989, 187 del Código de Comercio y 15 de los Estatutos del Fondo.

– La asignación fue registrada en una cuenta especial de patrimonio, lo que se demuestra con el balance a 31 de diciembre y el certificado del revisor fiscal.

– La asignación no ha sido deshecha por los órganos directivos, y por lo tanto no se ha destinado a ningún fin.

El Comité de Entidades sin Animo de Lucro restringió arbitrariamente el sentido del artículo 7o. del Decreto 868 de 1989, que no fija un solo órgano competente y, por tanto, la Junta Directiva de la FEN podía constituir asignaciones permanentes ratificadas por el Comité Directivo al aprobar los estudios financieros de cada año.

Desde la creación del Fondo, en el año de 1984, de los ingresos se tomó el 30 % para construir la reserva, así como está demostrado en los balances de los años 1984 a 1992, y por lo tanto la Administración con su actuación vulneró los artículos 5o. y 7o. del Decreto 868 de 1989 y 356, 357, 358 y 359 del Estatuto Tributario.

El Comité de Entidades sin Animo de Lucro no probó que la asignación permanente se hubiera deshecho y destinado a otros objetivos no completados en el Decreto 868 de 1989, "único caso para tener el carácter de gravable".

Se presentó una indebida apreciación de las pruebas aportadas, desconociéndose los artículos 187 del Código de Procedimiento Civil y 31 del Código Civil y los principios del debido proceso, de la economía procesal y las reglas de la sana crítica.

De conformidad con lo establecido en los artículos 777 del Estatuto Tributario en concordancia con los artículos 10 y 57 del Código Contencioso Administrativo y 175

y 177 del Código de Procedimiento Civil, en los Estatutos, la contabilidad y el certificado de revisor fiscal se demostró que el valor de $61.254.534.59 correspondía a una asignación permanente, sin que por ello el comité pudiera gravar parte de los excedentes con la tarifa del 20 %.

Finalmente, indicó que los actos demandados vulneraron indirectamente los artículos 228 de la Constitución y 4o. del Código de Procedimiento Civil que consagra la prevalencia del derecho sustancial.

LA OPOSICION

La apoderada de la Administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando en primer término, respecto de la tercera pretensión, que la suma de $12.251.000 correspondió a la liquidación del impuesto sobre la renta determinado a la tarifa del 20 % sobre el excedente que gravó el Comité de Entidades sin Animo de Lucro y que en el evento que existiera un pago en exceso la petición de devolución debió elevarse ante la oficina competente de la Administración, de conformidad con lo establecido en los artículos 853, 854 y 863 del Estatuto Tributario.

En relación con la "supuesta nulidad" de los actos administrativos acusados, señaló que existe concordancia entre las resoluciones números 145 de 1992 y 007 de 1993, ya que los artículos 4o. y 7o. del Decreto 868 de 1989 consagraron los requisitos que deben observar las entidades para solicitar la calificación del beneficio neto o excedente.

Afirmó que el motivo por el cual la Administración gravó el excedente se concretó en ausencia de la prueba que demostrara que la Asamblea General había constituido la asignación permanente y que la destinación de la asignación permanente implica necesariamente que en el acta de la Asamblea General se indique el objeto de la misma y las actividades a las que está destinada, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5o. y 7o. del Decreto 868 de 1989.

Advirtió que artículo 8o. de los Estatutos del Fondo actor se limitó a exigir la capitalización del 30% de las rentas, sin que ello implique que el capital ahorrado y sus frutos estén destinados al objeto social de la actora.

EL FALLO APELADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda argumentando que en el *sub-lite* sí hubo falta de concordancia entre los actos demandados, al haberse citado el artículo 4o. del Decreto 868 de 1989 y en la decisión final del artículo 7o. ib. Como se alega, porque no se negó la oportunidad de la entidad actora para el ejercicio del derecho de defensa, toda vez que del contexto de la resolución de 145 de 1992 se deduce que el rechazo de la exención surgió por el incumplimiento de los requisitos legales, indicándose el artículo 4o. ib. referente a los egresos, pues la Administración en ese momento no tenía fundamentos

para concluir que se trataba de una asignación permanente, correspondiéndole a la actora demostrar la procedencia de conformidad con el Decreto 868 de 1989.

Advirtió el *a-quo* que de acuerdo con lo establecido con los Estatutos del fondo no resulta válido el argumento de la Administración, consistente en que la reserva no fue constituida por la "Asamblea General" porque el citado fondo fue creado con máxima autonomía, no tiene Asamblea General propia y su órgano máximo de dirección y administración es el Comité Directivo, y por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2o. del artículo 7o. del Decreto 868 de 1989, correspondía a tal organismo la constitución de la asignación permanente.

El *a-quo*, con fundamento en lo establecido en el artículo 7o. del Decreto 868 de 1989, concluyó que la entidad actora no cumplió el requisito exigido para que proceda la exención del beneficio neto o excedente, referente a que cuando se constituyan asignaciones permanentes se debe establecer el objeto de las mismas y los programas o actividades a los que fue destinada, requisito que se puede entender cumplido con la aprobación que impartió el órgano directivo al balance general a 31 de diciembre de 1991, en donde aparece la reserva estatutaria del 30% previsto en los Estatutos.

Finalmente, y en cuanto a la indebida apreciación de las pruebas aportadas en la vía gubernativa, el *a-quo* estimó que tales pruebas y las aportadas en la primera instancia no demostraron el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 868 de 1989, para que el Comité de Entidades sin Animo de Lucro aceptara la exención del beneficio neto o excedente discutido, y que, las mismas no constituyen una mera formalidad cuya exigencia haya determinado la transgresión del artículo 228 de la Constitución.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la entidad actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de la primera instancia, argumentando que con su actuación la Administración modificó la razones jurídicas que le servían de fundamento, ya que en la resolución 145 de 1992 se basó en el incumplimiento del artículo 4o. del Decreto 868 de 1989 en la Resolución 007 de 1993 en el incumplimiento del artículo 7o. ib.

En relación con la asignación permanente, afirmó que ésta se efectuó por los órganos directivos del Fondo (la Junta Directiva a través de los Estatutos) y por el Comité Directivo mediante el acta No. 069 de febrero 18 de 1992.

Manifestó su acuerdo con el Tribunal respecto a que los Estatutos del Fondo son del 17 de junio de 1984 y los requisitos para las asignaciones permanentes fueron establecidos en 1989 mediante el Decreto 868 de abril 26, y su discrepancia en el sentido de que tal norma no prevé que la exención no se deba conceder por el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro haya sido creada antes que ella y haya dispuesto un objetivo igual estimulado fiscalmente.

Finalmente, indicó que la norma no consagra ninguna prohibición relativa a que la asignación permanente se constituye obligatoriamente cada año y, por el contrario, tal medida preserva la continuidad y fortalecimiento patrimonial de la entidad para que continúe con el cumplimiento de su objeto.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la entidad actora, dentro de esta oportunidad procesal, reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación haciendo énfasis en que su representada cumplió con las condiciones establecidas en los artículos 5o. y 7o. del Decreto 868 de 1989 para acceder al beneficio tributario, ya que constituyó las asignaciones permanentes de conformidad con lo establecido en tales normas.

Señaló que la asignación fue constituida por el órgano competente, esto es, el Comité Directivo, el cual al establecer la asignación permanente precisó el objeto de la misma y los programas o actividades a los que está destinada, de acuerdo con establecido con los artículos 3o. y 8o. de los Estatutos. Al respecto advirtió que en el inciso 2o. del artículo 7o. del Decreto 868 de 1989 se establece la obligación de fijar el objeto y los programas a los cuales se destinará la asignación, sin consagrar un procedimiento riguroso para la constitución, bastando simplemente que a través de los Estatutos, como sucedió con este caso, se haya dejado establecido el objeto y los programas de asignación.

Afirmó que con su actuación la Administración otorgó prevalencia a la forma sobre el derecho sustancial, vulnerando así el artículo 228 de la Constitución. En relación con este aspecto, citó las sentencias de enero 21 de 1993 No. C-015 de la Corte Constitucional y de abril 6 de 1973 del Consejo de Estado.

Concluyó alegando que dentro del *sub-lite* se vulneró el derecho de defensa de la parte actora al modificarse, en la vía gubernativa la razones jurídicas fundamento de la actuación, ya que la resolución 145 de 1992 se apoyó el artículo 4o. del Decreto 868 de 1989 y la resolución 007 de 1993 en artículo 7o. ib.

El alegato de la apoderada de la Administración no puede tenerse en cuenta, porque no consta en el expediente, el poder respectivo que la faculte para actuar en este proceso.

No hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver la controversia planteada se debe determinar si la asignación permanente, constituída por la entidad actora en la modalidad de reserva estatutaria, reúne los requisitos para la procedencia de la exención del beneficio neto o excedente

o si; por el contrario, por no reunirlos constituye beneficio neto o excedente gravable a la tarifa del 20% .

El Decreto 868 de 26 de abril de 1989 " Por el cual se reglamenta el régimen tributario especial para algunos contribuyentes, el Comité de Entidades sin Animo de Lucro y se dictan otras disposiciones" establece en sus artículos 2o. , 4o. , 5o. , 7o. y 12 lo siguiente:

"Artículo 2. **Determinación del impuesto.** Las entidades a que se refieren el artículo anterior, sometidas al régimen especial, determinarán el impuesto sobre la renta y complementarios aplicando la tarifa única de 20% sobre el beneficio neto o excedente resultante en el respectivo período gravable, que no tenga el carácter de exento.

"El beneficio neto excedente será el resultado de tomar la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y restar de los mismos los egresos que sean procedentes de conformidad con el artículo 4o. de este decreto.

"..."-

" Artículo 4. **Egresos.** Los egresos procedentes serán aquellos de cualquier naturaleza realizados en el respectivo período gravable, siempre y cuando cumplan algunas de las siguientes condiciones:

"a) Que los egresos constituyan costo o gasto y tengan relación de causalidad con los ingresos, y

"b) Que los egresos que no teniendo relación de causalidad con los ingresos, se destinen a las siguientes actividades:

"Salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica o a programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.Dentro de los egresos se incluyen las inversiones que se hagan en cumplimiento de las actividades anteriormente señaladas.

"El valor correspondiente a la ejecución de beneficios netos o excedentes de años anteriores, no se considerará como egreso o inversión del ejercicio.

"Para que proceda la deducción de los egresos, se requerirá de la calificación del Comité de Entidades sin Animo de Lucro, cuando se den las condiciones contempladas en el artículo 8o. del presente decreto.

"...".-

"Artículo 5. **Exención del beneficio neto o excedente.** El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. del presente decreto, estará exento del impuesto sobre la renta y complementarios, en la parte que cumpla alguna de las siguientes condiciones:

"a) Que se destine dentro del año siguiente al de su obtención, o dentro de los plazos adicionales de que trata el artículo siguiente, a desarrollar directa o indirectamente una o varias de las actividades citadas en el literal b) del artículo anterior, y

"b) **Que se destine a constituir asignaciones permanentes, para el desarrollo de tales actividades, de conformidad con lo señalado en el artículo 7o. de ese decreto,** para efectos de la exención del beneficio neto o excedente, la entidad deberá, previamente a la presentación de la declaración de renta, aprobar en su asamblea general u órgano directivo que haga sus veces, la destinación de los mismos de conformidad con las anteriores condiciones.

"Así mismo, para la exención del beneficio neto o excedente se requerirá de la calificación o autorización en tal sentido del Comité de Entidades sin Ánimo de Lucro, cuando se den las condiciones contempladas en el artículo 8o. del presente decreto.

"Parágrafo 1. El beneficio neto excedente no destinado a los fines previstos en este artículo y el generado en la no procedencia de los egresos, así como aquel que habiendo sido destinado a uno de los anteriores fines, no haya cumplido con su ejecución, constituye beneficio neto o excedente gravable sometido a la tarifa del 20%, en el año en que esto ocurra y sobre tal impuesto no procede ninguna deducción o descuento.

"...".- (Se subraya) .

"Artículo 7. **Asignaciones permanentes.** Las asignaciones permanentes están constituidas por parte del beneficio neto o excedente, que se destina a capitalizarse con el objeto que sus frutos posibiliten el mantenimiento o desarrollo permanente de alguna de las actividades señaladas en este decreto.

"Cuando las asambleas generales u órganos directivos que hagan sus veces constituyan asignaciones permanentes, deberán dejar establecido el objeto de las mismas y los programas o actividades a los cuales está destinada.

"Las asignaciones permanentes deberán registrarse como una cuenta especial patrimonio y podrán estar representadas en diversos tipos de activos, y negociarse libremente, salvo las limitaciones legales de las propias entidades.

"Las asignaciones permanentes sólo podrán deshacerse por la asamblea general u órganos directivos que hagan sus veces, evento en el cual éstas deberán destinarse a las actividades contempladas en este decreto. En caso contrario, dichas asignaciones serán excedente gravable del mismo año." (Se subraya).

"Artículo 12. **Solicitud de calificaciones.** Las entidades que requieran las calificaciones o autorizaciones señaladas en el artículo anterior, deberán presentar su solicitud ante la secretaría del Comité de Entidades sin Ánimo de Lucro, anexando los siguientes documentos según la naturaleza de la solicitud:

"Solicitud conjunta sobre la procedencia de los egresos y exención del beneficio neto, y de autorización de plazos adicionales y asignaciones permanentes:

"a) Petición correspondiente del representante legal con indicación de la dirección para notificaciones;

"b) Certificado de existencia y representación legal de la entidad solicitante, expedido con una antelación no mayor de 4 meses;

"c) Balance general y estado de pérdidas y ganancias del año gravable objeto de la calificación, debidamente certificados por contador público o revisor fiscal, según el caso;

"d) Descripciones de las inversiones y programas desarrollados, con indicación de la cuantía y naturaleza de los egresos cuya procedencia se solicita;

"e) Copia del acta de la asamblea general u órgano directivo que haga sus veces, en la cual conste la aprobación de la destinación del beneficio neto a las actividades señalada dentro del año siguiente al de su obtención, o de la aprobación de programas que requieren plazos adicionales a un año, así como de las constituciones de asignaciones permanentes, según el caso;

"f) Relación de las actividades ejecutadas con los excedentes calificados como exentos en años anteriores y que debían ejecutarse en dicho año. Este requisito será exigible a partir del año gravable de 1989;

"g) Copia autenticada de la declaración de renta o de ingreso y patrimonio, según el caso, del año inmediatamente anterior a aquél por el cual se efectúa la solicitud, y

"h) Certificación suscrita por el contador público o revisor fiscal sobre el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para obtener la calificación o autorización.

"...".-

En primer término advierte la Sala que en el *sub-exámine* no se presentó la alegada violación del derecho de defensa, como lo manifestó la actora argumentado que la Administración había modificado las razones jurídicas fundamento de su actuación, toda vez que la solicitud presentada por el Fondo para la Protección del Medio Ambiente José Celestino Mutis-FEN-Colombia el 22 de abril de 1992 estaba dirigida a la calificación de la procedencia de los egresos y de la exención del beneficio neto por el año gravable de 1991 si referirse a las "asignaciones permanentes" como lo prevé el artículo 12 del Decreto 868 de 1989, y por lo tanto el pronunciamiento de la Administración a través de la resolución número 007 de 1993 (que resolvió el recurso de reposición) en relación con las mencionadas asignaciones permanentes fue motivado por los argumentaciones planteadas al respecto por el Fondo en el recurso de reposición, como ya se dijo, sin que se vulnerara el derecho de defensa de la entidad actora.

No resultan aceptables las afirmaciones expuestas por la entidad actora en el recurso de apelación y en el alegato de conclusión consistentes en que cumplió con los requisitos para la procedencia de la exención del beneficio neto o excedente al haber constituido las asignaciones permanentes con sujeción a los requisitos establecidos de los artículos 5o. y 7o. del Decreto de 868 de 1989.

En efecto, la actora no observó el requisito previsto en el inciso 2o. del artículo 70 del Decreto 868 de 1989 referente a que las asambleas generales u órganos directivos, en este caso de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de los Estatutos el Comité Directivo, para construir asignaciones permanentes "deberán dejar establecido el objeto de las mismas y los programas o actividades a las cuales está destinada", toda vez que el mencionado requisito no puede entenderse cumplido como lo pretendió la entidad actora con la revisión contenida en el artículo 8o. de los Estatutos (referente a que de las rentas netas de Fondo cada año se toma no menos del 30% para capitalizarlo) ni mediante la aprobación impartida por el Comité Directivo del Fondo al balance y ejecución presupuestal a 31 de diciembre de 1991 (en donde aparece la reserva estatutaria del 30%) mediante el acta 069 de febrero 18 de 1992, toda vez que de conformidad con la norma transcrita, se requiere que, de manera concreta y específica, la directiva respectiva precise la destinación, también específica el rubro correspondiente.

De acuerdo con lo anterior , y teniendo en cuenta que el Comité Directivo de la entidad actora al construir la asignación permanente en discusión no estableció el objeto de la misma ni los programas o actividades a los cuales estaría destinada, desconociendo los artículos 5o. literal b) y 7o. inciso 2o. del Decreto de 868 de 1989,

resulta claro para la Sala que la ausencia del mencionado requisito hacía improcedente la exención del beneficio neto o excedente y por lo tanto la actuación de la Administración, al gravar el mencionado beneficio neto o excedente con la tarifa del 20% de acuerdo con lo establecido en los artículos 2o. y 5o. parágrafo 1o. del Decreto 868 de 1989, de ajustó a derecho.

Los anteriores razonamientos son suficientes para confirmar la sentencia apelada, no estando así llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la entidad actora.

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:

Confirmase la sentencia apelada.

No se reconoce personería a la apoderada de la entidad demandada, Dra. Clara Elizabeth Mojica Cardozo, porque dentro del expediente no aparece el poder para actuar en este proceso.

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 A. Flórez Rojas, Secretario.

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO/DERECHO DE DEFENSA/LIQUIDACION OFICIAL DE IMPUESTOS

"En la expedición regular de los actos administrativos deben observarse los aspectos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia y respetarse los trámites y procedimientos indicados en la ley para expedirlos, así como para discutirlos, a través de los medios de impugnación previstos en el ordenamiento, y con plena observancia del derecho de defensa del administrado. En términos generales, el concepto del "debido proceso" se concreta en que éste debe ser el indicado en las respectivas disposiciones legales en las cuales están sujetos los funcionarios que intervienen en la producción del acto que expresa la voluntad de la Administración y en su discusión. La violación del artículo 29, única disposición en la cual la demandante apoyó su inconformidad, no se puede establecer sino comparando el acto administrativo respectivo, con las normas en las cuales está previsto el procedimiento a seguir en la expedición de la liquidación impugnada, que como en el caso que se atiende se refiere a actos municipales, dicho procedimiento debe estar consagrado en un acuerdo, el cual ha debido ser allegado por la actora a fin de efectuar la correspondiente confrontación".

ACTIVIDAD DE SERVICIOS PUBLICOS/ACTIVIDAD NO SUJETA/ EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Valledupar

Es evidente que la Ley 14 de 1983, que reguló íntegramente el gravamen, no contempla en su artículo 39 la prohibición de gravar con el

impuesto de industria y comercio a las sociedades que presten servicios públicos, por el hecho de ser predominantemente público su capital y porque también por que la ausencia de ánimo de lucro resulta irrelevante para efectos del impuesto, como reiteradamente lo ha precisado la Corporación. Así mismo, es sabido que quien afirma estar exonerado del pago del impuesto debe probar tal hecho, con el respectivo acuerdo o acto que fundamente tal circunstancia. De otra parte, es pertinente anotar como el citado Decreto 153, lejos de excluir , incluye expresamente como sujetos pasivos del impuesto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, con arreglo a lo previsto en el art. 39 de la Ley 14 de 1983".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia.: Expediente No. 5846. Actor: Electrificadora del Cesar, S.A. contra Municipio de Valledupar. INDUSTRIA Y COMERCIO. Fallo.

Decide la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A.; contra la sentencia del 24 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, desestimatoria de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que ordenó el registro y liquidó de aforo el impuesto de Industria y Comercio a cargo de la sociedad por el año gravable de 1992 vigencia de 1993.

ANTECEDENTES

Previa investigación tributaria, a fin de constatar el monto de los ingresos percibidos por el año gravable de 1992, la División de Impuestos de la Secretaría de Hacienda Municipal de Valledupar, mediante resolución sin número del 10 de agosto de 1993, ordenó el registro como contribuyente y practicó liquidación de aforo a la ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. por el año gravable de 1992.

Inconforme con dicha liquidación, la sociedad acudió ante el Tribunal Administrativo del Cesar, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual adujo que el acto liquidatorio acusado es violatorio del artículo 29 de la Constitución Nacional que consagra el debido proceso, el cual fue desconocido, porque a través de la liquidación demandada se ordenó el registro y se liquidó de aforo el impuesto de Industria y Comercio, con un criterio legal que desborda el ámbito de las atribuciones y facultades, al tenor de las disposiciones que regulan la materia.

Explicó que con fundamento en los artículos 195 y siguientes del Decreto 1333 de 1986 el Concejo de Valledupar a través del acuerdo 029 de 1990, reglamentó el régimen del impuesto de industria y comercio y que el Alcalde municipal en uso de facultades otorgadas por el Concejo explicó el Decreto 153 del 10 de junio de 1993, que contiene el Código de Rentas del Municipio de Valledupar.

Agregó que basado en este último decreto, el jefe de impuestos Municipales expidió el acto acusado, esto es, que la Administración aplicó retroactivamente el Decreto 153 de 1993 violando también el artículo 52 del Código de Régimen Municipal, ya que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia empieza dos meses después.

A juicio de la demanda, el acto impugnado es violatorio de los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, porque confundió la actividad de servicios referida a las actividades gravables con la actividad de servicio público, que no es objeto de impuesto de industria y comercio. Previa transcripción del artículo 36 ib., sostuvo que los servicios que allí se enumeran son de carácter comercial que persiguen un fin lucrativo, que es la característica que los diferencia de los servicios públicos.

Concluyó manifestando que el impuesto de industria y comercio grava las actividades que tengan finalidad de lucro o enriquecimiento, razón por la cual queda excluido el servicio público de energía eléctrica prestado por la empresa ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A.

Solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, la cual fue negada por no haberse aportado el Derecho Local 153 de 1993, necesario para efectuar la respectiva confrontación.

El Municipio de Valledupar, a través del apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Sostuvo que el artículo 29 de la Constitución no fue violado, porque para expedir la resolución acusada se observó el procedimiento y que el actor no invocó norma distinta que sustente la alegada retroactividad del acto administrativo.

Que el artículo 116 del Decreto 1333 de 1986 prevé que los acuerdos se presumen válidos y producen la plenitud de sus efectos a partir de la fecha de su publicación, a menos que los mismos señalen fecha posterior para el efecto.

Finalmente, arguyó que la actora no invocó norma alguna que sustraiga a la actividad que ejerce la ELECTRIFICADORA DEL CESAR de ser sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio.

LA SENTENCIA APELADA

Consideró el Tribunal Administrativo del Cesar que la Ley 14 de 1983 reguló íntegramente la materia del impuesto de industria y comercio, hecho generador, sujetos,

exenciones y las prohibiciones a los municipios de gravar con el impuesto determinadas actividades. Que la Ley señaló los sujetos pasivos del impuesto, sin exceptuar la naturaleza jurídica de la persona que realiza las actividades, por lo que no puede inferirse que las empresas industriales y comerciales no estén gravadas.

Que en la Ley 14 de 1983 no se ha señalado expresamente que la actividad de servicio de energía eléctrica no este gravada con el impuesto, porque la enumeración que trae el artículo 36 de la ley es enunciativa, no taxativa, y el artículo 39 no establece ninguna prohibición que impida gravar con el impuesto el servicio de energía eléctrica.

Estimó que si el acto administrativo acusado impuso el gravamen a la sociedad con fundamento en la Ley 14 de 1983, no encuentra el Tribunal razón valedera para anularlo, pues no se da la irretroactividad de la Ley tributaria, porque ella existía antes de la expedición de la nueva Constitución y el Concejo no hizo nada distinto que regular lo preceptuado por la ley.

Luego de considerar que el servicio de energía eléctrica que presta la ELECTRIFICADORA DEL CESAR constituye una actividad gravada y que como tal la actora es sujeto pasivo del impuesto, denegó las pretensiones de la demanda.

APELACION

Al apelar, el apoderado de la actora manifestó que el acto acusado se fundamentó en los artículos 212 y siguientes del Código de Rentas Municipales expedido mediante Decreto 153 de 1993, el cual sólo puede regular situaciones futuras, pues si bien es cierto que el impuesto existe desde 1983, en virtud de la Ley 14 de ese año, e ineludiblemente su pago puede ser obligatorio; pero cobrar el impuesto generado en 1992 ante la vigencia del Decreto 153 de 1993 es aplicar retroactivamente estas disposiciones, pues la base legal del acto acusado no fue la Ley 14 de 1983, sino el citado Decreto 153 de 1993.

Agregó que este aspecto de la controversia no fue analizado por el Tribunal, en los términos de la interpretación de la demanda y con análisis de la norma jurídica pertinente. Solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, y en su lugar dictar la que en derecho debe reemplazarla.

No se conocen alegatos de conclusión de la actora ni del municipio de Valledupar.

MINISTERIO PUBLICO

La doctora Ana Margarita Olaya, en su alegato de conclusión, solicitó la confirmación de la sentencia apelada, puesto que con la aplicación del Decreto 153 de 1993, no se causó ningún resultado que no estuviera plenamente establecido con anterioridad

en la Ley 14 de 1983. Que la irretroactividad de la Ley hace referencia no al hecho de su mención como argumento jurídico de un acto administrativo, sino que debe ser entendida por los efectos que frente a situaciones jurídicas constituidas, se desconozcan o modifiquen con su aplicación.

Que la sociedad es sujeto pasivo del impuesto en virtud de la Ley 14 de 1983 y que el hecho de haber enunciado en el acto acusado el Decreto 153 de 1993, es una posible irregularidad cometida por la Administración, pero no por ello exonera de la obligación tributaria, causada por demás, a cargo de la sociedad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad de la apelante con la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar, desestimatoria de las pretensiones de la demanda, radica en que a su juicio la resolución acusada fue expedida con violación del debido proceso, citando al efecto el artículo 29 de la Constitución Nacional, puesto que el acto acusado se apoyó en el Decreto Municipal 153 de 1993, para determinar el impuesto a cargo de la actora por el año gravable de 1992.

A juicio de la Sala, la sentencia apelada merece ser confirmada por las siguientes razones:

No hay duda alguna que el principio del debido proceso, en el cual está incorporado el del derecho de defensa, es obligatorio atenderlo en todas las actuaciones administrativas, como claramente lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política:

> "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

En la expedición regular de los actos administrativos deben observarse los aspecto esenciales de los cuales depende su validez y eficacia y respetarse los trámites y procedimientos indicados en la ley para expedirlos, así como para discutirlos, a través de los medios de impugnación previstos en el ordenamiento, y con plena observancia del derecho de defensa del administrado.

En términos generales, el concepto del "debido proceso" se concreta en que este debe ser el indicado en las respectivas disposiciones legales a las cuáles están sujetos los funcionarios que intervienen en la producción del acto que expresa la voluntad de la Administración y en su discusión.

El artículo 29 de la Carta, en el cual se ha venido fundamentando el apoderado de la demandante para impetrar la nulidad de la liquidación de aforo, constituye una garantía de respeto a los procedimientos a seguir; pero en sí mismo no los indica, de

manera que la violación al debido proceso se presenta en el desconocimiento de los procedimientos que lo desarrollan.

En estas condiciones, la violación al artículo 29, única disposición en la cual la demandante apoyó su inconformidad, no se puede establecer sino comparando el acto administrativo respectivo, con las normas en las cuales está previsto el procedimiento a seguir en la expedición de la liquidación impugnada que como en el caso que se atiende se refiere a actos municipales, dicho procedimiento debe estar consagrado en un Acuerdo, el cual ha debido ser allegado por la actora a fin de efectuar la correspondiente confrontación.

Entonces, no habiendo demostrado la demandante cual era el procedimiento preestablecido, y que debía ser observado por la Administración al producir el acto, no es posible efectuar la confrontación entre el procedimiento preestablecido y el observado en el acusado, para así establecer la pretendida violación del debido proceso.

Así mismo, se advierte que el Decreto 153 de 1993, "por el cual se expide el Código de Rentas del Municipio de Valledupar", fue expedido por el Alcalde Municipal invocando las facultades conferidas por el Acuerdo 044 del 5 de marzo de 1993, el cual no fue allegado al expediente, por lo que no es posible precisar exactamente en que consistieron las mencionadas facultades; pero una lectura del Decreto local, permite deducir que el mismo contiene una compilación de las diferentes disposiciones reguladoras de los tributos existentes en la respectiva jurisdicción, entre ellas el Acuerdo 29 de 1990, que según da cuenta el hecho 7 de la demanda, reglamentó el régimen del impuesto de industria y comercio del municipio.

Adicionalmente, y en relación con la sujeción al impuesto de industria y comercio por parte de la sociedad actora, quien sostiene que la Ley 14 de 1983, grava las actividades que tengan finalidad de lucro o enriquecimiento y que por esta razón queda excluido el servicio público de energía eléctrica, comparte de la Sala las consideraciones expuestas por el Tribunal, así como las efectuadas por la señora Fiscal ante esta Corporación, puesto que es evidente que la Ley 14 de 1983, que reguló íntegramente el gravamen, no contempla en su artículo 39 la prohibición de gravar con el citado impuesto a las sociedades que presten servicios públicos, por el hecho de ser predominantemente público su capital y también porque la ausencia de ánimo de lucro resulta irrelevante para efectos del impuesto, como reiteradamente lo ha precisado la Corporación.

Así mismo, es sabido que quien afirma estar exonerado del pago del impuesto debe probar tal hecho, con el respectivo acuerdo o acto que fundamente tal circunstancia, en el caso de autos es evidente que no se incorporó al proceso la prueba de la alegada exoneración del impuesto de industria y comercio a favor de la actora.

De otra parte, es pertinente anotar cómo el citado Decreto 153, lejos de excluir, incluye expresamente como sujetos pasivos del impuesto a las empresas industriales y comerciales del Estado, con arreglo a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, así:

"SUJETO PASIVO.

Es sujeto pasivo del impuesto de Industria, Comercio y su complementario de Avisos y Tableros, la persona natural o jurídica que realice el hecho generador de la obligación tributaria, incluidos los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, departamental y municipal con excepción de las taxativamente contempladas en la Ley 14 de 1983 y demás normas que la modifiquen".

A juicio de la Sala, son suficientes las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia apelada, dado que la liquidación de aforo practicada tuvo fundamento legal en la Ley 14 de 1983 y en el Decreto 1333 de 1986, artículos 195 a 200, y por tanto no se dio la violación de los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, pues precisamente dicho cuerpo legal, reproducido casi textualmente en el Decreto local 153 de 1993, apoya la mencionada actuación.

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

FALLA:

Confírmase 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 de la Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NULIDAD TRIBUTARIA-Casuales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/LIQUIDACION OFICIAL/RECURSO GUBERNATIVO**-Resolución

"En materia de los impuestos nacionales que administra la Dirección de Impuestos Nacionales, las causales de nulidad de los actos administrativos de las liquidaciones oficiales y de las resoluciones de recursos, se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977, codificado en el artículo 730 del estatuto Tributario, entre las que no se halla la causal expuesta "por la decisión negativa de la División de Recursos Tributarios a la solicitud de inspección contable formulada en el recurso de reconsideración". Cuando el numeral 6o. de la citada disposición contempla "cuando adolezca de otros vicios procedimentales, expresamente señalados por la Ley como causal de nulidad" está confirmado el principio de taxatividad que establece la Ley Tributaria frente a este tema, lo que significa, que únicamente constituyen causales de nulidad de los mencionados actos administrativos, "las causales expresamente señaladas en la Ley Tributaria", esto es, las previstas en la citada disposición, o en cualquier otra de la legislación tributaria que de manera expresa se establezca como causal de nulidad".

DEDUCCION POR HONORARIOS/RETEFUENTE POR HONORARIOS/TARIFA DE RETENCION POR HONORARIOS

"La partida correspondiente al concepto de honorarios debe aceptarse en su totalidad por cuanto aparece demostrado en el proceso que tales pagos se efectuaron después del 15 de julio de 1983, fecha a partir de la

cual empezó a regir el Decreto 2026 de 1983, que disminuyó el 5% y 3% los porcentajes de retención que establecía el Decreto 1510 de 1981, y al 4% y 2%, respectivamente, el primero, según que el pago o abono en cuenta se hiciera una sociedad anónima o asimilada, y del 2% en los demás casos. Como la Administración aplicó a todos los pagos los porcentajes de retención establecidos en el Decreto 1510 de 1981, al no poder establecer si aquellos se habían efectuado antes o después del Decreto 2026 de 1983, al constatar la Sala con base en los comprobantes de pago anexos al dictamen pericial que los pagos se efectuaron en vigencia del Decreto 2026, queda plenamente desvirtuada la razón de la glosa".

DEDUCCION POR SERVICIOS/RETEFUENTE POR SERVICIOS/TARIFAS DE RETENCION POR SERVICIOS

"Se debe aceptar como deducción la suma glosada por concepto de servicios, como quiera que aparece probado en el proceso con los comprobantes de pago correspondientes, anexos al dictamen pericial (anexos 89 a 91) que los pagos se efectuaron en los meses de febrero, marzo y abril de 1983, época para la cual, si bien ya se encontraba vigente el Decreto 3803 de 1982, que sometió a retención en la fuente los pagos correspondientes a servicios, la reglamentación de porcentaje sólo vino a establecerse con el Decreto 2026 de 15 de julio de 1983".

DEDUCCION POR SERVICIOS-Requisitos/**DICTAMEN PERICIAL**-Ineficiencia/**RETEFUENTE POR SERVICIOS**

"Sobre los pagos efectuados a partir del 15 de julio de 1983 sobre los cuales existía obligación de efectuar retención en la fuente por porcentaje del 4%, se observa que en lo que concierne al pago de zungo no aparece debidamente acreditada la retención en la fuente, puesto que la atestación que al respeto obra en el dictamen pericial, no es la prueba idónea para el efecto, la que, como se ha observado, la constituye las copias o fotocopias auténticas de los recibos de consignación de la retención en la fuente, aspecto que es el tenido en cuenta por el legislador cuando del reconocimiento fiscal de los costos y deducciones sometidos a retención en la fuente se trata. De ahí, que no es suficiente con acreditar que se hizo la retención, sino que lo que exige la ley es que la misma se consigne en las arcas del Estado, hecho que, obviamente, sólo se acredita con la prueba establecida en la ley.

RENTAS EXENTA PARA EMPRESA AEREA/RETEFUENTE POR SERVICIOS-Improcedencia/**DEDUCCION POR SERVICIOS**

Encontrándose probado que el beneficiario del pago fue una empresa que corresponde a las señaladas en artículo 1o. (parágrafo) de la Ley 2a.

De 1981, "empresa de fumigación aérea" autorizada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil conforme con el numeral 3o. del artículo 14 del Decreto de 2026 de 1983, no había lugar a efectuar retención en la fuente, como quiera que para el año gravable de 1983, se encontraba vigente la exención del impuesto de renta y complementarios para las empresas aéreas de que tratan los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974, y 2 de la Ley 2a. de 1981. Por tanto, habiéndose demostrado que el beneficiario del pago es una "empresa de fumigación aérea" debidamente autorizada por la entidad gubernamental competente, se impone reconocer como deducción los pagos por este concepto".

INFORMACION TRIBUTARIA-Cuantía mínima/**DEDUCCION POR PAGOS MENORES**-Requisitos

"En este punto la Administración rechazó la suma de $4.563.884, (gastos diversos) en razón a que el artículo 4o. numeral 3o. del Decreto 80 de 1984, exime de relación los pagos inferiores a $37.000 y el contribuyente incluyó los superiores a $73.000 e inferiores de $100.000, debiendo demostrar plenamente que pagos se encuentran dentro del límite establecido por la norma aludida al tenor del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982". Se tiene que el dictamen pericial se corrobora con la correspondiente relación que se anexó al recurso de reconsideración, en la que se establece la existencia de sólo cuatro partidas por encima de $73.000, cuyo valor asciende a la suma de $352. -427, partida sobre la cual debe mantenerse el rechazo como quiera que no se cumplió con la exigencia del artículo 4o. numeral 3o. del Decreto 80 de 1984, y posteriormente, no se demostró su veracidad para que procediera su deducción conforme a lo indicado en el último inciso del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982".

DESCUENTO TRIBUTARIO POR CAT-Requisitos/**DICTAMEN PERICIAL**-Ineficacia/**CERTIFICADO DEL BANCO DE LA REPUBLICA**

"Para tener derecho al descuento tributario por los certificados de abono tributario creados por el Decreto 444 de 1967, (confirmado por decretos posteriores) "deberá acompañarse a la declaración de renta un certificado del Banco de la República sobre su adquisición por parte del contribuyente. Resulta entonces improcedente la pretensión del apoderado de la actora encaminada a obtener el reconocimiento del descuento tributario en referencia, con base en la afirmación de los peritos en el sentido de que "...fueron recibidos a nombre de la parte actora por una Sociedad Comercializadora..." como quiera que en este caso existe una tarifa legal de prueba que no puede suplirse como lo pretende el apelante con la atestación de peritos, y tampoco con las certificaciones

expedidas por la sociedad comercializadora que obran en el expediente, pues la Ley exige de manera expresa el certificado del Banco de la República que acredita a nombre del contribuyente que pretende el reconocimiento del descuento tributario, la adquisición de los correspondientes CAT.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Rerefencia: Expediente No. 4822. Actor: Agropecuaria Los Carambolos S.A. Y Acumulado. Impuesto Renta. Fallo.

Decide la Sala de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes: La sociedad AGROPECUARIA LOS CARAMBOLOS S.A Y ACUMULADA, y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 18 de noviembre de 1992, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la mencionada sociedad y acumulada, para impugnar las operaciones administrativas a través de las cuáles la Administración de impuestos de Bogotá les determinó el impuesto de renta y complementarios correspondientes al año gravable 1983.

ANTECEDENTES:

1o. Sociedad Agropecuaria Los Carambolos S.A.

La división de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá, con base en el requerimiento especial No. 15 del 10 de septiembre de 1986 y la respuesta a éste modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada por la sociedad en referencia por el año gravable de 1983, como consecuencia de rechazar costos y deducciones, así: 1) Pagos por concepto de honorarios en la suma de $483.387, al no haber demostrado haber efectuado la retención en la fuente, 2) Pagos por conceptos de servicios, arrendamientos y alquileres, en la suma de $38.365.289 por la misma razón del punto anterior, 3) Pagos por concepto de aportes para fiscales I.C.S.S. por valor de $40.034, valor no certificado, 4) Pagos menores de $100.000 informados genéricamente; 5) Descuento tributario en cuantía de $5.943.826, por concepto de CAT, del Banco de la República sin certificado de la misma entidad; 6) Pagos efectuados por concepto de donación a Profamilia por valor de $50.000. Proceder plasmado en la liquidación oficial de revisión No. 2.0001 del 30 de enero de 1987.

Inconforme con el proceder anterior la sociedad interpuso el recurso de reconsideración alegando que la sociedad había dado cumplimiento en todos los casos glosados a la obligación de efectuar retención en la fuente de acuerdo con los porcentajes y normas vigentes, conforme lo demostraba con un cuadro discriminatorio de los correspondientes pagos; que también había cumplido con la condición legal de discriminar pagos por en cima del valor exigido, $300.000 y que aportaba fotocopias auténticas de certificados expedidos por la Cía. Frutera de Sevilla S.A., y carta enviada por el Banco de la República, respecto a los certificados de abono tributario. También solicitó inspección contable.

Mediante la resolución No. A-00047 del 16 de noviembre de 1988 la división de recursos tributarios de la misma Administración, confirmó la liquidación de revisión recurrida, al reafirmar las razones expuestas por la oficina de liquidación al desestimar los costos, deducciones y descuento tributario.

2o. Sociedad Agropecuaria del Abibe "AGROBIBE S.A.":

La División de liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá ,con base en el Requerimiento Especial No 0009 del 7 de mayo de 1986, y la respuesta al mismo, modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios presentada por la sociedad en referencia por el año gravable de 1983, como consecuencia de rechazar costos y deducciones así: 1) Pagos por concepto de arrendamientos en la suma de $815.600 al no haber demostrado haber efectuado y consignado la retención en la fuente, 2) Pagos por concepto de honorarios, alquileres y servicios por valor de $37.112.351, por la misma razón del punto anterior, 3) Pagos efectuados por concepto de donación en cuantía de $50.000 a Profamilia, por tener el carácter de descuento tributario para el contribuyente. Proceder plasmado en la liquidación de revisión No. 200108 del 19 de diciembre de 1987.

Inconforme con el proceder anterior la sociedad interpuso el recurso de reconsideración alegando haber dado cumplimiento en todos los casos glosados a la obligación de efectuar la retención en la fuente de acuerdo con los porcentajes y normas vigentes. Para demostrarlo aportó diferentes elementos probatorios según el caso, y cuadro analítico de los diferentes pagos. Además solicitó inspección contable.

Mediante la resolución No. 00146 del 30 de noviembre de 1988, la División de Recursos Tributarios resolvió el recurso incoado en sentido parcialmente favorable, toda vez que aceptó deducciones en cuantía de $9.367.085 por pagos sobre los cuales se estableció el cumplimiento de la obligación de efectuar la retención en la fuente, por consiguiente en este sentido modificó la liquidación de revisión recurrida, quedando confirmada la glosa sobre pagos en cuantía de $28.610.866.

LAS DEMANDAS:

Las dos demandas de los procesos acumulados, acusan contra las operaciones administrativas demandadas, idénticas violaciones, así: De los artículos 89 del Decreto

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

1651 de 1961, 26 de la Constitución Nacional, 57 numeral 6o. de la Ley 52 de 1977, 1o. del Decreto 1510 de 1981, 12 del Decreto 2026 de 1983, 68 del Decreto 3803 de 1982, 71 de la Ley 9o. de 1983, 9o. del Decreto 2775 de 1983, 14 del Decreto 2026 de 1983 y 66 del Decreto 2247 de 1974.

De igual modo, en el concepto de violación, en ambos casos se propuso como punto principal, la nulidad "de acto administrativo complejo de determinación del impuesto de renta", con fundamento en la causal contemplada en el numeral 6o. del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, por haber sido expedido en forma irregular, por la negativa infundada de la Administración de practicar la inspección contable solicitada en el recurso gubernativo, configurándose violación al debido proceso gubernativo, al desconocerse el derecho de defensa, irregularidad que se halla expresamente consagrada en el numeral 6o. del artículo 152 del Código del Procedimiento Civil.

De manera subsidiaria en los dos procesos se solicito el reconocimiento de los costos y deducciones que fueron desestimados, por incumplimiento de la obligación de efectuar y consignar retención en la fuente, obligación que para el apoderado de la actora, su representada cumplió atendiendo a las normas vigentes y a los porcentajes establecidos para cada caso, por lo que su rechazo implica el desconocimiento de las reglas establecidas en los artículos 15, 44 y 45 del Decreto 2053 de 1974, en cuanto dispone que de la renta bruta han de restarse las deducciones legales, aspecto no tenido en cuenta por la Administración, al desconocer deducciones legalmente procedentes, respecto de las cuáles se cumplieron los requisitos legales para su viabilidad.

En las dos demandas se solicitó, igualmente inspección judicial a la contabilidad de la compañía Frutera de Sevilla S.A., a través de la cual las sociedades actoras realizaron parte de los pagos desestimados. Así mismo, la sociedad Agropecuaria del Abibe solicitó inspección judicial a sus libros de contabilidad.

PARTE OPOSITORA:

La entidad demandada a través de su representante judicial se hizo parte en el proceso relacionado con la sociedad Carambolos Agropecuaria Ltda.(sic), y contestó la demanda manifestando que su representada actuó con sujeción a las normas que regulan las deducciones, para el caso, por los pagos relacionados con honorarios, servicios de arrendamiento y alquileres, en lo que a la retención en la fuente se refiere.

ACUMULACION DE PROCESOS:

Por auto del 2 de marzo de 1990, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en respuesta a la solicitud elevada por el apoderado de las sociedades actoras, decretó la acumulación de los procesos Nros. 6800 y 6849, correspondientes a las demandas instauradas por Agropecuaria Carambolos S.A., y Agropecuaria del Abibe S.A., para impugnar las operaciones administrativas relacionadas con el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 18 de noviembre de 1992, acogió parcialmente las súplicas de las demandas, así:

1o. Sociedad Agropecuaria Los Carambolos Ltda.:

Estimó que la nulidad propuesta no estaba llamada a prosperar por cuanto las nulidades tanto, en materia tributaria como en el Código de Procedimiento Civil eran taxativas, y en las expresamente señaladas no se encontraba la mencionada en la demanda relacionada con la negativa de la Administración al practicar la inspección contable solicitada.

Respecto al rechazo de la deducción concerniente al pago de honorarios por valor de $483.487, consideró que debía reconocerse la suma de $208.223, conforme lo manifestaba el fiscal, suma que se encontraba debidamente acreditada en el dictamen pericial y los recibos existentes a folios 490 del cuaderno No. 3 de antecedentes, teniendo en cuenta además los porcentajes de retención establecidos en el cambio de legislación (Decreto 2026 de 1983).

En lo referente a los pagos por concepto de servicios efectuados a: Patiño Genoveva (mantenimiento de carretera), Cia Frutera de Sevilla S.A. (mantenimiento de carretera, sigatoca, fumigación, zungo y estiba gastos de embarque), pagos menores de 100.000 (apertura bolsas), Arcila Hernando (fletes y acarreos), pagos menores de 100.000 (mantenimiento de carretera) que totalizan $38.050.052, el *a-quo* aceptó la suma de $28.505.070 partida sobre la cual consideró que se trataba de pagos efectuados en el primer trimestre del año gravable en vigencia del Decreto 1510 de 1981, que no establecía retención para servicios (pagos a Genoveva Patiño, y la mayor parte de los pagos efectuados a la Cía. Frutera de Sevilla S.A. por transporte de banano, estiba y fumigación) y otros respecto de los cuáles aparecía acreditada la retención en el expediente de pagos efectuados en el segundo semestre del año gravable, en vigencia del Decreto 2026 de 1983. De igual modo acepto la mayor parte de las cifras relacionadas con los pagos por concepto de pagos menores de 100.000 fletes y acarreos y aperturas de bolsas sobre los cuáles aparecía desvirtuada la razón de la glosa, con excepción en el pago realizado a Hernando Arcila, el cual reconoció parcialmente, por no encontrarse acreditada la retención en la fuente relacionada con los pagos efectuados en el segundo semestre del año gravable.

En la misma forma aceptó el *a-quo* como deducción, los pagos por concepto de arrendamientos y alquileres, por valor de $315.237 con fundamento en el concepto del fiscal quien a su vez tuvo en cuenta el dictamen pericial, que estableció que los pagos se efectuaron en el primer trimestre del año gravable, época en la cual aún no se había establecido la obligación de retener por dichos conceptos.

También reconoció el Tribunal, la suma de $4.563.884, (pagos informados genéricamente) con base en el concepto fiscal y el dictamen, y lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 80 de 1984 y 59 del Decreto 3803 de 1982, por estar "parcialmente comprobados".

Finalmente, con relación al descuento tributario por valor de $5.943.926, por CATS confirmó el proceder acusado, por cuanto no se aportó el correspondiente certificado del Banco de la República, aspecto sobre el cual, igualmente, hizo suyo los argumentos del colaborador fiscal, los que reprodujo en la parte pertinente.

2o. Agropecuaria del Abibe S.A.

Igual que en el proceso anterior, repitió que la nulidad propuesta no estaba llamada a prosperar por cuanto las nulidades tanto en materia tributaria como en el Código de Procedimiento Civil eran taxativas, y en las expresamente señaladas no se encontraba la mencionada en la demanda relacionada con la negativa de la Administración a practicar la inspección contable solicitada.

Respecto al rechazo de la deducción correspondiente al pago por concepto "de alquiler oficinas" a la Sociedad Agropecuaria Carambolos Ltda., por valor de $480.000, el Tribunal prohijando el concepto del fiscal aceptó la deducción, como quiera que en el dictamen pericial se demostró que "el convenio se refiere a arriendo de oficina" de acuerdo con certificación expedida por la sociedad Agropecuaria Carambolos Ltda., por lo que estimó que no se requería la retención en la fuente por cuanto el artículo 12 del Decreto 2026 de 1983, somete a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta que corresponda a arrendamientos diferentes a bienes raíces.

Sobre el rechazo de fletes y acarreos, por valor de $815.000 el Tribunal también con apoyo en el concepto del fiscal, quien a su vez se basó en el dictamen pericial, consideró que la partida debía aceptarse, toda vez que la diferencia probatoria establecía en las oficinas de impuestos respecto a la fecha de causación de los pagos, se había subsanado en el citado dictamen, según el cual "...de acuerdo al análisis contable los pagos efectuados hasta el 14 de julio de 1983, sin retención ascienden a $815.418 y con retención a la suma de $555.600".

Rechazo de pagos efectuados a la Cía. Frutera de Sevilla S.A., por valor de $29.395.067. Sobre este rubro consideró el *a-quo* que la partida correspondiente a "gastos de embarque" por valor de $11.553.222, debía aceptarse de acuerdo con lo expuesto por el fiscal en el sentido de que la partida correspondía a transporte en planchón no a servicios, concepto no sujeto a retención en la fuente hasta el 14 de julio de 1983, fecha en la que se había causado la suma de $6.738.947, y la diferencia sujeta a retención del 1 %, por cuanto se encontraba acreditada la cancelación correspondiente por autoretención. De igual manera consideró que debía aceptarse los pagos por zungo $3.097.523, y parcialmente el pago por Estiba $4.895.158, el primero, porque parte del

pago se causó antes del 14 de julio de 1983, con retención del 4 % sobre la suma de $1.398.192 y por pagos menores de 2.000 del 15 de julio al 31 de diciembre de 1983, la suma de $416.750, el pago de estiba, porque no figura demostrado "que el pago por dicho concepto se hubiera realizado al Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo" pues la persona que realizó el pago no determinó el beneficiario de los mismos. También aceptó parcialmente, los pagos a la mencionada sociedad por concepto de fumigación por el valor de $8.750.820, respecto a los que se causaron con anterioridad el 15 de julio de 1983, fecha a partir de la cual empezó a regir el Decreto 2026 de 1983, puesto que los que se causaron en su vigencia estaban sujetos a retención en la fuente, la que no se demostró, como tampoco el hecho de que la empresa de fumigación se encontrara exenta del impuesto de renta.

En lo referente a los pagos por mantenimiento de carreteras $913.704 y gastos menores de $100.000, efectuados también por intermedio de la Cía. Frutera de Sevilla S.A.; con base en el concepto fiscal, el tribunal consideró que debían aceptarse, como quiera que en el dictamen se constató que los mismos se encontraban debidamente soportados y contabilizados (...) efectuados a nombre de Agrobibe S.A. adquiriendo el carácter de un fondo para conservación de carreteras.

Del mismo modo observó el Tribunal, que el pago por alquiler desestimado en la suma de $90.700, debía aceptarse conforme lo señalado por el concepto fiscal y el dictamen pericial que señaló que: "...los pagos corresponden al alquiler del computador para la captura de registros de la información contable, determinando que las retenciones por los pagos efectuados después del 15 de julio de 1983, se realizaron y consignaron en debida forma".

También encontró procedente el reconocimiento parcial de los pagos por concepto de "recava de canales" por valor de $4.829.874, en lo pagado a Romualdo Aguilar por $1.000.000, y gastos menores $182.304, por cuanto los comprobantes de contabilidad acreditan que la mayoría de los pagos se efectuaron antes de la vigencia del Decreto 2026 de 1983.

Finalmente, en lo que atañe a los pagos por concepto de "mantenimiento de muebles y equipos" transcribió en lo pertinente el dictamen pericial, y manifestó que "todos los pagos presentan sus respectivos comprobantes y que la parte actora cumplió con el deber de retener, como de efectuar las consignaciones correspondientes cuando a ello hubo lugar", y que los demás no se encontraban sometidos a retención en la fuente.

Concordante con lo expuesto en los dos procesos, practicó el Tribunal nuevas liquidaciones de impuestos, fijando a la sociedad Agropecuaria Carambolos S.A., los impuestos en la suma de $11.248.707 y a la sociedad Agropecuaria del Abibe S.A., la suma de $1.933.245.

LA APELACION

Las dos partes apelaron la sentencia del Tribunal, en los siguientes términos:

1o. La entidad demandada: En lo relacionado con el proceso de la sociedad Agropecuaria los Carambolos S.A., manifiesta la recurrente que discrepa de la decisión del Tribunal en lo relacionado con los pagos correspondientes a: honorarios, pagos a Genoveva Patiño, servicios pagados a través de la Cía. Frutera Sevilla S.A., fletes y acarreos, apertura balsas, mantenimiento de carreteras, arrendamientos y pagos informados genéricamente. Explica, que el pago por concepto de honorarios no se probó si el mismo se hizo antes o después de entrar en vigencia el Decreto 2026 de 1983 que modificó los porcentajes de retención. En el pago efectuado a Genoveva Patiño, observa que se desconoció que el pago no cumplió con lo exigido en el artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, por lo que no se puede que el mismo no se encontraba sujeto a la retención cuando el Decreto 1510 de 1981, fue modificado por el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, que estableció la obligación de retener por los pagos o abonos en cuenta que realizaran las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de comisiones, "servicios" y arrendamientos. Disposición que igualmente estima violada en lo que respecta con los demás servicios pagados a través de la Cía Frutera de Sevilla S.A., al igual que el artículo 68 *ibídem*, según el cual los costos y deducciones que hubieren sido objetados o rechazados "sólo serán aceptados si se demuestra que la respectiva consignación de la retención en la fuente, incluidos los intereses de mora, se hizo antes del vencimiento del plazo para declarar".

Prosigue, que el pago por mantenimiento de carreteras es un servicio tal como lo solicitó la sociedad en su declaración y como tal se encuentra sujeto a lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982. Igualmente, considera equivocado lo afirmado con respecto a los arrendamientos y alquileres como quiera que desde el Decreto 3803 de 1982, el legislador estableció la retención en la fuente para los honorarios, comisiones, "servicios y arrendamientos", no hasta la vigencia del Decreto 2026 de 1983. Respecto a los pagos informados genéricamente $4.563.884, observa que la sentencia violó los artículos 16, numeral 16, del Decreto 80 de 1984, porque para la procedencia de los gastos no se requiere probar simplemente su ocurrencia, sino que sobre tales pagos se realizó la correspondiente retención en la fuente.

En lo relacionado con el proceso de la sociedad Agropecuaria de Abibe S.A., cuestiona el proceder de Tribunal atinente a los siguientes pagos: alquiler de oficinas, fletes, pagos a través de la sociedad Frutera Sevilla S.A., alquiler, recava de canales y mantenimiento de muebles y equipos. Explica, que el alquiler de oficina, la sociedad en ningún momento demostró la existencia del contrato de arrendamiento de bien inmueble con la sociedad Agropecuaria Los Carambolos S.A., y que la sola atestación de los peritos no es prueba válida sobre la existencia del correspondiente contrato. Sobre los fletes y demás pagos por servicios efectuados a través de la Cía. Frutera de

Sevilla S.A., afirma que el Tribunal desconoció que el artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, anterior al Decreto 2026 de 1983, estableció la obligación de efectuar retención en la fuente cuando se efectuaran pagos por concepto de servicios y el artículo 68 ib. que condicionó el reconocimiento de los mismos, como costo o deducción, siempre que se demuestre la consignación de la retención, incluidos los intereses de mora, antes del vencimiento del plazo para declarar; agrega que tampoco es cierto que la Administración hubiera cambiado el concepto de retención, porque los gastos de embarque fueron la cifra solicitada en la declaración, pretendiendo que se le reconozca como servicios de transporte a la tarifa del 1 %. Los gastos del zumbo y estiba, observa que deben desestimarse porque es evidente que la sociedad incumplió con el mandato del artículo 62 del Decreto 3803 de 1982, igual afirma, ocurrió con los gastos de fumigación, por cuanto la disposición no establece ningún tipo de exención.

En consecuencia, el apoderado de la entidad demandada solicita se revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar se desestimen las súplicas de la demanda.

2o. La parte actora: en los dos procesos el recurrente reitera el cargo de violación al debido proceso, y nulidad de la operación administrativa, por la negativa de la Administración Tributaria de practicar inspección contable, hecho que en su concepto configura causal de nulidad conforme al numeral 6o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 57 de la Ley 52 de 1977. Invoca sentencia de la Corporación del 13 de noviembre de 1992, expediente 4212, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, en la cual se anularon los actos acusados por "haber rehusado la Administración el pronunciamiento que merecía la reiterada solicitud de una inspección de contabilidad..." actos relacionados con el impuesto de industria y comercio.

En lo relacionado con los costos y deducciones, en el proceso relacionado con la sociedad Agropecuaria los Carambolos S.A., manifiesta que el Tribunal se equivocó al no aceptar la totalidad del pago por concepto de honorarios $483.487, al sumar las retenciones que aparecen en los folios 490 a 498 por valor de $208.223, pasando por alto que este valor corresponde a "retención" puesto que los pagos por su valor real y la retención correspondiente según la fecha de los pagos aparece plenamente demostrada "en los anexos del dictamen señalados como honorarios en crayón azul y foliados del número 1 al 91".

Cuestiona, igualmente, el proceder del Tribunal relacionado con los gastos de embarque por valor de $18.412.169, por cuanto no se aceptó la totalidad de la partida al no tenerse en cuenta la retención efectuada por agente retenedor de que da cuenta el dictamen pericial en cuantía de $18.287. (páginas 5 y 6).

En lo atinente a los pagos por concepto de "zungo" considera inexplicable el rechazo de la suma de $2.430.724, por cuanto no obran los soportes exigidos en la ley,

omitiendo la aseveración del dictamen en el sentido de que "las retenciones efectuadas en forma correcta fueron oportunamente consignadas a favor de la Administración de Impuestos Nacionales y así lo pudimos verificar los peritos. El gasto total por el año gravable de 1983 fue verificado en libros auxiliares y así puede constatarse en los anexos 93 al 148".

También considera inexplicable el proceder del Tribunal frente al gasto por concepto de "fumigación o sigatoka" no sujeto a retención en la fuente en su concepto por cuanto la beneficiaria de este pago fue la empresa "Calima Ltda", exenta de la retención en la fuente por ser beneficiaria de la exención prevista en el artículo 99 del Decreto 2053 de 1974.

Así mismo advierte, que debe aceptarse el total del pago relacionado con los fletes y acarreos por valor de $883.004, sobre la cual se acepto únicamente la suma de $693.799, no obstante que el dictamen es suficientemente ilustrativo sobre el cumplimiento del régimen de retención en la fuente y la realidad de los pagos.

Finalmente, en este proceso, reitera su pretensión para que se reconozca el descuento tributario por CAT en cuantía de $5.943.826, cuyos certificados fueron recibidos del Banco de la República por la empresa comercializadora Cía. Frutera de Sevilla S.A., "comercializadora del banano" a nombre y por cuenta de "Agropecuaria los Carambolos" como lo dice el dictamen pericial, demostración que a su juicio suple la omisión formal de haber acompañado el certificado del Banco de la República con la declaración.

En cuanto al proceso concerniente a la Sociedad Agropecuaria del Abibe S.A., se refiere a los pagos de estiba por valor de $4.895.158, de los cuales el Tribunal aceptó la suma de $2.008.050 efectuados antes de julio de 1983 observa que la diferencia no aceptada debe ser reconocida por cuanto el argumento del Tribunal constituye un argumento nuevo no formulado por las oficinas de impuestos, además pone de manifiesto que dichos pagos en el otro proceso, fueron aceptados en su totalidad sin ningún reparo. Se remite a las páginas 18 y 19 del dictamen.

Sobre los gastos de "fumigación o sigatoka" de cuya partida el Tribunal aceptó la suma de $3.034.223 (pagos efectuados antes del 15 de julio de 1983) y rechazó la diferencia, $4.816.597, critica la decisión de *a-quo* porque el pago fue efectuado a una entidad exenta del impuesto de renta, según se demostró con la correspondiente resolución expedida por el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, y con el dictamen pericial.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La entidad demandada al alegar de conclusión se opone a las pretensiones del demandante. Solicita, en primer lugar, se denieguen la pretensión encaminada a ob-

tener la nulidad de la operación administrativa por haber desestimado su representada la solicitud de una inspección contable con oportunidad del recurso gubernativo, por cuanto si bien es cierto que los contribuyentes pueden solicitar inspecciones contables conforme a lo establecido en el artículo 778, dentro del proceso de determinación y discusión del impuesto, y que la sociedad la solicitó en el recurso gubernativo, su representada en las resoluciones correspondientes estimó que dicha prueba no era conducente, como lo reconoce el *a-quo*. Por tanto, la Administración dentro del principio de libertad probatoria que establece el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, se pronunció válidamente sobre la improcedencia de la inspección contable señalando los motivos de tal proceder.

Sobre los gastos desestimados por falta de retención en la fuente relacionados con honorarios, gastos de embarque, zungo, fletes y acarreos, de la sociedad Agropecuaria los Carambolos S.A., considera improcedente las pretensiones del apelante apoderado de la sociedad actora, por lo cuanto pretende su reconocimiento total, sin haber aportado la prueba idónea para el efecto, consistente en "los recibos de consignación de las retenciones" los cuales no pueden pasarse por alto.

Con relación al descuento tributario, reitera que este no es procedente como quiera que los certificados correspondientes a nombre de la actora no fueron aportados "...amén de que la entidad bancaria se inhibió (...) de validar la extraña certificación y de otra debe tenerse en cuenta que los certificados están a nombre de CIA FRONTERA DE SEVILLA (sic), lo que no estaría conforme con lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto 2247 de 1974..."

Respecto a los pagos relacionados con la sociedad Agropecuaria del Abibe S.A., que pretende el apelante se le reconozcan, la entidad demandada igualmente se opone a tal pretensión y para refutarlo se remite a lo expuesto en lo referente a los por estiba, en la resolución No. 00146 de noviembre 30 de 1988.

La parte actora no presentó alegato de conclusión en esta instancia. Tampoco intervino el Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso, a quien le correspondió el presente proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Proceso: Sociedad Agropecuaria Los Carambolos S.A.

1) Nulidad de la operación administrativa del impuesto de renta:

La Sala está de acuerdo con la negativa del Tribunal respecto a la causal de nulidad invocada por el apoderado de la sociedad en mención contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta a su representada por el año gravable de 1983.

En efecto, en materia de los impuesto nacionales que administra la Dirección de Impuestos Nacionales, las causales de nulidad de los actos administrativos de las liquidaciones oficiales y de las resoluciones de recursos, se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977, codificado en el artículo 730 del Estatuto Tributario, entre las que no se halla la causal expuesta "por la decisión negativa de la División de Recursos Tributarios a la solicitud de inspección contable formulada en el recurso de reconsideración". Cuando el numeral 6o. de la citada disposición contempla "cuando adolezcan de otros vicios procedimentales, expresamente señalados por la Ley como causal de nulidad" está confirmado el principio de taxatividad que establece la Ley Tributaria frente a este tema, lo que significa, que únicamente constituyen causales de nulidad de los mencionados actos administrativos, "las causales expresamente señaladas en la Ley Tributaria", esto es, las previstas en la citada disposición, o en cualquier otra de la legislación tributaria que de manera expresa se establezca como causal de nulidad.

Por tanto, no es procedente acudir a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para sustentarlas, puesto que además, las expresadas en el artículo 152, como causales de nulidad, son aplicables a los "procesos judiciales" por lo que resulta improcedente pretender la nulidad de los actos administrativos de la liquidación de revisión y los que resuelven los recursos, con base en causales diseñadas para aquellos.

Tampoco es de recibo la invocación que hace el apelante-apoderado de la actora de la sentencia de la Sección del 13 de noviembre de 1992, ya que esta se refiere a un proceso de impuestos de "industria y comercio", en el cual no existe la taxatividad de las causales de nulidad, y por otra parte, se trató de una reiterada solicitud de inspección, que no es el caso del *sub-lite*.

Por lo demás, no puede pasarse por alto, que si bien los contribuyentes pueden solicitar inspección tributaria con oportunidad de la respuesta al requerimiento especial, y aun en el recurso gubernativo (artículo 707 y 733 del estatuto tributario) "siempre y cuando tales solicitudes sean conducentes", fue aspecto debidamente analizado en la decisión que desató el recurso gubernativo, en donde se calificó la procedencia, conducencia y necesidad de la prueba solicitada, con la conclusión que se debate ante la jurisdicción como causal de nulidad.

Por consiguiente, la petición de nulidad fundamentada en el hecho de que no se hubiera decretado y practicado la inspección contable solicitada con oportunidad del recurso de reconsideración, no tiene vocación de prosperidad.

2.1. Honorarios, servicios, arrendamientos y alquileres:

Para resolver la controversia relacionada con ese *ítem,* observa la Sala que la Administración del Impuesto de Bogotá desconoció como deducción las sumas de

$483.487 por concepto de honorarios, $38.050.052 por concepto de servicios, y la suma de $315.237 por concepto de arrendamientos y alquileres, fundamentada en que no se demostró haber efectuado y consignado oportunamente la retención en la fuente, conforme a lo exigido en el artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, que dispone: "para efectos del reconocimiento de los costos y deducciones que correspondan a los conceptos objeto de retención en la fuente, se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones" de la anterior disposición, es claro para la Sala que el legislador estableció una prueba específica para demostrar el cumplimiento de la obligación de efectuar retención en la fuente, cuyo incumplimiento da lugar entre otras sanciones, al desconocimiento de los correspondientes costos y deducciones (artículo 72 del Decreto Legislativo 3803 de 1982) a no ser que demuestre que la respectiva consignación, incluidos los intereses de mora, se hizo antes del vencimiento del plazo para declarar (art. 68 ib.).

Precisado lo anterior, la Sala analiza a continuación cada uno de los diferentes pagos desestimados, atendiendo al mismo orden planteado en el acto liquidatorio de los impuestos:

Honorarios en cuantía de	$ 483.487
Servicios:	
- Patiño Genoveva (mantenimiento de carreteras)	118.326
- Cía. Frutera de Sevilla S.A.	
(gastos de embarque, sungo-estiba-fumigación y mantenimiento-carretera).	
- Pagos menores de 100.000 (apertura de bolsa)	115.755
- Arcila Hernando (fletes y acarreos)	332.684
- Pagos menores de 100.000 (fletes y acarreos)	550.320
- Pagos menores de 100.000 (mantenimiento de carretera)	500.283
- Total servicios:	38.050.052
Arrendamientos y alquileres:	
- Computec (alquiler equipo)	233.150
- Procibernetica Ltda. (mantenimiento)	82.087
Total arrendamientos y alquileres	315.237
TOTAL HONORARIOS, SERVICIOS, ARRENDAMIENTOS, ALQUILERES	$38.848.776

2.1 Honorarios:

Observa la Sala, que contrario a lo que estimó el Tribunal, la partida correspondiente a este concepto debe aceptarse en su totalidad como lo reclama el apelante-

apoderado de la sociedad actora, por cuanto aparece demostrado en el proceso que tales pagos se efectuaron después del 15 de julio de 1983, fecha a partir de la cual empezó a regir el Decreto 2026 de 1983, que disminuyó del 5 % y 3 % los porcentajes de retención que establecía el Decreto 1510 de 1981, al 4 % y 2 % respectivamente, el primero, según que el pago o abono en cuanto se hiciera una sociedad anónima o asimilada, y del 2 % en los demás casos. En efecto, como la administración aplicó a todos los pagos los porcentajes de retención establecidos en el Decreto 1510 de 1981, al no poder establecer si aquellos se habían efectuado antes o después del Decreto 2026 de 1983, al constatar la Sala con base en los comprobantes de pago anexos al dictamen parcial (anexos 1 al 88) que los pagos se efectuaron en vigencia del Decreto 2026, queda plenamente desvirtuada la razón de la glosa, puesto que es evidente que las diferencias establecidas sin retención surgieron de aplicar los porcentajes del 5 % y 3% que establecía el Decreto 1510 de 1981, conforme se observa del propio memorando explicativo de la liquidación.

2.2 Servicios:

2.2.1 Pagos a Genoveva Patiño por concepto de mantenimiento de carreteras: en este punto la Sala comparte la decisión del Tribunal de aceptar como deducción la suma glosada, como quiera que también aparece probado en el proceso, con los comprobantes de pago correspondientes, anexos al dictamen pericial (anexos 89 a 91) que los pagos se efectuaron en los meses de febrero, marzo y abril de 1983, época para la cual, si bien ya se encontraba vigente el Decreto 3803 de 1982, que sometió a retención en la fuente a los pagos correspondientes a servicios, la reglamentación de porcentaje sólo vino a establecerse con el Decreto 2026 de 15 de julio de 1983. Por tanto, la objeción del apelante apoderado de la entidad demandada, no está llamada a prosperar.

2.2.2 Pagos efectuados a la Compañía Frutera de Sevilla S.A., por concepto de gastos de embarque, zungo, estiba, fumigación y mantenimiento de carreteras, pagos que dicha sociedad realiza a nombre de la sociedad Agropecuaria los Carambolos S.A., en cumplimiento de un contrato de asistencia técnica completa en cultivo, procesamiento e industrialización, transporte y sanidad vegetal del banano. La Administración aplicó el porcentaje del 4 % (servicios), concluyendo que sobre la suma de $36.432.684, la actora no demostró la retención en la fuente. Con relación a estos pagos, la Sala observa que también debe distinguirse si los mismos se hicieron antes o después del 15 de julio de 1983, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2026 de 1983, que estableció los porcentajes de retención para los servicios y transportes de carga, como es el caso, de los gastos de embarque, aspecto que como en el caso anterior, hay que determinar el primer término, si había o no lugar a aplicar determinado porcentaje, como quiera que éstos se establecieron sólo en el citado Decreto, de ahí que antes, aunque existía ya la obligación, no era aplicable por cuanto no se había señalado el *modus operandi.*

Por tanto, se procede el análisis de cada uno de los pagos efectuados por la mencionada sociedad, a nombre de la actora:

Gastos de embarque (transporte de banano): con relación a este pago, la Sala observa en el dictamen pericial que la partida solicitada por este concepto, $18.412.169, la cantidad de $7.068.896, corresponde a pagos efectuados en el período comprendido entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1983, en consecuencia, sobre este valor no es procedente exigir el requisito de la retención en la fuente, sobre la diferencia, es decir $11.343.273, causados a partir del 15 de julio de 1983, fecha a partir de la cual ya existía porcentaje de retención (1 % para el transporte de carga) el dictamen señala que: "...la parte actora realizó la retención y desde el 28 de septiembre hasta el 31 de diciembre operó la autoretención..." y más adelante puntualiza que: "...las retenciones en la fuente fueron correctamente efectuadas y consignadas oportunamente a favor de la Administración de Impuestos..." y advierte que copia de estas consignaciones obra en el expediente. Sin embargo, revisando cuidadosamente el expediente la Sala coincide con la apreciación del fiscal de Tribunal en el sentido de que sólo aparece acreditada la autoretención en la fuente sobre los servicios de transportes fruta en planchón de la compañía Frutera Sevilla S.A., en la suma de $87.911, que equivale al 1 % de $8.791.100 (folios 139, 143, 147 y 151 del cuaderno de antecedentes No. 1) de donde se colige, que por este concepto se desvirtuó el proceder administrativo sólo en la suma de $15.859.996.

Respecto a la retención efectuada por agente de que da cuenta el dictamen pericial, no procede su reconocimiento puesto que no obra en el expediente la prueba idónea para su reconocimiento consistente en la copias o fotocopias auténticas de los recibos de consignación de la retención en la fuente, razón ésta por la cual se impone, como lo decidió el Tribunal, mantener el rechazo sobre la partida que no se acreditó la correspondiente retención, habida cuenta que el dictamen pericial no suple la prueba exigida por la ley, como lo pretende el apelante apoderado de la actora.

Gastos de Zungo y Estiba: Con relación a los pagos correspondientes a estos conceptos, la Sala considera acertado el proceder del Tribunal al reconocer parcialmente la deducción sobre los pagos efectuados durante el período 1o. de enero al 15 de julio de 1983, por los dos conceptos y por la misma razón expuesta en los puntos anteriores, pagos que ascendieron a las sumas de $1.450.927 y $2.271.165, respectivamente. Sobre los pagos efectuados a partir del 15 de julio de 1983, sobre los cuáles existía obligación de efectuar la retención en la fuente en porcentaje del 4 % la Sala observa que en lo que concierne al pago de zungo no aparece debidamente acreditada la retención en la fuente, puesto que la atestación que al respecto obra en el dictamen pericial, no es la prueba idónea para el efecto, la que, como se ha observado, la constituye las copias o fotocopias auténticas de los recibos de consignación de la retención en la fuente, aspecto que es el tenido en cuenta por el legislador cuando del reconocimiento fiscal de los costos y deducciones sometidos a retención en la fuente se trata. De ahí, que no es suficiente con acreditar que se hizo la retención, sino que lo que exige la Ley es que la misma se consigne en las arcas del Estado, hecho que, obviamente, sólo se acredita con la prueba establecida en la Ley. Respecto a los pagos

por estiba efectuados a partir del 15 de julio de 1983, como quiera que se encuentra demostrado tanto en el dictamen practicado a la actora, como con la certificación del revisor fiscal de la sociedad Frutera de Sevilla S.A., que el beneficiario de los pagos fue el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo "Sindebras" entidad sin ánimo de lucro, (no contribuyente), cuya personería jurídica y su vigencia aparece demostrada mediante certificación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Turbo-Antioquia, de conformidad con los artículos 134 y 14 del Decreto 2026 de 1983, no había lugar a efectuar retención en la fuente en tal evento, razón por la cual, como lo decidió el *a-quo,* la deducción de dicho pago es procedente.

Gastos de Fumigación: Para la Sala, contrario a lo que decidió el Tribunal en este punto, le asiste razón al apoderado de la sociedad actora, pues encontrándose probado que el beneficiario del pago fue la sociedad Calima Ltda., empresa que corresponde a las señaladas en el artículo 1o. (Parágrafo) de la Ley 2o. de 1981, "empresa de fumigación aérea", autorizada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por la resolución número 152 del 6 de mayo de 1966, conforme con el numeral 3o. del artículo 14 del Decreto 2026 de 1983, no había lugar a efectuar retención en la fuente, como quiera que para el año gravable de 1983, se encontraba vigente la exención del impuesto de renta y complementarios para las empresas aéreas de que tratan los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974, y 1, 2 de la Ley 2o. de 1981. Por tanto, habiéndose demostrado que el beneficiario del pago es una "empresa de fumigación aérea" debidamente autorizada por al entidad gubernamental competente, se impone reconocer como deducción los pagos por este concepto. Por consiguiente, en este punto se modificará la decisión del *a-quo*.

Gastos mantenimiento de carretera ($563.587): En lo que atañe con este pago, la Sala comparte lo resulto por el Tribunal, pues de una parte se demostró que parte de esta suma se causó en le período comprendido entre el 1o. de enero y el 15 de julio de 1983, y por la otra, la diferencia corresponde a valores inferiores a $2.000, que para la época de los hechos, tampoco se encontraban sometidos a retención en la fuente, máxime cuando en el presente caso tales sumas según lo acredita el dictamen pericial (página 7) corresponde a una "apropiación" para un "fondo de mantenimiento de carreteras".

2.2.3 Otros servicios por concepto de apertura de bolsas ($115.755), fletes y acarreos ($833.004) y pagos menores de $100.000-mantenimiento de carreteras ($50.283):

Con relación a estos pagos, la Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal en lo relacionado con el *ítem* correspondiente a apertura de bolsas y pagos menores de $100.000, por mantenimiento de carreteras, ya que en la relación de retención por honorarios, que obran a folios 191 y siguientes, aparecen relacionadas las personas a quienes se le hicieron los pagos por concepto de "apertura de bolsas" por tanto, siendo la retención por servicios (personas naturales) del 2 %, igual que el concepto de

honorarios, es procedente acceder al reconocimiento como deducción de este concepto, como quiera que la retención de dichas relaciones aparece debidamente acreditada con los correspondiente recibos de consignación que obran en los folios mencionados. Y, en cuanto a los pagos menores de $100.000, por mantenimiento de carreteras, reconocimiento, igualmente, procede al establecerse que dichos pagos "corresponde a las compras de materiales efectuadas a proveedores de la zona (...) con destino a mantenimiento y conservación de los cambios internos de las fincas", concepto que para la época de los hechos se encontraba exonerada de la retención en la fuente.

Respecto al pago correspondiente a fletes y acarreos, considera la Sala procedente aceptar la suma causada en el período comprendido entre el 1o. de enero y el 15 de julio de 1983, es decir, la suma de $446.769, pero la diferencia, contrario a lo que estimo el Tribunal, debe mantenerse ($436.235), por cuanto la razón del rechazo "falta de retención en la fuente" no aparece desvirtuada, ya que si bien el dictamen señala que "las anteriores retenciones fueron oportunamente consignadas a favor de la administración de impuestos nacionales" lo cierto es que no se aportaron las copias o fotocopias auténticas de los recibos de consignación de la retención en la fuente, prueba requerida para el reconocimiento como deducción de tales pagos, como se ha reiterado en acápites procedentes. Por tanto, en este punto habrá de modificarse lo resuelto por el *a-quo*.

2.3 Arrendamientos y alquileres:

Por este concepto la sociedad solicitó como deducción la suma de $637.522, de cuya partida la administración aceptó la suma de $322.300 y se desestimó la partida de $315.237, correspondiente a pagos efectuados a las sociedades Computed y Procibernética Ltda., respecto de los cuáles no se acreditó la retención en la fuente. Para la Sala, como lo fue para el Tribunal, la suma desestimada debe aceptarse puesto que se trata de los pagos que se causaron en el período comprendido entre el 1o. de enero y el 15 de julio de 1983, época para la cual no se había reglamentado los porcentajes aplicables para los pagos por dichos conceptos. (Dictamen página 9).

3. Deducción por pagos menores de $100.000 (informados genéricamente):

En este punto la Administración rechazó la suma de $4.563.884, (gastos diversos) en razón a que el artículo 4o. numeral 3o. del decreto 80 de 1984, exime de relación los pagos inferiores a $37.000 y el contribuyente incluyó los superiores a $73.000 en inferiores de $100.000, debiendo demostrar plenamente que pagos se encuentran dentro del límite establecido por la norma aludida, al tenor del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982".

Lo anterior, por cuanto de conformidad con el citado artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, los contribuyentes que no suministren en su declaración tributaria la identi-

ficación de los beneficiarios de los pagos, pasivos y créditos en los términos exigidos por la Ley, incurren en el desconocimiento de los correspondientes costos, deducciones, pasivos y descuentos, amén de sanción, y para efectos de su posterior aceptación "deberán probar plenamente que tienen derecho a la aceptación del valor que hubiere sido objetado o rechazado".

Para desvirtuar la glosa así propuesta, la sociedad actora aportó el proceso gubernativo la relación discriminada de cada uno de los pagos y ante la jurisdicción solicitó que los peritos verificaran la correspondiente relación, demostración que aparece en el dictamen pericial (pagina 9), en donde se lee que "del análisis de esta relación y de sus comprobantes contables se concluye que estos pagos son inferiores a $100.000, y la casi totalidad son inferiores a $73.000..." lo que se corrobora de la correspondiente relación que se anexó al recurso de reconsideración, en la que se establece la existencia de sólo cuatro partidas por encima de $73.000, cuyo valor asciende a la suma de 352 - 427, partida sobre la cual debe mantenerse el rechazo como quiera que no se cumplió con la exigencia del artículo 4o. numeral 3o., del Decreto 80 de 1984, y posteriormente, no se demostró su veracidad para que procediera su deducción conforme a lo indicado en el último inciso del artículo 59 del Decreto 3803 de 1982. Por consiguiente, en este punto se modificará la decisión del *a-quo*, habida cuenta que la suma que procede reconocer asciende a $4.211.457, sobre la cual, conforme a lo establecido, no existía obligación de discriminar, por encontrarse conformada por partidas inferiores a $73.000.

4o. Descuento Tributario por CAT, en cuantía de $5.943.826:

De conformidad con el artículo 66 del Decreto 3247 de 1974 para tener derecho al descuento tributario por los certificados de abono tributario creados por el Decreto 444 de 1967, (confirmado por decretos posteriores) "deberá acompañarse a la declaración de renta un certificado del Banco de la República sobre su adquisición por parte del contribuyente".

Resulta entonces improcedente la pretensión del apoderado de la actora encaminado a obtener el reconocimiento del descuento tributario en referencia con base en la afirmación de los peritos en el sentido de que"....fueron recibidos a nombre de la parte actora por la compañía FRUTERA DE SEVILLA S.A...." como quiera que en este caso existe una tarifa legal de prueba que no puede suplirse como lo pretende el apelante con la atestación de peritos, y tampoco con las certificaciones expedidas por la sociedad comercializadora (Cía. Frutera de Sevilla S.A.) que obran en el expediente, pues la Ley exige de manera expresa el certificado del Banco de la República que acredita a nombre del contribuyente que pretende el reconocimiento del descuento tributario, la adquisición de los correspondiente CAT.

Además, en la comunicación expedida por el Banco de la República de Medellín, con fecha 18 de mayo de 1987, para dar respuesta a la sociedad actora sobre su solicitud

de refrendar la certificación sobre CAT entregados por el Banco a la sociedad Comercializadora, aquel se inhibió para validar tal certificación por cuanto "...no poseemos los elementos de comprobación para establecer la proporción que les correspondía (...) como productores..." (fl. 538 cuaderno No. 3).

En consecuencia, el proceder del Tribunal que confirmó la actuación administrativa que desestimó el descuento tributario por CAT, solicitando por la sociedad actora, se sujeta a derecho, por lo que procede confirmarlo.

II. -Proceso: Sociedad Agropecuaria del Abibe S.A.

1. -Nulidad de la operación administrativa del impuesto de renta:

Como la nulidad que alega el apoderado de la sociedad es idéntica en los dos procesos, son válidas las consideraciones expuestas en el proceso anterior, de la sociedad Agropecuaria de Los Carambolos S.A., para resolver la nulidad en el proceso de la sociedad en referencia.

2. -Arrendamientos, fletes-acarreos y servicios:

Igual que en el proceso anterior, la Sala advierte que la Administración del Impuesto de Bogotá, desconoció como costo o deducción las partidas que a continuación se relacionan por los conceptos en mención, fundamentada también en el hecho de que no se demostró haber efectuado y consignado oportunamente la retención en la fuente de conformidad con lo establecido en el artículo 16, numeral 16 del Decreto 80 de 1984, que a su tenor dispone: "para efecto del reconocimiento de los costos y deducciones que correspondan a los conceptos objeto de retención en la fuente, se deberá adjuntar copia o fotocopia auténtica de los recibos de consignación de tales retenciones".

Las partidas rechazadas por los conceptos en mención son:

Arrendamientos pagados a Agropecuaria los Carambolos		$ 480.000
Servicios:		
-Varios pagos (fletes y acarreos)		$ 815.600
-Pagos a la compañía Frutera de Sevilla S.A. así:		
gastos de embarque	$11.553.222	
gastos de zungo y estiba	$ 7.992.681	
gastos de fumigación	$ 8.750.820	
mantenimiento de carretera	$ 913.70	$37.112.351
Alquileres: Pagos a Computec y Procibernética		$ 90.700
Recava de canales		$ 4.829.874
Mantenimiento de muebles y equipos		$ 1.389.880

2.1 Pagos por concepto de arrendamientos:

En lo que este concepto se refiere, la Sala esta de acuerdo con el reconocimiento hecho por el Tribunal con fundamento en el dictamen pericial en el cual "se estableció que el gasto pagado por AGROBIBE S.A., Agropecuaria los Carambolos S.A., durante el año gravable de 1983, por valor de $480.000,oo, por concepto de ARRIENDO DE OFICINA, tal como puede comprobarse del anexo 162, demostración que desvirtúa la razón de la glosa, como quiera que se trata de un gasto no sometido al requisito de la retención en la fuente, puesto que el inciso 2o. del artículo 12 del Decreto 2026 de 1983 consagra la retención para los arrendamientos diferentes de los bienes raíces.

2.2 Rechazo de fletes y acarreos:

Por este concepto la Administración desestimó la suma de $815.600, partida que como lo estimó el Tribunal, debe aceptarse pues con el dictamen pericial se comprobó que se trataba de pagos efectuados entre el período comprendido entre el 1o. de enero y el 15 de julio de 1983, época para la cual, como se observó, en el proceso de la sociedad Agropecuaria los Carambolos, si bien ya se habían establecido la obligación de efectuar retención en la fuente "...a los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos..." (artículo 62 del Decreto 3803 de 1982) la reglamentación de porcentaje sólo tuvo lugar mediante el Decreto 2026 del 15 de julio de 1983, a partir del cual obviamente, podía hacerse efectiva la obligación de retener, antes no, porque no se había establecido su *modus operandi*. Por tanto, demostrado que la suma glosada corresponde a pagos efectuados antes de entrar en vigencia del Decreto 2026 de 1983, se impone su reconocimiento tal y como lo estimó el Tribunal, prohijando el concepto de su colaborador fiscal. Por consiguiente, no prospera la objeción de la entidad demandada al respecto.

2.3 Rechazo de pagos efectuados a través de la Cía. Frutera de Sevilla S.A., a nombre de Agropecuaria Agrobibe S.A.; en desarrollo de contrato de asistencia técnica completa para el procedimiento, industrialización, transporte y sanidad vegetal del banano:

Gastos de embarque (Transporte de banano): En lo que atañe a este gasto, la Sala observa en el dictamen pericial (páginas 14 y 15), que de la partida total solicitada por este concepto, $14.612.647, la cantidad de $6.738.947, corresponde a pagos efectuados en el período comprendido entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1983, por tanto, sobre este valor, igual que el proceso anterior, no es procedente exigir el requisito de la retención en la fuente. Sobre la partida causada a partir del 15 de julio de 1983, fecha a partir de la cual ya existía porcentaje de retención (1 % sobre el transporte de carga) el dictamen señala que "...se efectuaron las retenciones correspondientes y se con-

signaron a favor de la Administración de Impuestos". Atestación que en el presente caso, aparece demostrada con la prueba idónea exigida por la Ley, para efectos del reconocimiento fiscal como deducción del gasto sometido a retención en la fuente, así: por autoretención efectuada por la sociedad Frutera Sevilla S.A., la suma de $63.684 (fls. 139, 147, 151 del cuaderno No. 1 de antecedentes) y la suma de $15.053 pagada por la actora, para un total de retención de $78.737, correspondiente a una base de retención de $7.873.700, de donde surge que sobre la partida que requería del requisito de la retención en la fuente, se acreditó plenamente. Pero como en la resolución que se decidió el recurso, la Administración de Impuestos aceptó el valor correspondiente a la autoretención efectuada por la sociedad Frutera Sevilla S.A., sólo es procedente aceptar la suma de $4.409.322, por lo que en este aspecto habrá de corregirse la decisión del *a-quo*, que aceptó la totalidad de la suma inicialmente desestimada, o sea, $11.553.222.

Zungo y Estiba: En lo que atañe a los valores correspondientes a estos conceptos, la Sala considera acertado el proceso del Tribunal en cuanto reconoce la deducción sobre los pagos por el zungo efectuados durante el período comprendido entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1983, los cuales ascienden a la suma de $1.282.601, por la razón expuesta en los puntos anteriores. Pero con relación a los pagos por zungo efectuados a partir del 15 de julio de 1983 y el correspondiente a "estiba" la Sala no comparte la decisión del *a-quo*, por lo siguiente: sobre los pagos correspondientes al primer concepto, si bien como lo pone de manifiesto el fiscal del Tribunal. Concepto que acogió éste, el dictamen da fe de "...verificamos las retenciones en la fuente y sus respectivas consignaciones, concluyéndose que la parte actora sí cumplió con estas obligaciones", no se aportaron las correspondientes copias o fotocopias auténticas de los recibos de consignación de la retención en la fuente, y como ya se ha reiterado a lo largo de esta providencia, es requisito *sine qua non* la presentación de tal prueba, para que sea visible el reconocimiento fiscal de los gastos sometidos a este requisito. Como no se allegaron, la Sala de acuerdo con lo dispuesto en la ley, considera que debe modificarse la decisión del *a-quo* en este punto. De igual modo, debe modificarse la decisión relativa a los gastos de estiba, pero a contrario del punto anterior, para aceptarlo como deducción, ya que está demostrado, tanto en el dictamen practicado a la actora (página 15), como con la certificación de Revisor Fiscal de la sociedad Frutera de Sevilla S.A., que el beneficiario de estos pagos fue el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo-Antioquia "Sindebras" entidad sin ánimo de lucro (no contribuyente) cuya personería jurídica y su vigencia también aparece demostrada con certificación expedida por la inspección de trabajo y seguridad social de Turbo Antioquia; de conformidad con lo ordenado en los artículos 13 y 14 del Decreto 2026 de 1983, que exonera de retención en la fuente entre otros casos "cuando el pago o abono se efectúe a personas no contribuyentes del impuesto sobre la renta o exentas de dicho impuesto". En consecuencia, por estos conceptos es procedente reconocer la suma de $1.282.601 por zungo, y $4.985.158 por estiba.

Gastos de Fumigación: Los pagos correspondientes a este concepto, igual que en el proceso de la sociedad Agropecuaria los Carambolos, se encuentra demostrado en el proceso, tanto por indicarlo el dictamen pericial, como por certificarlo el Revisor Fiscal de la sociedad Frutera de Sevilla S.A., que el beneficiario de ellos fue la sociedad Calima Ltda., "empresa de fumigación aérea", autorizada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil según la resolución No. 152 de 6 de mayo de 1966, por tanto, como de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2026 de 1983 "cuando el pago o abono en cuenta se efectúe a las empresas señaladas en los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974, 1 y 2 de la Ley 2 de 1981..." no será retención en la fuente y para el año gravable de 1983 se encontraba vigente la exención del impuesto de renta y complementarios para las empresas aéreas que tratan los artículos 99 del Decreto 2053 de 1974 y 1 y 2 de la Ley 2 de 1981, procede el reconocimiento fiscal como deducción de los pagos a la mencionada sociedad por concepto de fumigación. Por consiguiente, en este punto habrá de modificarse la decisión del *a-quo.*

Gastos de mantenimiento de carretera: Respecto a este punto, la Sala comparte lo resuelto por el Tribunal, ya que como en el proceso de la sociedad Agropecuaria los Carambolos S.A., en éste se demostró, de un lado, que parte de la suma glosada se causó en el período entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1983, y por el otro, la diferencia causada a partir del 15 de julio de 1983 corresponde a valores inferiores a $2.000 que para la época de los hechos tampoco estaba sometido a retención en la fuente, máxime cuanto tales sumas, según lo señala el dictamen, ingresaban a un "Fondo de Mantenimiento de carreteras" para efectuar compra de materiales y otros gastos relacionados con este fin.

3o. Rechazo de Alquileres:

En este punto, la Sala también comparte la decisión del *a-quo,* de aceptar como deducción el valor de $90.700 desestimado por la Administración de Impuestos, al no poderse determinar que dichos pagos se efectuaron en el período comprendido entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1983, período en el cual, como ya se ha dicho, si bien ya se había sometido a retención en la fuente tal concepto, su reglamentación sólo ocurrió el 15 de julio de 1983, con el Decreto 2026 de 1983, que fijó el correspondiente porcentaje de retención. Por consiguiente, como el dictamen pericial determina que los pagos se efectuaron en el referido período, la razón de la glosa ha quedado plenamente desvirtuada, por lo que se impone reconocer como en efecto lo hizo el *a-quo*, la deducción desestimada por el concepto en referencia.

4o. Rechazo por recava de canales:

Por este concepto de Administración desestimó la suma de $4.829.874 por la misma razón de los demás pagos por servicios que se han analizado, no haberse demostrado haber efectuado y consignado la retención en la fuente de conformidad con lo exigido por el artículo 16, numeral 16, del Decreto 80 de 1984.

Con el dictamen pericial, como lo pone de manifiesto el Tribunal, surge que la mayor parte de la partida debe reconocerse habida cuenta que "...se causó en el primer semestre de 1983..." la suma de $4.796.074, partida que para la Sala debe aceptarse como de su deducción, la diferencia debe confirmarse puesto que no aparece demostrada la retención en la fuente, en la forma ordenada por la ley.

Pero, como la Administración al resolver el recurso gubernativo aceptó de la suma desestimada de la partida de $1.683.150, esta suma, como lo hizo el Tribunal, debe descontarse, de donde surge que el valor a reconocer por este concepto es de $3.088.574.

5o. Mantenimiento de los muebles y equipos:

Por este concepto la Administración de Impuestos inicialmente desestimó la suma de $1.389.880, también por falta de retención en la fuente. En la resolución que decidió el recurso gubernativo aceptó la cantidad de $228.805, es decir, que en la jurisdicción la discusión se contrae a la diferencia no aceptada, o sea, sobre la suma de $1.161.075.

En el dictamen pericial (página 17) los peritos determinan los pagos causados antes y después del 15 de julio de 1983, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto 2026 de 1983, que reglamento entre otras, la retención por concepto de servicios, así mismo, señalan que los pagos por concepto de mantenimiento de equipos "...la mayor parte corresponde a compra de materiales" por tanto, atendiendo a esta demostración procede el reconocimiento de la suma desestimada que equivale a $1.161.075, por lo que en este punto habrá de corregirse lo resuelto por el *a-quo*, que aceptó la suma inicialmente desestimada, pasando por alto que Administración aceptó la suma de $228.805, al resolver el recurso gubernativo.

Así las cosas, se impone practicar nuevas liquidaciones de impuesto a las dos sociedades para hacer los ajustes pertinentes en conformidad con lo resuelto en las consideraciones que anteceden, las cuales quedarán en los siguientes términos:

SOCIEDAD AGROPECUARIA LOS CARAMBOLOS S.A.

BASE		RENTA	IMPUESTO
La gravada en liq. de Rev.		64.209.552	
(-) deducciones aceptadas:			
Honorarios	483.487		
Serv. Genoveva Patiño	118.326		
Gastos embarque	15.859.996		
Zungo y Estiba	7.636.717		
Fumigación	11.344.162		

BASE		RENTA	IMPUESTO
Mant-carreteras	563.587		
Apertura Bolsas	115.755		
Mant-carreteras	500.283		
Fletes y acarreos	446.769		
Arrend.-Alquileres	315.237		
Pagos menor de 100.000	4.211.457	41.595.776	
Renta líquida		22.613.776	9.045.510
(-) Descuento Tributario			
(Reconocidos en liquidación oficial)			20.000
Impuesto Neto de Renta			9.025.510
(-) Descuento especial sociedades			
anónimas			722.041
TOTAL A CARGO			8.303.469

SOCIEDAD AGROPECUARIA DEL ABIBE S.A.

RENTA		BASE	IMPUESTO
La gravada en res. 146-nov-88		45.326.363	
(-) deducciones aceptadas:			
Arrendamientos	480.000		
Fletes y Acarreos	815.000		
Gastos embarque	4.409.322		
Gastos Zungo	1.282.601		
Gastos Estiba	4.985.158		
Gastos Fumigación	8.750.820		
Mant-carreteras	930.000		
Menor de 100.000	184.000		
Gastos Alquileres	90.700		
Recava de canales	3.088.574		
Mant. Muebl. Y equipos	1.161.075	26.162.014	
Renta líquida		19.164.349	7.665.740
(-) Descuento Tributario			5.006.981
Impuesto Neto de Renta			2.658.759
(-) Descuento especial sociedades anónimas			212.701
TOTAL A CARGO			2.446.058

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. Revócanse los numerales 3 y 4 de la sentencia apelada.

2. De acuerdo con la liquidación de impuestos practicada en la parte motiva de esta providencia, fíjase en la suma de OCHO MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($8.303.469) el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Agropecuaria. Los Carambolos, S.A., NIT: 60.046.076 por el año grvable de 1983.

3. De acuerdo con la liquidación de impuestos practicada en la parte motiva de esta providencia, fíjase en la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE ($2.446.058) el valor del impuesto de renta y complementarios a cargo de la Sociedad Agropecuaria del Abibe, S.A., NIT: 60.071.572 correspondiente al año gravable de 1983.

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.

Guillemo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR ENVIO DE INFORMACION TRIBUTARIA/SANCION A ENTIDAD FINANCIERA/CONTRIBUYENTE-Deberes

"El supuesto fáctico del artículo 65 del E.T. no lo establece el literal a) como se pretende, sino el inciso 1o. en el cual se establece como uno de los supuestos fácticos el hecho de que las informaciones y pruebas solicitadas "...no (se) atendieron dentro del plazo establecido para ello". El literal a) por su parte consagra la sanción que genera la ocurrencia de dicho supuesto fáctico. Por tanto, si lo solicitado radicó en el envío de unos documentos (extractos) de consignaciones bancarias y tarjetas de las cuentas corrientes y/o ahorros, es claro que se configuró el supuesto fáctico indicado, como quiera que no se atendió tal requerimiento dentro del plazo señalado para ello, por lo que es plenamente aplicable la consecuencia jurídica prevista en la norma, en el literal a) consistente en "Una multa hasta del cinco por ciento (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida".

FACULTAD DE FISCALIZACION/CONTRIBUYENTE-Deberes/**IN-FORMACION TRIBUTARIA/ADMINISTRACION TRIBUTARIA/INFORMACION EN MEDIO MAGNETICOS**

"El hecho de haber dado cumplimiento a la obligación de informar anualmente en medios magnéticos los datos de sus cuentahabientes, tarjetahabientes, ahorradores, usuarios, etc., en cumplimiento de la obligación consagrada por el artículo 623 del Estatuto Tributario para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, no la exoneraba de la obligación de atender el requerimiento de información y pruebas efectuado por la Administración de Impuestos con fundamento en lo

dispuesto en los artículos 684 "Facultades de fiscalización e investigación", 868 "Deber de atender requerimientos" y 688 "Competencia para la actuación fiscalizadora" del Estatuto Tributario. De donde emerge con meridiana claridad que el cumplimiento de la obligación de informar en medios magnéticos no eximía a la actora del cumplimiento de la obligación de atender el requerimiento de información y pruebas efectuado por la Administración Tributaria con base en las facultades de fiscalización e investigación que la ley consagra, pues es evidente que el legislador previó la existencia de las demás obligaciones tributarias, y sin perjuicio del cumplimiento de ellas, determinó la obligación de atender los requerimientos relacionados con informaciones y pruebas, como quiera que éstos constituyen un claro desarrollo de las amplias facultades de fiscalización e investigación que la ley le otorga a la administración tributaria para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente*: Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. 5380. Actor: Banco Anglo Colombiano. IMPUESTOS-SANCION POR NO ENVIAR INFORMACION. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de BANCO ANGLO COLOMBIANO contra la sentencia del 18 de noviembre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la citada sociedad contra las resoluciones Nos. 0033 del 25 de agosto de 1991 y UAE-47-038 del 24 de agosto de 1992, a través de las cuales la Administración de Impuestos -Grandes Contribuyentes- de Bogotá le impuso sanción por no enviar información.

ANTECEDENTES:

Mediante oficio No. 012370 del 14 de noviembre de 1990, la Administración de Impuestos -Grandes Contribuyentes- de Bogotá, fundamentada en los artículos 684, 686 y 68 del Estatuto Tributario, solicitó al Banco Anglo Colombiano "...verificar si en esa entidad tienen o tuvieron cuentas corrientes y/o ahorros las personas que más adelante se relacionan, durante el año gravable de 1988; en caso afirmativo, favor enviar los siguientes documentos: a) Fotocopias de las tarjetas de las cuentas corrientes y/o ahorros, b) Fotocopias de los extractos bancarios de enero a diciembre de 1988 y sus respectivas consignaciones" (Pedro Nel González C.C. No. 8.223.613 y Pieles y Derivados S.A., Nit: 860.514.452) concediéndole un término de 15 días para la respuesta.

Como quiera que la sociedad no dio respuesta al anterior oficio, la oficina de Fiscalización profirió el pliego de cargos No. 0003 del 14 de marzo de 1991, en el cual

propuso la imposición de sanción por no enviar la información requerida, con fundamento en el literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario, la que cuantificó en la suma de $37.827.669, equivalente al 0.5 % de operaciones establecidas en cuentas corrientes detectadas a Pieles y Derivados S.A. ($7.579.533.738).

Oportunamente el banco dio respuesta en el anterior pliego alegando improcedencia de la sanción, por cuanto la información había sido enviada a través de los medios magnéticos.

Mediante la resolución No. 0033 del 25 de julio de 1991, la División de Liquidación resolvió imponer la sanción propuesta en el pliego de cargos, toda vez que si bien de conformidad con el artículo 623 del Estatuto Tributario, el banco estaba obligado a informar en medios magnéticos datos de sus cuentahabientes y ahorradores, también el artículo 686 ordenaba que "...sin perjuicio de las demás obligaciones tributarias, los contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales deberán atender los requerimientos de importación y pruebas relacionados con investigaciones que realice la Administración de Impuestos, cuando a juicio de ésta sean necesarias para verificar obligación impositiva de unos y otros, o de terceros relacionados con ellos".

Contra esta resolución la sociedad actora interpuso recurso de reconsideración reiterando el argumento expuesto en la respuesta al pliego de cargos, y adicionalmente que la resolución se encontraba viciada de nulidad, porque la sanción había sido impuesto sin explicar siquiera sumariamente cuál había sido la base para cuantificarla.

Mediante la resolución No. OAE-47-0038 del 24 de agosto de 1992, la División Jurídica de la misma Administración, confirmó la resolución recurrida, actuación con la cual se agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El demandante adujo las siguientes violaciones:

1. Artículo 651 del Estatuto Tributario, por cuanto se aplicó la sanción del literal a) a la omisión de enviar unos documentos, sin observar que el presupuesto fáctico de la norma radica en no haber informado sumas respecto de las cuales se solicitó la información. 2) Artículo 631 del Estatuto Tributario, por cuanto se desconoció la información que el Banco aportó en medios magnéticos. 3) Artículo 744 del Estatuto Tributario, al desestimar el mérito probatorio de las pruebas allegadas en desarrollo de la facultad de fiscalización. 4) Artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo, por permitir el principio procesal de la economía.

En desarrollo del concepto de violación de las anteriores normas, propuso tres cargos: ilegalidad por falta de relación de causalidad entre la omisión del contribuyente, ilegalidad por desconocer la información enviada en medios magnéticos y nulidad por imponer una sanción sin cuantificar la base sobre la cual se determinó.

PARTE OPOSITORA

La entidad demandada en la contestación a la demanda se opuso a las pretensiones del demandante, precisando que la información requerida al Banco Anglo Colombiano mediante el oficio No. 012370, es diferente de la contemplada en los artículos 623 y 631 del Estatuto Tributario, y que el haber suministrado la exigida en estas normas no exoneraba a la sociedad del requerimiento de la Administración, porque la facultad del Director de Impuestos de solicitar la información en medio magnético es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 684 y demás normas que regulan las facultades de la Administración Tributaria. Por otra parte, observó que tampoco es válido el argumento del actor sobre la aplicación retroactiva del artículo 55 de la Ley 6a. de 1992, por cuanto el objeto de la reforma se circunscribió a determinar una base cierta sobre la cual debía cuantificarse (ingresos, patrimonio).

De igual modo, señaló que su representada no violó el principio de economía, y que, por el contrario, acogiéndose a los principios orientadores de la actuación administrativa, exigió al banco una información para la que estaba facultada por el artículo 684 del Estatuto Tributario, para efectos del control de los impuestos que administra la Dirección de Impuestos, información que sólo pudo ser obtenida después de haber transcurrido cinco meses, como consecuencia del pliego de cargos.

Por último, calificó de "temerario" el argumento del actor en el sentido que la sanción se impuso sobre bases secretas, por que en el pliego de cargos se le indicó la conducta sancionable y la base sobre la cual se aplicaría.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 18 de noviembre de 1993, denegó las súplicas de la demandada al encontrar imprósperos los cargos de violación expuestos en el *libelo* demandatorio. En efecto, precisó que se fueron los supuestos previstos en el artículo 651 del Estatuto Tributario para imponer la sanción, como quiera que la norma hace referencia a "informaciones y pruebas", hipótesis que se dieron en el *sub-lite*, puesto que la Administración solicitó informaciones relativas a las tarjetas de apertura de cuenta y prueba de los movimientos de los extractos bancarios. Aclaró que es diferente la facultad que tiene el Director de Impuestos de solicitar información con base en el artículo 631, disposición que hace la salvedad al señalar "sin perjuicios de lo dispuesto en el artículo 684 y demás normas que regulan las facultades de Administración de Impuestos", de donde deduce que el Director tiene atribuciones restringidas a cierto tipo de información que solicita mediante resolución en la cual se establecen de manera general los grupos o sectores de personas que deben suministrar la información, y los plazos, que no es inferior a dos meses.

Respecto al cargo de violación relacionado con la cuantificación de la base para aplicar la sanción, observó que si bien la resolución No. 0033 del 25 de julio de 1991 no señala la base para imponer la sanción, en ella se invoca el pliego de cargos en el cual con toda claridad se cuantificó la base sobre la cual se impuso la correspondiente

sanción, y así el accionante pudo ejercitar su derecho de defensa, sin que se hubiera violado el artículo 651 del Estatuto Tributario en lo que a la reducción de la sanción se refiere.

LA APELACION

El apoderado de la parte actora, al apelar, reitera los tres cargos de violación expuestos en la demanda, manifestando en lo fundamental que:

El artículo 651 del Estatuto Tributario consagra como presupuesto fáctico "el no reportar las sumas solicitadas" hecho que no se presentó porque al Banco Anglo Colombiano se le solicitó fue el envío de unos documentos (extractos), por tanto es inaplicable la norma. Esta tesis la confirma la modificación que introdujo la Ley 6a. de 1992, al consagrar la posibilidad de imponer la sanción referida para los casos en que "no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía".

La sanción es improcedente porque la información solicitada ya se encontraba en los archivos de la Administración Tributaria. El hecho de que la Administración Tributaria exija a los contribuyentes el envío de información con base en diferentes normas legales, no conduce a que el contribuyente esté obligado a enviar lo que ya reposa en la Administración, puesto que los principios orientadores de las actuaciones administrativas contemplados en el artículo 3o. del Código Contencioso Administrativo son elocuentes sobre la materia, amén del respeto que también el fisco le debe al contribuyente.

La sanción se aplicó sin determinar la base gravable, razón por la cual es "nula" por falta de motivación, al no explicar la decisión adversa al contribuyente, especialmente en lo relacionado con la forma como se determinó la base sobre la cual se impuso la sanción.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la sociedad actora al alegar de conclusión ratifica los argumentos expuestos en el memorial de sustentación al recurso de apelación.

La entidad demandada, por su parte, al alegar de conclusión se opone a las pretensiones del apelante manifestando que la interpretación que aquel hace del artículo 651 del Estatuto Tributario es equivocada, porque los supuestos de hecho que consagra la norma para imponer la sanción son tres y los establece el inciso primero y no el literal a) como lo pretende el apelante, así: 1) No enviar la información tributaria, teniendo la obligación de hacerlo, 2) No enviar las informaciones o pruebas requeridas por la Administración (art. 684 y 686 del Estatuto Tributario) y 3) Enviarlas fuera del término establecido para el efecto. Agrega que el literal a) establece la norma de cuantificar la sanción, que es diferente de los supuestos de hecho que generan.

De igual modo, observa que no se configura desconocimiento alguno de la información enviada en medios magnéticos, porque las informaciones y pruebas solicitadas con fundamento en el artículo 651 del Estatuto Tributario es diferente, pues

mientras las entidades financieras tienen la obligación de informar en medios magnéticos únicamente las transacciones que realicen personas o entidades superiores a $120.000.000 (para 1988), la Administración puede requerir informaciones o pruebas, independientemente de su cuantía, aún de aquellas personas o entidades que hayan efectuado transacciones de cuantía inferiores a las señaladas. Por ello es que la obligación de atender los requerimientos de informaciones y pruebas se encuentra esta-blecida expresamente "sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones tribu-tarias" como la de las entidades financieras de informar en medio magnético conforme a la cuantía señalada en la ley.

Por último, y para refutar el tercer cargo de violación, añade a lo expuesto por el Tribunal, que si jurisprudencialmente se ha admitido que las nulidades en materia tributaria son taxativas, y en ellas no figuran la falta de explicación sumaria relativa a la base para la cuantificación de la sanción, debe concluirse que no existe nulidad.

La Procuradora Octava Delegada en lo Contencioso, a quien le correspondió el presente proceso en la segunda instancia, no presentó alegato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es objeto de cuestionamiento en el presente proceso la sanción por no enviar información y pruebas, impuesta por la Administración de Impuestos-Grandes Contribuyentes-de Bogotá al Banco Anglo Colombiano, con fundamento en lo establecido en el artículo 651 del Estatuto Tributario, disposición que a su letra ordena:

> "Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria, así como **aquellas a quienes se les haya solicitado información y prueba** respecto de sus propias operaciones, **que no le atendieren dentro del plazo establecido para ello,** incurrirán en la siguiente sanción.
>
> "a) **Una multa hasta del cinco por ciento (5 %) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida.**
>
> "b) El desconocimiento de los costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, según el caso, cuando la información requerida se refiera a estos conceptos y de acuerdo con las normas vigentes deba conservarse y mantenerse a disposición de la Administración Tributaria" (Subraya la Sala).

Para a Sala no cabe duda que el apoderado de la sociedad actora, como lo puntualizó el Tribunal, parte de un supuesto equivocado, toda vez que el supuesto fáctico del ordenamiento legal transcrito no lo establece el literal a) como lo pretende aquél, sino el inciso 1o, en el cual se establece como uno de los supuestos fácticos el hecho de que las informaciones y pruebas solicitadas "... no (se) atendieron dentro del plazo establecido para ello". El literal a) por su parte consagra la sanción que genera la ocurrencia de dicho supuesto fáctico .

Por tanto , si como lo reconoce el apelante-apoderado de la sociedad actora "...lo solicitado radicó en el envío de unos documentos (extractos)" de consignaciones ban-

carias y tarjetas de la cuenta corriente y/o ahorros, es claro que se configuró el supuesto fáctico indicado, como quiera que no se atendió tal requerimiento dentro del plazo señalado para ello, por lo que es plenamente aplicable la consecuencia jurídica prevista en la norma, en el literal a) consistente en "Una multa hasta del cinco por ciento (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida".

Ahora bien, es cierto que el artículo 55 de la Ley 6a. de 1992 introdujo unas formas de cálculo para los casos en los cuales no sea posible estimar la multa con base en los datos solicitados, aspecto que de ninguna manera puede confundirse con los supuestos fácticos consagrados por el legislador, los que, por el contrario, con motivo de esta reforma hizo extensivo a todos los hechos por los cuales se requiera a una persona o entidad, no sólo los relacionados con sus propias operaciones; así mismo, a las informaciones suministradas con errores y a las que no corresponden con lo solicitado.

Por consiguiente, la supuesta falta de relación de causalidad entre la omisión del contribuyente y la sanción impuesta no se presenta, pues, por el contrario, conforme a lo observado, existe plena correspondencia entre la omisión del contribuyente y la sanción aplicada por la Administración de Impuestos .

Respecto a la alegada "ilegalidad por desconocer la información enviada en medios magnéticos", la Sala también considera que no le asiste razón al apoderado de la actora en este punto, como lo estimó el Tribunal .

En efecto, el hecho de haber dado cumplimiento a la obligación de informar anual mente en medios magnéticos los datos de sus cuentahabientes, tarjetahabientes, ahorradores, usuarios etc., en cumplimiento de la obligación consagrada por el artículo 623 del Estatuto Tributario para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, como lo es el caso de la actora, no la exoneraba de la obligación de entender el requerimiento de información y pruebas efectuado por la Administración de Impuestos mediante el oficio No. 012370 del 14 de noviembre de 1990, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 684 "facultades de fiscalización e investigación "686 "deber de atender requerimientos" y 688 "Competencia para la actuación fiscalizadora", del Estatuto Tributario, puesto que el artículo 686 citado es expreso al señalar "sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones tributarias, los contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, así como los no contribuyentes de los mismos, deberán atender los requerimientos de información y pruebas relacionadas con investigaciones que realiza la Administración de Impuestos, cuando a juicio de ésta, sean necesarios para verificar la situación impositiva de unos y otros, o de terceros relacionados con ellos".

De donde emerge con meridiana claridad que el cumplimiento de la obligación de informar en medios magnéticos no eximía a la actora del cumplimiento de la obligación de atender el requerimiento de información y pruebas efectuado por la Administración Tributaria con base a las facultades de fiscalización e investigación que la ley consagra, pues es evidente que el legislador previó la existencia de las demás obligaciones tributarias, y sin perjuicio del cumplimiento de ellas determinó la obligación de atender

los requerimientos relacionados con informaciones y pruebas, como quiera que éstos constituyen un claro desarrollo de las amplias facultades de fiscalización e investigación que la ley le otorga a la Administración Tributaria para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales.

De esta manera, la Administración de Impuestos al sancionar la conducta omisiva de la actora con relación a la obligación consagrada en el artículo 686 del Estatuto Tributario actuó ajustada a esta norma legal en concordancia con lo establecido en el artículo 651 *ibídem* que la tipifica como conducta sancionable, y determina la clase de sanción a la que se hace acreedor el infractor de la citada disposición.

Con relación a la "Nulidad por imponer una sanción sin cuantificar la base sobre la cual se determinó" la Sala observa que, en este punto, tampoco es válida la objeción que se formula a la actuación administrativa integrada en el presente caso por el pliego de cargos, la resolución sanción y la resolución que decidió el recurso gubernativo, por cuanto no corresponde a la realidad procesal el aserto en el cual se fundamenta el cargo.

Como lo precisó el Tribunal, el pliego de cargos señala en forma clara y expresa la base sobre la cual la Administración cuantificó la sanción que posteriormente aplicó en la resolución No. 0033 del 25 de julio de 1991. En efecto, en el mencionado acto administrativo sobre la cuantificación de la sanción expresó:

"...es procedente la aplicación de la sanción prevista en el literal a) el artículo 651 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) y que se cuantifica de la manera siguiente:

Operaciones establecidas en cuentas corriente detectadas a PIELES Y DERIVADOS S.A. "PIDESA S.A."., NIT 860.514.451, así:

CUENTA CORRIENTE	CONSIGNACIONES EN EL AÑO 1988
011-01037-8	$6.279.323.699
011-01732-4	$1.048.009.804
011-01118-6	$ 148.632.627
011-01199-6	$ 103.567.608
Total operaciones base de sanción	$7.579.533.738
Sanción equivalente al 0.5 %	$ 37.897.669

Resulta entonces a todas luces improcedente el caso de violación fundamentado en la supuesta falta de motivación de la base sobre la cual se determinó la sanción, ya que como se ve la Administración aplicó el procedimiento a través del cual llegó al valor de la sanción impuesta.

Por tanto, no fue secreta la base sobre la cual la Administración aplicó la sanción, sino que la misma fue dada a conocer a la sociedad actora con anticipación al acto administrativo que decidió la imposición de la respectiva sanción, razón por la cual no puede afirmarse que se violó el derecho de defensa por este motivo, puesto que a la

actora se le dio a conocer el procedimiento que sirvió de base a la cuantificación de la sanción, de manera que, si no lo objetó no fue porque no lo hubiera conocido, sino porque no quiso hacerlo.

Por lo demás, no sobra anotar que en cuestión de nulidades en el procedimiento administrativo en materia de los impuestos que administra la Di ección de Impuestos Nacionales, se encuentran expresamente señaladas en la ley (artículo 730 del Estatuto Tributario), no siendo viable causales diferentes a las consagradas de manera taxativa.

En consecuencia, las pretensiones del apelante no están llamadas a prosperar, por lo que se impone confirmar en todas sus partes la sentencia del Tribunal, la que para la Sala conforme a las consideraciones expuestas en los acápites que anteceden, se encuentra 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:

Confírmase 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 sesión de la fecha.

Guillemo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

APODERADO ESPECIAL-Actuación/**ACTO RESOLUTORIO DEL RECURSO**-Validez/**NOTIFICACION PERSONAL**

"La pretensión de nulidad del acto resolutorio del recurso, por la supuesta ausencia de citación para notificación personal, es completamente infundada, toda vez que, la dirección a la que se remitió la citación en cuestión figuraba en el memorial de reconsideración interpuesto por conducto de apoderado, como dirección de éste, quien, por lo demás, en el ejercicio de apelación contra la sentencia, admite que, "cuando un contribuyente designa un apoderado especial para que lleve su representación ante la Administración, en un proceso tributario, lo hace con la evidente intensión de que tal apoderado atienda todo lo relacionado con ese proceso y que el contribuyente puede desentenderse completamente del curso del negocio..." en lo que tampoco puede haber ninguna discrepancia con el criterio de la Sala".

INGRESO LABORAL GRAVABLE/LIQUIDACION DE CONTRATO DE TRABAJO/TERMINO DE REVISION OFICIOSA/LIQUIDACION PRIVADA-Firmeza/**RETENCION EN LA FUENTE POR SALARIOS**

"La liquidación del contrato de trabajo de que se hablan por vía de concertación, según el artículo 61, letra b) del C.S.T., no daba lugar a retribuciones de carácter salarial o prestacional diferentes de las que normalmente se encontraren pendientes de pago conforme a dicho contrato a tiempo de su resolución, de suerte que lo percibido en exceso de la liquidación ordinaria, no pudiendo tener carácter remuneratorio

ni menos indemnizatorio, quedaba sujeto al tratamiento común de las bonificaciones ocasionales concedidas por mera liberalidad del patrono que, por otra parte, no eran, "exentas", pues no se tenían previstas en tal condición por el artículo 35 de la Ley 75 de 1986, vigente entonces, debiendo gravarse en la tarifa establecida del impuesto y someterse a la retención en la fuente de éste. La circunstancia de que el ingreso en cuestión no tuviera carácter salarial, reafirma el aserto de que, en el caso, no era aplicable a la excepción contemplada por el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, para efecto de computar el término de revisión oficiosa y firmeza de la liquidación privada, toda vez que la "retención en la fuente por salarios" que ahí se menciona, no alcanza el porcentaje fijado".

CAUSACION DE INGRESO/INGRESO-Realización

"Si bien, de conformidad con el último inciso del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, el ingreso se entiende por causado, "cuando nace el derecho a exigir su pago" tal disposición debe interpretarse en armonía con el primer inciso del aludido artículo, donde dice que los ingresos se consideran realizados "cuando se reciben efectivamente en dinero o especie, en forma que equivalga legalmente a su pago" que es la regla general, excepto tratándose de los contribuyentes, que en términos del numeral 1o., letra a), del precepto en cita, "lleven contabilidad de causación, quienes "deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 5801. Apelación sentencia de 7 de julio de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta período impositivo de 1986. Actor: VICENTE ENRIQUE LOPEZ ESCOBAR. Fallo.

VICENTE ENRIQUE LOPEZ ESCOBAR, el actor, mediante apoderado, apela de la sentencia de primer grado, del 7 de julio de 1994, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986, promovido entre otros actos, contra la liquidación de revisión número 501124 de 21 de mayo de 1992 y la resolución No. 50007 de 11 de junio de 1993,

expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de personas naturales de Santafé de Bogotá D.C.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, la liquidación impugnada desestimó "renta exenta" solicitada ($29.087.796) sancionó por inexactitud ($13.580.224) y ordenó el reintegro de una "devolución improcedente" ($8.803.411), "teniendo claro que dicho pago ("indemnización por retiro de IBM correspondiente a 25 años, pactada en diciembre de 1985", según el declarante), obedeció a un acuerdo entre las partes y que el acta de conciliación laboral no hace mención al pacto único de pensión futura de jubilación..."; la actuación fue confirmada íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Indica violados los artículos 29 y 58 de la Constitución, 40 de la Ley 153 de 1887, 16 del Decreto 2053 de 1974, 19 de la Ley 54 de 1977, 43 del Decreto 250 de 1978 y 565 y 569 del Estatuto Tributario.

Explica los conceptos de violación, en el hecho de que la Administración hubiera aplicado el Estatuto Tributario a la declaración de renta del período, presentada el 21 de abril de 1987 en contradicción del debido proceso y de las normas sobre aplicación de la ley en el tiempo, pues dicho estatuto había empezado a regir "el 20 de mayo de 1989" (sic).

Afirma, igualmente, que las cantidades dinerarias percibidas (y tratadas como renta exenta), lo fueron por conciliación laboral, formalizada el 13 de diciembre de 1985, lo que constituiría, por tanto, un derecho adquirido sujeto a la Ley vigente al tiempo de causación, esto es, a las normas que regían cuando se hizo exigible el pago, aparte de que la Administración habría calificado tales ingresos como "bonificación voluntaria debida a mera liberalidad del patrono" sin análisis sobre la finalidad de la conciliación celebrada e ignorándose la esencia del proceso conciliatorio, lo que sería "la de permitir llegar a un arreglo pronto y justo entre las partes, cuando se debaten cuestiones susceptibles de transacción" y donde el único punto por definir, "era el referente al del retiro voluntario del empleado, mediante el pago de una suma determinada de dinero, como compensación a la oferta de retiro que le hiciera la empresa", sin que otros puntos de la conciliación requirieran audiencia para definirse, tratándose de "cesantía, primas, vacaciones y sueldos sobre los que no existía diferencia alguna".

Así que el mencionado retiro, provocado por la empresa mediante compensación voluntaria y convenido en audiencia de conciliación laboral, se asimilaría a un "retiro

injustificado que se compensa", para cualquier efecto tributario, como así lo habría entendido el declarante, con fundamento en la normatividad aplicable (Arts. 19, Ley 54 /77; y 43, Decreto 2503, en consonancia con el 58 de la Constitución).

Expresa del mismo modo que el plazo para modificar oficialmente la liquidación privada, debería determinarse atendiendo a la circunstancia de que al contribuyente se hubiera practicado retención en la fuente sobre ingresos laborales, así no fueran estos "salarios", pues la legislación tributaria emplea la expresión, "ingresos brutos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria."

Y, por otra parte, que la notificación personal de las providencias decisorias de recursos, es obligatoria, debiendo estar precedida la misma de una citación que, sólo en el supuesto de no atenderse, haría viable la notificación por edicto (Arts. 565 y 569, E.T.). En el caso, respecto de la resolución que desató el recurso gubernativo, se habría omitido el envío de tal citación "a la dirección informada en el escrito del recurso".

LA SENTENCIA

Advierte fundada la glosa que la liquidación oficial hace a las "rentas exentas", en la contestación del requerimiento documentario librado a IBM de Colombia, S.A., el ente pagador, y en el acta de conciliación suscrita con éste, destacándose que la percepción de los ingresos en cuestión era "resultado de mutuo acuerdo y consentimiento entre las partes (Art. 61, C.S.T.) y que, por no tratarse despido injusto, no (tenía) el carácter de indemnización, ni (correspondía) a derecho cierto e indiscutible", a más de no haberse aludido, en el acta, a un "pacto único de pensión futura".

Respecto de la alegada notificación extemporánea del requerimiento, dice que la norma aplicable, como lo admiten las partes, era el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, "por lo cual no vienen al caso las distintas disgreciones (sic) referentes a la aplicación del artículo 41 (sic) de la Ley 153 de 1887".

Añade que dicho artículo 75 era el vigente en "el momento del denuncio del hecho gravable", el 21 de abril de 1987, cuando aún no se expedían el Decreto 2503 de 1987, ni el Estatuto Tributario, y que la liquidación privada habría quedado en firme el 21 de abril de 1989; pero que, habiéndose determinado en la declaración del período un saldo a favor por retenciones en la fuente, el término de la mencionada firmeza corría, desde la formulación de la correspondiente solicitud de devolución o compensación del saldo, el 26 de mayo de 1989, hasta el 26 de agosto de 1991 (incluidos tres meses de suspensión por inspección tributaria oficiosa), fecha en la que se notificó el requerimiento especial, sin que, de otro lado, hubiera lugar a la salvedad del segundo inciso de la norma en cita, por no tratarse de retenciones sobre "salarios", sino sobre un pago que, adicionalmente, no era "exento", conforme al artículo 35 de la Ley 75 de 1986 (cuyo artículo 108 había derogado al 19 de la Ley 54 de 1977 y, consiguientemente, al 43 del Decreto regla-

mentario 250 de 1978, invocados por el actor), pues no figuraba como tal en éste, tal que no incluía la "compensación por retiro voluntario", aunque las normas derogadas sí contemplaran la "indemnización por despido sin justa causa".

Tampoco considera que, del texto de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, se derive en que el pago en cuestión, "corresponda a una retribución de servicios, pues se cancela (sic) con motivo de la terminación compensada del contrato de trabajo por decisión de las dos partes", tratándose, por tanto, de un pago no constitutivo de salario, ni de renta exenta.

Finalmente, encuentra que la citación para notificación personal de la resolución del recurso, fue remitida a dirección correcta, sin lugar a la violación de los artículos 565 y 569 del Estatuto Tributario, que adujo el demandante.

EL RECURSO

Dice ratificarse en los planteamientos de la demanda, principalmente en lo concerniente a la violación de los preceptos constitucionales allí indicados, pues, del preciso examen de los hechos se colegiría que "el contribuyente cometió un error al presentar su declaración tributaria del año 1986, incluyendo en ella unos ingresos causados en el año anterior y que ha debido adicionar en la correspondiente a 1985, al que correspondía en realidad", conforme al artículo 16, numeral 2o, inciso 4o, del Decreto 2053 de 1974, lo que se comprobaría con copia del acta de conciliación, de 13 de diciembre de 1985, documento que "hace transito a cosa juzgada, según la ley (y) contra su contenido no puede alegarse nada".

Insiste, igualmente, en la afirmada nulidad de la notificación del acto resolutorio del recurso, por haberse enviado la citación para notificación personal, a una dirección distinta de la informada en el memorial reconsideración ("Calle 66A No. 15-63").

ALEGATO DE LA DEMANDADA

En relación con la alegada firmeza de la liquidación privada por vencimiento del término de revisión, sostiene, con el *a-quo,* que los ingresos sobre los que se practicaron retenciones no eran salarios, por lo que las retenciones por concepto de estos, resultarían "inferiores al 80 % de la (sic) total de las practicadas", sin que fuera aplicable la excepción del artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, en el sentido de contar el término de la firmeza desde la presentación de la declaración o su corrección.

Sobre que los ingresos de que se trata, se percibieran en ejercicio fiscal distinto de aquel por el que se declararon, dice mediar la presunción de veracidad de la declaración, no desvirtuada, de que dicha percepción se realizó en 1986, el período discutido, aparte de que no podría entenderse realizados tales ingresos el 13 de diciembre de 1985, como lo pretende el demandante, pues, conforme al artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, en

esta fecha se habría "causado" el derecho a exigir el pago, pero no podría hablarse de que en la misma se hubiera realizado efectivamente el ingreso, por no existir prueba al respecto.

Niega, por último, el supuesto de que la citación para notificación personal de la resolución del recurso gubernativo se hubiera hecho a dirección distinta de la informada, pues, contrariamente, la Administración se habría basado en la que figuraba tanto en el memorial de contestación del requerimiento como en el de recurso, siendo tan cierto esto, que la demanda contra la decisión del recurso en mención se había presentado cumplidamente.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso, quien se pronuncia por la confirmación de la sentencia recurrida, expresa, en síntesis:

Conforme a lo expuesto por el *a quo* y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los pagos a un trabajador para liquidar su contrato por vía de concertación, no se consideran prestaciones sociales ni salarios, sino bonificación sujeta al impuesto y a retención en el momento del pago.

No se advierte, en la actuación demandada, inobservancia de la norma constitucional relativa al debido proceso, pues aquella tuvo por origen la solicitud de devolución de una retención en la fuente debidamente liquidada y se realizó con arreglo a las normas procesales pertinentes.

Tampoco el hecho de que el ingreso en discusión se hubiera declarado en 1986, porque efectivamente lo recibió en este año, y se hubiera gravado en el mismo, implica desconocimiento del artículo 16, numeral 2o., inciso 4o., del Decreto 2505 (sic) de 1974, ya que la norma tiene por objeto que se registre contablemente el ingreso causado, cuando se tiene contabilidad por causación, que no era el caso del contribuyente, quien debía declarar sólo lo efectivamente recibido en el ejercicio.

Respecto de la alegada nulidad de la notificación de la resolución del recurso, por falta de citación, basta leer el escrito de tal recurso, donde se señalan dos direcciones para notificación, a una de las cuales se envió la citación.

En cuanto a la aplicación de Estatuto Tributario, con supuesto desconocimiento del artículo 29 de la Constitución, cabe destacar que aquel es sólo una compilación de normas legales en materia impositiva, cuyo artículo 714, aplicado por la Administración en el caso, correspondía al 53 del Decreto 2503 de 1987 que había modificado al 75 de la Ley 9a. de 1983, de modo que la facultad de revisión, ejercida dentro de los años siguientes a la solicitud de devolución del saldo a favor, existía desde 1983.

LA SALA CONSIDERA

1. Como bien se dice en el alegato de Ministerio Público, el Estatuto Tributario se limita hacer acopio de normas legales que preexistían a tiempo de ordenarse su expedición mediante el Decreto 624 de 1989, luego no es exacto que los actos demandados se hubieran producido en contradicción del debido proceso o de las normas sobre aplicación de la Ley en el tiempo. Tratándose del ejercicio impositivo de 1986, la norma por la que se debía regular la cuestión atinente al cómputo del término de revisión oficiosa y firmeza de la liquidación privada era, en efecto, el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, punto en el que, según se resalta en la sentencia, las partes no discrepan.

2. La pretensión de nulidad del acto resolutorio del recurso, por la supuesta ausencia de citación para notificación personal, en completamente infundada, toda vez que, como también se destaca en el alegato de la Procuraduría, la dirección a la que se remitió la citación en cuestión ("calle 66A No. 15-63, Santafé de Bogotá"), figuraba en el memorial de reconsideración interpuesto por conducto de apoderado, como dirección de éste, quien, por lo demás, en el escrito de apelación contra la sentencia, admite que, "cuando un contribuyente designa un apoderado especial para que lleve su representación ante la Administración, en un proceso tributario, lo hace con la evidente intención de que tal apoderado atienda todo lo relacionado con ese proceso y que el contribuyente puede desentenderse completamente del curso del negocio...", en lo que tampoco puede haber ninguna discrepancia con el criterio de la Sala.

3. En consonancia, una vez más, con las acertadas apreciaciones de la señora Procuradora delegada, cabe precisar que la liquidación del contrato de trabajo de que se habla por vía de concertación, según el artículo 61, letra b), del C.S.T., no daba lugar a retribuciones de carácter salarial o prestacional diferentes de las que normalmente se encontraren pendientes de pago conforme a dicho, contrato a tiempo de su resolución, de suerte que lo percibido en exceso de la liquidación ordinaria, no pudiendo tener carácter remuneratorio ni menos indemnizatorio, quedaba sujeto al tratamiento común de las bonificaciones ocasionales concedidas por mera liberalidad del patrono que, por otra parte, como bien se puntualiza en la sentencia, no eran, "exentas", pues no se tenían previstas en tal condición por el artículo 35 de la Ley 75 de 1986, vigente entonces, debiendo gravarse a la tarifa establecida del impuesto y someterse a la retención en la fuente de éste.

La circunstancia de que el ingreso en cuestión no tuviera carácter salarial, reafirma el aserto de que, en el caso, no era aplicable la excepción contemplada por el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, para efecto de computar el término de revisión oficiosa y firmeza de la liquidación privada, toda vez que la "retención en la fuente por salarios" que ahí se menciona no alcanzaba al porcentaje fijado.

4. Si bien, de conformidad con el último inciso del artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, el ingreso se entiende causado, "cuando nace el derecho a exigir su pago", tal disposición debe interpretarse en armonía con el primer inciso del aludido articulo, donde dice que los ingresos se consideran realizados, "cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago", que es la regla general, excepto tratándose de los contribuyentes que, en términos del numeral 1o, letra a), del precepto en cita "lleven contabilidad de causación, quienes deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable".

Dado que el actor no acreditó que tuviera contabilidad registrada por el sistema de causación, ni probó la fecha de percepción efectiva, en dinero o especie, de la cantidad dineraria discutida, resulta indiscutible que la Administración debía atenerse a los datos y factores declarados por 1986, además, por presumirse estos ajustados a la verdad.

Así las cosas, no habiéndose desvirtuado las glosas formuladas por los actos administrativos impugnados, ni las apreciaciones y conclusiones del Tribunal de instancia 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.

El doctor CARLOS ALBERTO BERNAL BOTERO tiene personería para obrar 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 A. Flórez Rojas, Secretario.

EXPORTACION/OPERACION EXENTA DEL IVA/DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR

"El Estatuto Tributario dispone la exención del impuesto para los bienes corporales que se exporten (arts. 479 y 481), la no responsabilidad frente al impuesto para los comerciantes de bienes exentos (art. 439) y la devolución de los saldos a favor que resulten en la declaración tributaria del responsable debido al exceso de saldos débitos (impuestos descontables) sobre el valor de los créditos por pagar, cuando los impuestos pagados correspondan a insumos que tengan el carácter de costo de producción y venta de los bienes exportados y siempre que el exportador cumpla fielmente con las obligaciones de fondo y forma exigidos en la misma ley, so pena de perder el derecho al reconocimiento del descuento por el IVA pagado, y por ende a su devolución, aspectos éstos que compete investigar y fiscalizar a la Administración Tributaria por específica competencia que le asigna el Estatuto Tributario y no el Banco de la República".

IMPUESTOS INTERNOS EN EXPORTACIONES-Cumplimiento/**EXPORTADOR**-Obligaciones/**CERT**-Otorgamiento/**DIAN**-Facultades/**BANCO DE LA REPUBLICA**

"Cuando el artículo 2 del Decreto 636 de 1984 menciona las exportaciones "efectivamente realizadas" se refiere a aquellos bienes que realmente salen del país mediante el sistema de exportaciones que para el efecto determinan las normas de comercio exterior. Los aspectos

inherentes a los impuesto internos que pueden generarse en cada una de las etapas de producción y comercialización de bienes producidos en el país y la responsabilidad tributaria por el cumplimiento o incumplimiento de quienes en tales etapas intervienen no restan aspecto legal a la exportación misma. Eventualmente si el exportador o cualquiera de las personas que intervienen en el proceso productivo del bien exportado, no cumplen con sus obligaciones tributarias es a la Unidad Administrativa de Aduanas e Impuestos Nacionales a quien corresponde ejercer su competencia con el objeto de lograr que se cumplan tales obligaciones impositivas formales o materiales. En consecuencia no puede el Banco de la República pretextando el incumplimiento oportuno de estas obligaciones impositivas internas, arrogarse una facultad que no le corresponde para ignorar el concepto de la entidad Administradora del IVA acerca de la responsabilidad del exportador ante el tributo, y negar el beneficio del CERT".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá D.C., Catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

REF.: Expediente No. 5815. Actor: MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA. /BANCO DE LA REPUBLICA. Apelación de la sentencia del 17 de junio de 1994 Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. AUTORIDADES NACIONALES-CERT. Fallo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público en la primera instancia contra la sentencia del 17 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad **MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA**, contra los actos administrativos mediante los cuales el Banco de la República le negó el reconocimiento y entrega de los Certificados de Reembolso Tributario, "CERT" por concepto de exportación de mercancías amparadas con los registros de exportación Nros. 5159, 5160, 5161 y 5162 del 7 de diciembre de 1990.

ANTECEDENTES

Los días 5 de abril y 18 de junio de 1991 la sociedad MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA, presentó ante el Banco de la República a través del Banco Ganadero solicitud para que se le reconociera y liquidara Certificados de Reembolso Tributario por las exportaciones efectuadas a MENNAT INTERPRISE INC Panamá.

Recibida la solicitud, el Banco de la República exigió de la peticionaria documentos relacionados con las exportaciones efectuadas, tendientes a comprobar su efectividad y legalidad, guías aérea, facturas comerciales, certificados de constitución y gerencia de la exportadora, constancia del recibo de la mercancía por el importador así como el contrato de suministro de los bienes exportados (contratos de cuentas en participación entre Rocío Mayorga y Luis Galo Chiriboga Fernández).

Con posterioridad, mediante auto de 9 de mayo de 1991 se ordenó una visita a las instalaciones de Rocío Mayorga, con el propósito de comprobar la existencia de infraestructura técnica requerida para elaborar los libros suministrados al exportador, y obtener copia de los estudios de prefactibilidad y factibilidad de mercado en Panamá sobre la aceptación de tales libros.

Al analizar la diligencia el Banco de la República encontró que la citada señora en la dirección señalada sólo tenia un puesto ambulante de venta de confites y de revistas.

Por esta circunstancia cuestionó la efectividad de las exportaciones y negó el Certificado de Reembolso Tributario pedido.

Contra dicho acto administrativo la interesada recurrió en apelación, alegando haber probado no sólo la realidad de la exportación, sino la forma como actuó en la misma y el carácter con que adquirió los libros exportados, impresos en la firma "24 horas fotolito", para acreditar así el origen y existencia real de tales bienes.

El recurso fue fallado el 10 de diciembre de 1991, oportunidad en la cual el Banco, interpretando el artículo 2o. del Decreto 636 de 1984, interpretó que el término "legalidad" contenido en la norma exige también que se hayan pagado y declarado los impuestos generados en las operaciones previas al acto de exportación, entre ellas cumplir con los reglamentos concernientes al IVA. Retiro la ausencia de capacidad técnica de la Señora Rocío Mayorga y confirmó la decisión denegatoria recurrida.

LA DEMANDA

Luego de exponer lo concerniente con la creación del incentivo fiscal CERT, estima la actora, que con la expedición del acto acusado el Banco de la República infringió el artículo 2o. del Decreto 636 de 1984 al haber negado el derecho al CERT valiéndose de subterfugios para pretender exigir responsabilidad en el impuesto sobre las ventas a quien realmente no la tiene como lo es el intermediario exportador, desconociendo las pruebas aportadas legalmente al proceso para dar exclusiva validez a una declaración obtenida por intimidación a la señora Mayorga a pesar de existir posterior declaración juramentada que la contradice.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda en lo referente a la nulidad de los actos acusados y el reconocimiento del

CERT, al estimar que el acervo probatorio allegado permitía inferir que si cumplió la actora con los requisitos señalados por la Ley para obtener el beneficio fiscal, pruebas que no analizó el banco, pues simplemente fundamento su negativa en aducir que la exportación no fue efectivamente realizada porque la señora Rocío Mayorga no tenia la infraestructura técnica requerida para elaborar los libros exportados y aducir el incumplimiento de las obligaciones frente al IVA, de un sujeto a quien la Administración había declarado no responsable frente al impuesto en repetidos conceptos. Negó la actualización monetaria, porque el CERT no da lugar a corrección.

LA APELACION

La demandada apeló pero se abstuvo de sustentar el recurso de apelación razón por la cual se inadmitió mediante auto del 7 de octubre del año en curso.

El Ministerio Público al apelar, remite al razonamiento expuesto en su concepto 3955 de enero 26 de 1994, folios 106 a 116 del cuaderno principal, en el cual básicamente expone que los actos acusados se ajustaron a derecho en las decisiones cuestionadas porque si la sociedad actora no ha satisfecho todos los requisitos legales especialmente el cumplimiento de los deberes que a los exportadores exige la Ley tributaria, no podía accederse al reconocimiento del CERT.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes y ni el Ministerio Público presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisa la Sala que el *sub-lite* si bien en principio el Banco de la República, para negar la actora el Certificado de Reembolso Tributario, cuestionó la efectividad de las exportaciones realizadas basándose en la circunstancia de que la presunta proveedora Rocío Mayorga carecía de la infraestructura necesaria para producir los bienes exportados (libros) lo cierto es que acreditadas en el proceso gubernativo las circunstancias referidas a la manera como se produjeron los bienes (contrato de impresión, intermediación y cuenta) en participación, el Banco adujo para negar el beneficio del CERT un nuevo hecho al interpretar que dentro del concepto de legalidad contenido en el artículo 2o. del Decreto 636 de 1984 estaba implícito el cumplimiento de las obligaciones fiscales relacionadas con el IVA, toda vez que el CERT tenía como objetivo la devolución de los impuestos indirectos pagados por el exportador.

Del Certificado de Reembolso Tributario. Objetivos

La Ley 48 de 1983 artículo 3o. consagró el Certificado de Reembolso Tributario (CERT) como instrumento de apoyo a las exportaciones, así:

"Ley 48 de diciembre 20 de 1983

"Por la cual se expide normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular aspectos del comercio exterior colombiano".

"...Artículo 3o. **Del Certificado de Reembolso Tributario (CERT), como instrumento de apoyo a las exportaciones.**

"El Certificado de Reembolso Tributario (CERT) será un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones cuyos niveles fijará el Gobierno Nacional en cualquier momento de acuerdo a los productos, y las condiciones de los mercados a que se exporten. El Gobierno regulará la utilización del Certificado consultando la realidad del comercio exterior, con el propósito de estimular la producción de bienes y servicios."

El artículo 5o. del mismo ordenamiento previó que:

"...Artículo 5o. De la exoneración del impuesto a las ventas- sin perjuicio de las exenciones previstas en las normas vigentes sobre sistemas especiales de importación-exportación y con el propósito de fortalecer el comercio exterior, están exentas del impuesto sobre las ventas las siguientes operaciones:

"1. La exportación de productos procesados.

"2. La venta de bienes de capital elaborados en el país que se utilicen exclusivamente en la producción de bienes de exportación.

"3. La venta en el país de bienes de exportación a sociedades de comercialización internacional siempre que vayan a ser efectivamente exportados.

"Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará la devolución oportuna de los impuestos sobre las ventas pagados en virtud de operaciones descritas en el presente artículo.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 636 de 1984 que en su artículo 2 reiteró el derecho al Certificado de Reembolso Tributario en el artículo 5 repite lo señalado en la Ley artículo cuarto referente al Certificado de Reembolso Tributario como instrumento de devolución de impuestos indirectos así:

"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".

"...Artículo 2o.- **Del derecho al Certificado de Reembolso Tributario.** Las exportaciones legal y efectivamente realizadas, el reingreso de las divisas correspondientes y la respectiva solicitud formalmente presentadas por el exportador originarán la obligación, a cargo del Banco de la República, de expedir y entregar al exportador los Certificados de Reembolso Tributario.

"...Artículo 5o.- **Del Certificado de Reembolso Tributario como instrumento de devolución del impuesto.** Mediante el certificado de Reembolso Tributario el Gobierno devolverá al exportador la totalidad o una porción de los impuestos indirectos, tasa y contribuciones que éste hubiere pagado y promoverá la actividad exportadora."

Escinde así la Ley dos aspectos inherentes del Certificado de Reembolso Tributario cuales son el CERT como estímulo a las exportaciones, y el CERT como instrumento de devolución de impuestos indirectos.

Los impuestos indirectos, en cuestión, son desde luego, diferentes al IVA, toda vez que para efectos de la devolución de las sumas pagadas por concepto de IVA por los exportadores contempla el Estatuto Tributario normas especiales de obligatoria aplicación.

El Estatuto Tributario dispone la exención del impuesto para los bienes corporales que se exporten (artículo 749 y 481), la no responsabilidad frente al impuesto para los comerciantes de bienes exentos (artículo 439) y la devolución de los saldos a favor que resulten en la declaración tributaria del responsable debido al exceso de los saldos débitos (impuestos descontables) sobre el valor de los créditos por pagar, cuando los impuestos pagados correspondan a insumos que tengan el carácter de costo de producción y venta de los bienes exportados y siempre que el exportador cumpla fielmente con las obligaciones del fondo y forma exigidos en la misma ley, so pena de perder el derecho al reconocimiento del descuento por el IVA pagado, y por ende a su devolución, aspecto estos que compete investigar y fiscalizar a la Administración tributaria por específica competencia que le asigna el Estatuto Tributario y no el Banco de la República.

A juicio de la Sala cuando el artículo 2 del Decreto 636 de 1984 menciona las exportaciones "efectivamente realizadas" se refiere a aquellos bienes que realmente salen del país mediante el sistema de exportaciones que para el efecto determinan las normas de comercio exterior. Los aspectos inherentes a los impuesto internos que puede generarse en cada una de las etapas de producción y comercialización de bienes producidos en el país y la responsabilidad tributaria por el cumplimiento o incumplimiento de quienes en tales etapas intervienen no restan aspecto legal a la exportación misma.

Eventualmente si el exportador o cualquiera de las personas que intervienen en el proceso productivo del bien exportado no cumplen con sus obligaciones tributarias es

a la Unidad Administrativa de Aduana e Impuestos Nacionales a quien corresponden ejercer su competencia con el objeto de lograr que se cumplan tales obligaciones impositivas formales o materiales y a tal efecto puede el Banco de la República suministrarle las informaciones acerca de los hechos irregulares que sobre la materia encuentre.

En consecuencia no puede el Banco de la República pretextando el incumplimiento oportuno de estas obligaciones impositivas internas, arrogarse una facultad que no le corresponde para ignorar el concepto de la entidad administradora del IVA acerca de la responsabilidad del exportador ante el tributo y negar el beneficio del CERT, desconociendo que el legislador al expedir la Ley 48 de 1983 que creó este beneficio fiscal en sustitución del Certificado de Ahorro Tributario (CAT), fijó como objetivo de su creación el de "promoción de exportaciones de bienes y servicios", su diversificación y el estímulo de la industria y sectores productores nacionales y no un instrumento de fiscalización de tributos internos. Por ello el artículo 3o. señala al CERT como un instrumento flexible de apoyo a las exportaciones, cuyos niveles debía fijar el Gobierno de acuerdo con los productos y condiciones de los mercados a que tales bienes se exporten.

A juicio de la Sala de valoración del acervo probatorio allegado al proceso: documento de exportación, las guías aéreas, factura de compra 9010, 1011, 9009 y 9008 del 22 de noviembre de 1990, las declaraciones juramentadas de la señora Rocío Mayorga, la matrícula mercantil de la actora en donde consta como parte de objeto social actividad de exportaciones, los contratos celebrados por los autores de los libros exportados, la constancia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional, permiten inferir que las exportaciones amparadas con los registro Nros. 5159, 5160, 5161 y 5162 de diciembre 7 de 1990, fueron reales.

En consecuencia, si el Banco de la República no formuló objeción distinta ni tachó, ni probó que tales documentos fueron falsos, no existía fundamento legal para no reconocer el beneficio del Certificado de Reembolso Tributario, como claramente lo expreso el *a-quo* en la decisión que ahora se confirma.

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 el 17 de junio de 1994 y el juicio 18143 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

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.

FACULTAD DE FISCALIZACION/DECLARACION DE RENTA/PRESUNCION DE LEGALIDAD

"Es lógico que dentro de un sistema de administración tributaria objetivo e inquisitivo como el colombiano, las oficinas de impuestos tengan la facultad de verificar la exactitud de las declaraciones tributarias presentadas, como con bastante amplitud lo consagra el artículo 30 de la mencionada Ley 52. Facultad que, como debe ocurrir en todas las actuaciones administrativas, en un régimen de derecho como el colombiano, se deben utilizar con imparcialidad y respeto por los derechos que la Ley otorga a los contribuyentes. En principio, pues, la declaración de rente y complementarios de la sociedad demandante estaba amparada por una presunción de veracidad, pero simplemente legal, que podía desvirtuarse por la administración tributaria con pruebas idóneas para el efecto, producidas en uso de las facultades de investigación otorgadas por la ley".

ACTA DE INSPECCION CONTABLE-Valor probatorio/**REQUERIMIENTO ESPECIAL**-Requisitos

"Para efectos tributarios, a las actas de inspección contables se les da valor probatorio en cuanto a los "datos", que se consideran fielmente tomados de los libros, si el contribuyente no expresa su disconformidad con ellos y la demuestra. Pero el valor propietario de las actas es en cuanto a los "datos", o hechos que se digan tomados de los libros, pero no se extiende a las afirmaciones que no tengan respaldo numérico o

documental contable, sin que sea de la competencia de los visitadores contables sacar conclusiones del carácter legal sobre los hechos establecidos. Como del acta no se dio traslado a la sociedad contribuyente, fijándole términos para expresar disconformidades, sino que únicamente se entregó copia de ella, debe entenderse que el traslado se surtió a través del requerimiento especial cosa legalmente posible dada la finalidad y el alcance legal de dichos requerimientos. Se tiene, de otra parte, que el Acta de Inspección por sí misma no produce efectos legales distintos de los probatorios, por lo que era un medio de prueba que podía ser utilizado por la sección de Auditoría Externa de la Administración, en cuanto lo estimara legalmente procedente, para producir el requerimiento especial, que debía contener "todos los puntos" que la Administración de Impuestos se proponía modificar, "con explicación de las razones en que se sustenta", como lo exige el artículo 45 de la Ley 52 de 1977".

CARGA DE LA PRUEBA/DECLARACION DE RENTA/PRESUNCION DE VERACIDAD

"En el caso de autos, debe partirse de la presunción de veracidad de las declaraciones de renta consagradas en el artículo 33 de la Ley 52 de 1977, presunción que se extiende a los datos informados en las adiciones a la declaración y en las respuestas a los requerimientos administrativos, pero con la advertencia que la presunción de veracidad es de alcance legal y no de derecho, como ya se expresó, vale decir, que no es absoluta sino que puede desvirtuarse, y que está condicionada al cumplimiento de las comprobaciones o requisitos adicionales exigidos por la Ley, para la aceptación de los declarado. En el artículo 33 se habla de que "no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija", expresión que, en cuanto se refiere a solicitud de comprobaciones, debe entenderse, como lo dice el Decreto 825 de 1978 en su artículo 22, que se trata de las comprobaciones previstas en la ley y no acompañada a las declaraciones, pues una interpretación o entendimiento distinto implicará aceptar que los funcionarios administrativos pueden a su arbitrio modificar las normas substanciales sobre requisitos y comprobaciones de las declaraciones tributarias".

PASIVO CON ACREEDOR DEL EXTERIOR/RETENCION EN LA FUENTE POR PATRIMONIO/PERSONA NATURAL NO RESIDENTE

"La obligación de las retenciones en la fuente por tratarse de pasivo externo no quedó debida y completamente investigada en la inspección contable, porque lo que tenía que indagarse era la residencia de los

acreedores, ya que, aun cuando el pasivo fuera externo, los créditos eran poseídos y gravables en Colombia, por tener domicilio en este país la sociedad deudora (Decreto 2053 de 1974, artículo 110 numeral 4), pero la retención sólo era obligatoria si los acreedores personas naturales extranjeras no tienen residencia en Colombia, aspecto que no fue investigado en la inspección".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Conjuez Ponente: *Héctor Julio Becerra.*

Referencia: Proceso No. 3441. Actor: Calincon Ltda. Nit. 90.501.033. Apelación sentencia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander del 16 de septiembre de 1990 impuesto sobre la renta de 1984 de la actora.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Impuesto y Aduanas Nacionales, contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander del 26 de septiembre de 1970, mediante el cual se resolvieron favorablemente las súplicas de la empresa de nulidad con restablecimiento del derecho adelantada por la sociedad Calincon Ltda., domiciliada en la ciudad de Cúcuta, con identificación tributaria No. 90.501.033, contra los aspectos administrativos de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, por medio de los cuales se determinó administrativamente el impuesto sobre la renta y adicionales de la sociedad actora por el año gravable de 1984.

En la sentencia objeto de la apelación se resolvió lo siguiente:

"**PRIMERO:** DECRETESE LA NULIDAD, en cuanto le es desfavorable al demandante, del requerimiento especial número 012 del 25 de septiembre de 1986, de la liquidación de revisión 072-484-001 del 23 de enero de 1987, de los autos 000013 y 000015 del 19 de marzo y del 22 de abril de 1987, y de la Resolución 000034 del 4 de agosto de 1987, mediante los cuáles la DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES, Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta - determinó a cargo de la sociedad "Calinton Ltda", Nit 90.501.033,el impuesto de renta, por el Sistema Extraordinario de comparación de patrimonios, por el año gravable de 1984 y se resolvió el recurso de reconsideración por la mencionada vigencia gravable de 1984.

"**SEGUNDO:** DECLARASE que la sociedad "CALINCON LTDA" no está obligada a pagar el impuesto determinado administrativamente en los actos acusados, y en su lugar PRACTIQUESE una nueva LIQUIDACION de acuerdo con la liquidación privada.

"**TERCERO:** ORDENASE a la ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES DE CUCUTA DEVOLVER a la sociedad "CALINCON LTDA", la suma que resultaren cubiertas en exceso una vez practicada la nueva liquidación de revisión ordenada en el artículo anterior."

Se han adelantado los trámites legales del recurso de apelación y no se encuentra ninguna causal de nulidad que impida resolver el mencionado recurso.

ANTECEDENTES

La sociedad Calincon Ltda. presentó su declaración de renta y complementario de 1984 en la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, el día 26 de abril de 1984, radicación No. 000110-512 DIN CUCUTA.

Previa inspección de los libros de contabilidad de la sociedad, ordenada con el supuesto de que la demandante no había presentado declaración de renta, se produjo el requerimiento especial No. 012 del 25 de septiembre de 1986, en el que se anunciaba el propósito de modificar la liquidación privada de la sociedad en los siguientes aspecto: 1) Desconocer los pasivos patrimoniales a favor de acreedores extranjeros por valor de $18.919.950, por falta de retención en la fuente del impuesto patrimonial y, como consecuencia, establecer una diferencia patrimonial de $18.947.472 que debía explicarse; 2) Desconocer deducciones por valor de $385.065, correspondiente a ajustes de obligaciones en Upac, por falta de respectiva certificación. Así quedaron concretadas, al tenor del artículo 42 de la Ley 52 de 1977, las observaciones a la declaración de renta y complementarios y liquidación privada de la sociedad contribuyente.

Con la contestación al requerimiento especial presentada con fecha 24 de diciembre de 1986 (cuaderno antecedentes folios 83 y 84), la sociedad presentó una certificación de la Corporación Colombiana de Ahorros y Vivienda "Davivienda", sobre los ajustes de las obligaciones en Upac; y acompañó recibos que acreditaban en pago de las retenciones en la fuente de los impuestos patrimoniales, por un valor de $203.718.oo, cifra que incluía el impuesto y los intereses moratorios y expreso que la diferencia o aumento patrimonial de explicaba con los pasivos patrimoniales de $18.911.950 desconocidos por falta de retenciones en la fuente y en $35.522 con parte de la renta líquida capitalizada.

La Sección de Auditoría Externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta consideró que a contestación al requerimiento especial no resultaba satisfactoria en cuanto a la explicación del aumento patrimonial en 1984, porque las retenciones patrimoniales eran obligatoria por tratarse de acreedores personas naturales extranjeras residentes en el exterior, y que debía demostrarse que la consignación de las retenciones se había hecho antes del vencimiento del plazo para declarar, con estas observación es se practicó una liquidación oficial de revisión en la que se estableció una

renta líquida por comparación patrimonial de $18.947.532, sobre la cual se liquidó un impuesto de renta de $3.410.556. la liquidación esta distinguida con el número de proceso 072484-001 y tiene como fecha el 23 de enero de 1987. Como fundamentos legales se invocaron los artículos 91 del Decreto 187/75, 74 del Decreto 2053/74, 14 y 15 del Decreto 3803/82, 20 del Decreto 398/93 y 124 numeral 3o. del Decreto 2053/74. (Cuaderno de antecedentes folio 53).

La sociedad demandante interpuso, con fecha 18 de marzo de 1987, recurso de reconsideración contra la liquidación oficial practicada con los siguientes fundamentos: El desconocimiento del pasivo patrimonial por valor de $18.919.950, que originó la determinación de la renta por comparación patrimonial, resulta improcedente por que la sociedad cumplió, en relación con dicho pasivo, los requisitos previstos en el articulo 124 del Decreto 2053 de 1974, que no existía la obligación de efectuar retención de impuestos en la fuente, porque el hecho de tener nit implicaba que los acreedores estaban obligados a declarar en el país; que la sociedad había informado en la declaración los nombre y nits de los acreedores, informe con el que la administración de impuestos podía investigar a los acreedores para que cumpliera la obligación de declarar en Colombia, o practicarles liquidación de aforo. Expresó también que el pasivo desconocido por 1984 existía desde 1982 y había sido relacionado en las declaraciones de este año y de 1983 que se presentaban, años en los cuáles el pasivo había quedado aceptado, al quedar en firme las liquidación es privadas; y que si el pasivo pudiera desconocerse por falta de retención en la fuente, la consecuencia era efectuar el patrimonio social distribuible en los socios, para liquidar en cabeza de estos el correspondiente gravamen patrimonial.

El recurso de reconsideración que interpuso fue fallado desfavorablemente, con confirmación de la liquidación recurrida, en la resolución No. 000034 del 4 de agosto de 1987, con los siguientes argumentos: Que los años y denuncios rentisticos son independientes, por lo que no viene al caso considerar la existencia del pasivo en años anteriores; que la sociedad no aporta prueba alguna de la cual se desprende que el pasivo rechazado no sea externo, a favor de personas naturales extranjeras residentes en el exterior, y que el contribuyente no cumplió el requisito de retener y consignar el impuesto de patrimonio dentro del plazo que tenía para presentar la declaración de renta.

Contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta de la sociedad demandante por el año gravable de 1984, se interpuso acción de nulidad con restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con el resultado ya consignado.

En la demanda y en el alegato de conclusión del demandante se reitera las tesis sustentadas en el recurso administrativo de reconsideración, con ampliaciones en cuanto a la utilización del sistema excepcional de determinación de la renta por

comparación de patrimonios, consagrado en el artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974, que se estima improcedente y mal aplicado al caso, al no registrarse un aumento que implique un enriquecimiento, por cuanto se estableció con desconocimiento de deudas que existían desde 1983, a favor de extranjeros residentes en Cúcuta, por lo que no exigían retención de impuestos en la fuente, sin que la Administración de Impuestos Nacionales hubiera demostrado que se tratara de residentes en el exterior. Sobre el aspecto provatorio se destaca que el alegato de conclusión que la asignación de nit en Colombia a los acreedores era demostración de que se trataba de extranjeros residentes en este país, sin que se hubiera presentado prueba en contrario, ni en la etapa administrativa, ni al contestar la demanda ante el tribunal. Igualmente se reitera que las deudas desconocidas por 1984 eran las mismas de 1983 y años anteriores, ejercicios que fueron aceptadas, lo que hacia improcedente la determinación de la renta de 1984 por comparación patrimonial.

Por su parte, los representantes de la Nación, funcionarios de la Administración de Impuestos de Cúcuta, sostienen que la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión: que al practicarse una inspección contable ordenada por la Administración de Impuestos, la sociedad demandante no presentó los comprobantes que respaldaran los registros contables de los pasivos a favor de los acreedores extranjeros, como lo exige el articulo 13 del Decreto 3803 de 1982, por lo que de conformidad con los artículos 14 y 15 de dicho Decreto, tenía la obligación de comprobar que los acreedores habían declarado sus créditos con los respectivos rendimientos, o de acreditar plenamente la asistencia de las deudas. Se dice también que la sociedad no consigno oportunamente, dentro del término que tenia para presentar su declaración de renta de 1984, la retención en la fuente del impuesto patrimonial correspondiente a acreedores extranjeros personas naturales sin residencia en el país, como lo exige los artículos 124, numeral 3, de Decreto 2053 de 1974, 68 del Decreto 3803 de 1982 y 20 del Decreto 398 de 1983, por lo que el pasivo patrimonial debe ser desconocido. En cuanto a la determinación de la renta por comparación patrimonial, se expresa que al desconocerse el pasivo por el año de 1984, surge un aumento patrimonial que debe tomarse como renta al no haberse demostrado las causas justificativas del incremento del patrimonio, según lo establecido en el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander atendió favorablemente las peticiones de la demanda, según el texto ya transcrito de la parte decisoria de la sentencia, con resaldo en los siguientes argumentos:

1) Para el Tribunal "el punto esencial de controversia es dilucidar si efectivamente las personas naturales citadas por Calincon Ltda., como acreedores de la Sociedad y que fueron relacionadas por la sección de auditoría externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta en el Requerimiento Especial número 12 que aparece a folio 55 cuaderno de pruebas, son naturales extranjeros residentes en el exterior como lo señala la entidad demandada, o contrariamente le asiste la razón al actor". Y al

respecto se considera en la sentencia apelada que "no aparece procesalmente demostrado que la Administración de Impuestos Nacionales hubiere agotado todas las posibilidades probatorias que estaban a su alcance, para verificar si efectivamente se trataba de Naturales Extranjeros Residentes en le Exterior, o se hubiere realizado transacciones en moneda extranjera".

2) Se considera también, en acuerdo con el concepto del fiscal que, al tenor del articulo 177 del C. de P.C., "que obliga a las partes a probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico perseguido, constituía una carga procesal para la Administración de Impuestos demostrar esa circunstancia; además de lo anterior, la entidad demandada no desvirtúa la relación de acreedores con sus respectivos números de identificación tributaria que aparece al folio 20 con certificación de contador matriculado y cuya declaración en ningún momento fue tachada como falsa".

3) Luego se hace referencia a los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977, con la observación de que se invocaron en la demanda sin que el concepto de la violación se hubieran confrontado debidamente con la actuación demandada, para concluir que "en el caso *sub-judice*, se tiene que la Administración procedió a practicar una liquidación por el sistema especial de comparación de patrimonios, motivada por el hecho de no haber pagado oportunamente el contribuyente retención sobre los pasivos de los acreedores extranjeros en el exterior, sin que la Administración hubiera probado suficientemente que los acreedores extranjeros residentes en el exterior o que los créditos contraídos por la sociedad se hubiera realizado en el exterior"; que la Administración transgredió con su actuación lo dispuesto en el literal a) del artículo 30 de la mencionada Ley 52, (en cuanto a que la investigación realizada no verificó la exactitud de los antecedentes tributarios de la sociedad actora"; que además se impuso un tributo que no le correspondía a Calincon Ltda., con violación del espíritu de justicia exigido por el articulo 31 de la misma ley que se infringió el articulo 32 de la citada ley, que exige que "la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hecho que aparezca demostrado en el respectivo expediente, por los medios que prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquéllos..."

4) Se dice finalmente, que conforme al artículo 62 del Decreto Ley 1651 de 1961, las dudas provenientes de vacios probatorios deberán resolverse a favor del contribuyente.

Con estos fundamentos se decidieron las peticiones de la demanda, con dos salvamentos de voto y la actuación de un conjuez.

LOS ALEGATOS EN EL TRAMITE DE LA APELACION

En la sustentación del recurso de apelación y en el alegato de conclusión, los representantes de la Nación consideran infundados los fundamentos de la sentencia de

primera instancia apelada, en cuanto a los aspectos probatorios relativos a carga de la prueba y en cuanto a la violación de los artículos 30,31, 32 de la Ley 52 de 1977, partiendo de dos premisas: La presunción de veracidad de las declaraciones de renta y la prueba directa de la inspección contable.

Consideran que en desarrollo de la función fiscalizadora otorgada por el articulo 38 de la Constitución Nacional (anterior a la de 1991) y por el artículo 30 de la Ley 52 de 1977, la Administración de Impuestos ordenó una inspección contable en la cual se estableció que tanto el pasivo de 1983 como el de 1984 carecían de respaldo en documentos idóneos y que la sociedad contribuyente no había efectuado retención en la fuente del impuesto patrimonial correspondiente a los acreedores extranjeros, con la cual quedó desvirtuada la veracidad de la declaración en cuanto a las deudas declaradas. Que en estas circunstancias la carga a probar el pasivo declarado correspondía al contribuyente, según lo previsto en los artículos 13 y 14 del Decreto 3803 de 1982. Y que además tenia que probar que, dentro del término que tenía para presentar la declaración de renta, había consignado la retención en la fuente exigida por el numeral 3 de artículo 124 del Decreto 2053 de 1974.

Expresan también los mencionados representantes que la sociedad demandante no presentó pruebas idóneas para demostrar la existencia del pasivo de 1984 y que los comprobantes acompañados a la contestación del requerimiento especial para acreditar las retenciones en la fuente, mostraban una consignación extemporánea, porque se había efectuado ya vencido el término que tenia para presentar su declaración de renta.

Estiman, con estos planteamientos, que no se registró ninguna deficiencia investigativa, ni se configuró ninguna duda probatoria que hiciera procedente aplicar el artículo 62 del Decreto 1651 de 1961, como se dijo por el Tribunal. Y que fue legalmente fundado el desconocimiento del pasivo patrimonial correspondiente a acreedores extranjeros.

En cuanto a la comparación patrimonial, consideran que al desconocerse el pasivo por valor $18.919.950, surge en el año de 1984 un aumento patrimonial que debe tomarse como renta, por virtud del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y del 91 del Decreto 187 de 1975.

Los apoderados de la sociedad demandante, por su parte, sustenta lo resuelto en la sentencia del Tribunal, para lo cual se remiten a lo expresado en la demanda y en el alegato de conclusión de la primera instancia. Reiteran que la Administración de Impuestos no probó que los acreedores fueran extranjeros residentes en el exterior, suposición que era improcedente al tratarse personas con NIT expedido en Colombia e informado en la declaración de renta, lo que permitía concluir que se trataba de extranjeros residentes en Colombia.

Dicen que la situación jurídica planteada ante el Tribunal fue adecuadamente resuelta "porque si la Administración de Impuestos Nacionales rechazó el pago de

retención del pasivo en el exterior por haberse realizado de manera inoportuna, es circunstancia que no tiene respaldo fáctico toda vez que la sociedad Calincon Ltda., pagó el valor del pasivo (sic) según consta en el certificado de retención de fecha 16 de julio de 1986 por un valor de DOSCIENTOS TRES MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (203.718.oo) M/Cte., a más de aparecer el recibo oficial de pago No 4924223, de igual fecha, que como prueba documental eficaz milita en autos". - "Porque si la administración aduce infracción del art. 124 del Decreto 2053 de 1974, referido a aquellos eventos en que los acreedores sean personas naturales extranjeras residentes, en el exterior, a más de la glosa efectuada anteriormente en cuanto a la falta de imputación probatoria al contribuyente, constituye una afirmación indefinida que, a la luz del art. 177 del C. de P.C., se encuentra eximida de carga demostrativa para el particular haciendo que, de contera, quede en cabeza de la Administración, como adecuadamente lo advirtió e H. Tribunal".- "Porque si la Administración procedió, absurdamente, a practicar una liquidación por el sistema especial de comparación de patrimonios, fundada ilegalmente en el hecho de que el contribuyente no procedió a pagar oportunamente la retención sobre los pasivos de los acreedores extranjeros residentes en el exterior sin lograr probar suficientemente que estos residían en el exterior o que los créditos contraidos por la sociedad CALINCON LIMITADA se hubieran realizado, igualmente, en el exterior, a más de los comentarios realizados en los dos (2) numerales anteriores, el H. Tribunal, igualmente siguiendo el criterio esbozado por el señor Fiscal, dió aplicación al articulo 62 del Decreto 1651 de 1961 por razón del cual los vacios **probatorios deben ser resueltos a favor del contribuyente**" (subrayas del texto).

Se pide, finalmente, la confirmación de la sentencia impugnada "fundada en dos (2) postulados cardinales: -"1. -Porque la presunción de veracidad que ampara la declaración de renta y complementarios no fue desvirtuada mediante prueba eficaz". - "2. -Porque, no obstante la ausencia de una adecuada imputación en le requerimiento especial, correspondía a la Administración probar en contrario, circunstancia que, a la postre, resultó insatisfecha en la actuación administrativa y en la judicial."

El Procurador Sexto Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado solicita en su concepto confirmar la sentencia apelada, con base en la siguientes consideraciones:

"Considera, entonces el Despacho, que si el pasivo fue declarado con observancia en los requisitos formales propios de las deudas contraidas con nacionales y en moneda nacional, como la contribuyente ha insistido en demostrarlo, a la Administración correspondía la carga de la prueba para recharzarlos, es decir, indicar por algún medio que en realidad los acreedores son extranjeros que residen en el exterior y que sus acreencias son igualmente en moneda extranjera, para, sobre esa aseveración y pruebas, basar la exigencia hecha a la contribuyente de acreditar el pago de acuerdo con lo previsto en el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974.

"Saltan a la vista imprecisiones de tipo probatorio que hace que este despacho adhiera al criterio expuesto en la sentencia apelada, en cuanto argumenta que la liquidación de la renta por el sistema especial de comparación patrimonial debió estar fundamentada en razones suficientes, que dejaran duda acerca de la evidencias de las causas que motivaron el rechazo de los pasivos, de tal manera que la determinación del mayor valor de la carga tributaria, además de consultar una recta aplicación de la leyes que la consagran, no represente más de aquello con lo que legalmente la sociedad actora debe contribuir a la Nación.

"Si el sistema especial de determinación de la renta por comparación patrimonial busca controlar y sancionar la evasión al impuesto, creemos que su aplicación en este caso por las razones anotadas, no es conducente, menos aún, si se observa que con anterioridad al envío del requerimiento especial, la contribuyente satisfizo la exigencia de la Administración de cancelar en sus oficinas el valor de la retención, no obstante haber informado y demostrado en su declaración de renta la existencia de los pasivos a 31 de diciembre de 1984 contraídos con personas naturales y en moneda nacional.

"De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, para el reconocimiento de las deudas queda claro, entonces, que la Administración no adujo en contra de la actora falta de documentos contables que le sirvieran de respaldo a los pasos declarados, y si en cambio, por virtud de una manera de afirmación, ordenó anexar una comprobación especial que, en nuestro sentir, no venía al caso, precisamente por no encontrar demostrado dentro del proceso que se trataba de pasivos contraídos con extranjeros, residentes afuera del país, o que se trataba de acreedores inexistentes..."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El análisis de la controversia planteada por la apelación de la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se puede hacer alrededor de los siguientes temas: veracidad de las declaraciones de renta, alcance probatorio de las inspecciones contables, carga de prueba y sistema extraordinario de determinación de la renta por comparación de patrimonios.

1) Presunción de veracidad de las declaraciones de renta

Este punto no se trata expresamente en la sentencia recurrida, pero está implícito en ella cuando se afirma que la Administración de Impuestos no agotó todas las posibilidades probatoria que estaban a su alcance y que le correspondía la carga de mostrar que los acreedores eran residentes en el exterior.

En cambio, los representante de la Nación y los apoderados de la demandante la consideran premisa básica, como efectivamente lo es, por lo que debe ser analizada como punto de partida de la controversia si a los contribuyentes se les exige la

presentación de declaraciones tributarias, como documentos probatorios básico para la determinación de obligaciones tributarias, es apenas lógico que las declaraciones presentadas se tengan como veraces, mientras los informes que contienen no sean desvirtuados. Y así lo consagró expresamente el artículo 33 de la Ley 52 de 1977, aplicable al año gravable de 1984 y que continúa vigente con artículo 746 del Estatuto Tributario. El texto de dicho artículo 33 es el siguiente:

> "Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las audiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, cuando no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija".

Pero también es lógico que dentro de un sistema de Administración Tributaria objetivo e inquisitivo como el colombiano, las oficinas de impuesto tengan la facultad de verificar la exactitud de las declaraciones tributarias presentadas, como con bastante amplitud lo consagra el articulo 30 de la mencionada Ley 52. Facultades que, como debe ocurrir en todas las actuaciones administrativas, en un régimen de derecho como el colombiano, se deben utilizar con imparcialidad y respeto por los derechos que la ley otorga a los contribuyentes, para que, como lo indica el referido artículo 30 en su literal d), se efectúe una "correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación".

En principio, pues, la declaración de renta y complementarios de la sociedad demandante esta amparada por una presunción de veracidad, pero simplemente legal, que podía desvirtuarse por la Administración Tributaria con pruebas idóneas para el efecto, producidas en uso de las facultades de investigación otorgadas por la ley.

2) Alcance probatorio de las inspecciones contables

Sentado lo relativo a la presunción de veracidad de las declaraciones, debe analizarse la situación probatoria creada por la inspección contable por la Sección de Auditoría Externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, mediante auto comisorio No. 21 del 6 de marzo de 1986 (antecedentes, folio 59).

El Tribunal Administrativo considera, de manera general, que las investigaciones adelantadas por la Administración de Impuestos fueron incompletas. Y los representantes de la Nación consideran que la inspección contable practicada es prueba fundamental que desvirtuó la veracidad de la declaración y que en ella se sustentaron las actuaciones administrativas de determinación del impuesto.

Ahora bien, los libros de contabilidad han sido tradicionalmente prueba de primordial importancia en los procesos de determinación de las obligaciones tributarias, hasta el punto que el artículo 78 del Decreto Legislativo 1651 de 1961 (actualmente

artículo 775 del Estatuto Tributario) estableció que "cuando haya desacuerdo entre la declaración de renta y patrimonio y los asientos de contabilidad de un mismo contribuyente, prevalecen estos." Y la prueba contable puede realizarse por la Administración tributaria como por los contribuyentes, y estos pueden invocar los libros como prueba a su favor, siempre que se lleven en debida forma (Decreto Legislativo 3803 de 1982, artículo 15 Estatuto Tributario artículo 772).

De otra parte, la Administración de Impuestos tenía la facultad de ordenar la inspección contable, tanto en el desarrollo del artículo 38 de la Constitución (anterior a la reforma de 1991), como lo advierten los representantes de la Nación, como según lo previsto en el artículo 30 como en el 37 de la Ley 52 de 1977, sin que sobre observar que la inspección de los libros de Calincon Ltda. ordenada por la administración de impuestos tiene valor probatorio, aunque se hubiera solicitado por el coordinador de la visitaduria del recaudo, con el equivocado supuesto que la sociedad no había presentado declaración de renta por los años gravables de 1983 y 1984 (Antecedentes folios 57 y 58), porque las inspecciones contable se pueden decretar "para verificar la exactitud de las declaraciones o para establecer la existencia de hechos gravables declarados o no" (texto parcial del artículo 37 de la Ley 52 de 1977).

Es el caso de analizar entonces e resultado de la inspección contable, consignada en acta que se cerró y firmó por el funcionario comisionado y por el representante legal de la sociedad, el día 25 de marzo de 1986.

En dicha acta se especifican los libros de contabilidad que se examinaron, se transcriben los balances generales tanto de 1983 como de 1984 y se expresa que "Se analizaron los libros de contabilidad, registrados por la firmá Calincon Ltda., así como los libros auxiliares los cuáles se encontraron correctos". Luego se da cuenta del análisis de las declaraciones de renta de 1983 y de 1984, presentadas al visitador contable en copias con sello de recibo y se hace las siguientes glosas en cuanto al pasivo patrimonial de cada uno de los dichos años: "se rechaza (sic) los pasivos, que a continuación se relacionan, por cuanto no existen documentos, comprobante y certificaciones que respalden los pasivos solicitados. Además no se da cumplimiento, a lo dispuesto en el numeral tercero, del articulo 124 del Decreto 2053 de 1974". El pasivo glosado por 1983 fue de $19.159.518, cifra que se discrimina con nombres y NIT de los acreedores. E igual glosa y discriminación se hace el pasivo patrimonial de 1984, año por el cual se rechazan $18.919.950, pudiesen observar que los acreedores son los mismos que en los dos ejercicios, con pequeña modificación en sólo uno de ellos.

En el acta no se expresa cual es el fundamento de hecho contable que se tuvo para hacer la glosa sobre incumplimiento de requisitos de la retención del impuesto en la fuente, exigido por el numeral 3o. del artículo 124 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, para los créditos de personas naturales extranjeras, residentes en el exterior, o sucesión ilíquidas de causantes extranjeros, no residentes en Colombia, en el momento de su

muerte". Pero se hace referencia a los análisis de la cuenta acreedores varios, hoja 7 y 9, anexos al acta, en los cuáles se habla de "pasivos en el exterior", sin indicar el sustento de esta afirmación.

Se tiene entonces lo siguiente sobre el alcance progatorio del Acta de Inspección contable y sobre los hecho que se pueden tener por contablemente establecidos:

El articulo 92 del Decreto Legislativo 1651 de 1961, en su inciso dos (Incorporado al Estatuto Tributario como artículo 782), establece que "se considera que los datos consignados en el acta de inspección contable están fielmente tomados de los libros, salvo que el contribuyente demuestre si disconformidad". De otra parte, en el articulo 91 del referido Decreto., 1651 se establece que "del acta de inspección contable y de las observaciones que oficialmente se formulen con base en ella deberá darse traslado al contribuyente por un término hasta de un mes, para que presente los descargos y anotaciones que tenga a bien".

Es decir, que, para efectos tributarios, a las actas de inspección contable se les da valor probatorio en cuanto a los "datos", que se consideran finalmente tomados de los libros, si el contribuyente no expresa su disconformidad con ellos y la demuestra. Pero el valor probatorio de las actas es en cuanto a los "datos" o hechos que se digan tomados de los libros, pero no se extiende a las afirmaciones que no tengan respaldo numérico o documental contable, sin que sea de la competencia de los visitadores contables sacar conclusiones carácter legal sobre los hechos establecidos.

Se observa también que del acta no se dio traslado a la sociedad contribuyente, fijándole término para expresar disconformidades, sino que únicamente se entregó copia de ella, por lo que de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado debe entenderse que el traslado se surtió a través del requerimiento especial, cosa legalmente posible, dada la finalidad y alcance legal de dichos requerimientos.

Con base en el acta se podía, en consecuencia, dar por establecido que los pasivos patrimoniales en ella discriminados, correspondientes tanto a 1983 como a 1984, carecían de soporte contable, por le que podían desconocerse, al tenor de los artículos 13 y 14 del Decreto 3803 de 1982, si al contestar el requerimiento especial, mediante el cual se dio traslado legal del Acta, no se desvirtuaba la inexistencia de comprobantes contables de soporte en las deudas glosadas.

Por otro aspecto, del acta no surge el respaldo contable de la afirmación hecha en los anexos sobre que el pasivo glosado fuera externo. Pero aun aceptando esto, lo realmente importante para la exigencia de las retenciones en la fuente del impuesto patrimonial era que los acreedores fueran personas naturales extranjeras sin residencia en el país. Esta era una conclusión implícita en la observación sobre la falta de retención en la fuente, pero en el acta no se dice nada sobre la residencia de los acreedores.

Existía el indicio de que los acreedores eran personas naturales extranjeras, dados los números de identificación tributaria de los acreedores, que corresponden a series asignadas a la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta para menores de edad y extranjeros, pero la expedición del nit era también indicio de que podía tratarse de extranjeros residentes en Colombia y no en el exterior. Del Acta de Inspección Contable no surgía, en consecuencia, prueba suficiente para la existencia de la retención en la fuente a los acreedores, presuntamente extranjeros residentes en Colombia.

Se tiene, de otra parte, que el Acta de Inspección por si misma no produce efectos legales distintos de los probatorios, por lo que era un medio de prueba que podía ser utilizado por la Sección de Auditoría Externa de la Administración, en cuanto lo estimara legalmente procedente, para producir el requerimiento especial, que debía contener "todos los puntos" que la Administración de Impuestos se proponía modificar "con explicación de las razones en que se sustenta", como lo exige el artículo 45 de la Ley 52 de 1977. Y ocurre que en el requerimiento especial No. 012 de 25 de septiembre de 1986 enviado a la sociedad demandante (antecedente folios 54 a 56), el jefe de auditoría externa menciona, en relación con el pasivo glosado en el acta, el aspecto relativo a la retención en la fuente, en los siguientes términos: "no se acepta como pasivo la suma de $18.919.950, por no haber cumplido requisitos establecidos en la ley como Retención en la Fuente". Y posteriormente, al referirse a la corporación patrimonial, se expresa: "La sociedad no cumplió requisitos tan indispensables como hacer la retención en la fuente por pasivos en el exterior, para reconocimiento de deudas como lo establece el art. 124 del D.L.2053/74, art. 26 D.L. 398/83 y Ley 9/83". Se observa que al referirse inicialmente al desconocimiento de las deudas, en el memorando explicativo del requerimiento se cita los artículos 1o. del Decreto 1495 de 1978 y 14 del Decreto 3803 de 1983, que se refieren a los comprobantes de soporte de los registros contables, pero no se hace ninguna aplicación de esta norma al caso del requerimiento, con "explicación de las razones en que se sustenta", como lo exige el artículo 45 de la Ley 52 de 1977. Por lo que, en cuanto a los requisitos de las deudas, el requerimiento sólo dejo en pie la glosa relativa a la retención que, según lo ya analizado no encuentra sustento probatorio en el Acta de Inspección, porque de esta no surge la residencia en el exterior de los acreedores, presuntamente personas naturales extranjeras, si no, por el contrario, el indicio de su posible residencia en Colombia, por la expedición de un NIT por parte de la administración de Cúcuta, como se haya alegado por los apoderados de la sociedad demandante.

4. La carga de la prueba

En la sentencia apelada se considera, como el punto esencial, que la Administración de Impuestos Nacionales no comprobó que las deudas desconocidas correspondieran a personas naturales extranjeras residentes en el exterior. Y se estima también que, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., la carga de la prueba correspondía a la Administración.

La misma tesis esta sustentada tanto en la demanda como en los alegatos de los apoderados de la sociedad demandante.

Y el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo la prohija, partiendo de la premisa que la sociedad contribuyente relacionó en su declaración el pasivo con los requisitos correspondientes a las deudas nacionales en moneda nacional y acreditó la retención de impuestos en la fuente, por lo que la Administración tenía que demostrar que se trataba de acreedores extranjeros residentes en el exterior.

Para analizar el tema de la carga de la prueba, en el caso de los autos, debe partirse de la presunción de veracidad de las declaraciones de renta consagrada, como ya se dijo, en el artículo 33 de la Ley 52 de 1977, presunción que se extiende a los datos informados en las adiciones a la declaración y en las respuestas a los requerimientos administrativos, pero con la advertencia que la presunción de veracidad es de alcance legal y de derecho, como ya se expreso, vale decir, que no es absoluta si no que puede desvirtuarse, y que esta condicionada al cumplimiento de las comprobaciones o requisitos adicionales exigidos por la ley, para la aceptación de lo declarado.

En el artículo 33 que se comenta se habla de que "no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija", expresión que, en cuanto se refiere a solicitud de comprobaciones, debe entenderse, como lo dice el Decreto 825 de 1978 en su articulo 22, que se trata de las comprobaciones previstas en la ley y no acompañadas a las declaraciones, pues una interpretación o entendimiento distinto aplicaría aceptar que los funcionarios administrativos pueden a su arbitrio modificar las normas substanciales sobre requisitos y comprobaciones de las declaraciones tributarias.

Ahora bien, para apartarse de los datos declarados en legal forma, el funcionario de impuestos debe producir u obtener pruebas idóneas con valor suficiente para desvirtuar los hechos y cifras contenidos en las declaraciones, o sea, que la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de la veracidad de las declaraciones tributarias corresponde a la administración tributaria, que es lo consagrado en el artículo 32 de la Ley 52 de 1977 en la siguiente forma:

> "La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en la leyes tributarias o en el código de procedimiento civil, en cuanto estos sean compatibles con ellos.
>
> "Su idoneidad depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de provarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la Sala Crítica".

Y desvirtuada la veracidad de la declaración con pruebas idóneas, se traslada al contribuyente la carga de contradecir provatoriamente los hechos establecidos por la Administración Tributaria a través de las investigaciones oficiales adelantadas.

Es decir, que de lo establecido en los artículos 30, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977 surge un sistema de carga de la prueba que corresponde al del artículo 177 del C.P.C. citado en la sentencia del Tribunal.

En el caso de autos se tiene que, como ya fue analizado, la inspección contable desvirtuaba la veracidad de la declaración en cuanto a la existencia de las deudas glosadas, al carecer de soporte idóneo de carácter contable. Sin embargo, en este aspecto, las conclusiones del Acta de Inspección no fueron acogidas en el requerimiento especial, co no legalmente tenían que haberlo sido. En cambio, la conclusión sobre la obligación de las retenciones en la fuente por tratarse de pasivo externo, no quedo debida y completamente investigada en la inspección contable, por que lo que tenía que indagarse era la residencia de los acreedores, ya que, aún cuando el pasivo fuera externo, los créditos eran poseídos y gravados en Colombia, por tener domicilios en este país la sociedad deudora (Decreto 2053 de 1974, artículo 110 numeral 4), pero la retención sólo era obligatoria si los acreedores personas naturales extranjeras no tenían residencia en Colombia, aspecto que no fue investigado, resulta, pues, fundada la sentencia recurrida en cuanto afirma que la Administración de Impuestos no hizo tal demostración y que tenía la carga de probarla, por lo que quedo en pie la veracidad de la declaración en cuanto relacionó las deudas como de acreedores residentes en Colombia, al identificarlos con nits expedidos por la Administración de Impuestos de Cúcuta, según lo observó el procurador delegado en su concepto fiscal acogido por el Tribunal, aspecto probatorio que también fue sustentado por los apoderados de la sociedad demandante.

No sobra advertir que la extemporaneidad de la consignación de las retenciones efectuadas por la sociedad contribuyente, alegada con razón por los representantes de la Nación, carece de efectos legales para la materia controvertida, por no ser obligatoria tal retención, según acaba de expresarse.

5) Sistema extraordinario de determinación de la renta por comparación de patrimonios.

Se trata de un sistema excepcional para la determinación de la renta, pues el sistema ordinario que rige en Colombia es el de determinación directa y objetiva de las rentas realmente percibidas, tradicionalmente consagrado en las normas dictadas a partir de la Ley 56 de 1918 y que, para el año gravable de 1984 estaba consagrado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, incorporado en el Estatuto Tributario como artículo 26.

De otra parte, el sistema de las comparaciones patrimoniales corresponde a un procedimiento probatorio basado en el indicio que se utiliza para establecer una presunción: se presume que cuando el monto de la renta declarada es inferior a la diferencia del patrimonio líquido del año gravable con el del año inmediatamente anterior, puede existir una omisión o un ocultamente de renta, por lo que si no existen causas o explicaciones justificativas del crecimiento patrimonial éste se toma como renta.

Esto es, en forma general, lo que con especificación de los factores en juego establece el articulo 74 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, en los siguientes términos: "cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio liquido del último período gravable y el patrimonio líquido inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificadas".

Pero por tratarse de una presunción basada en indicios no necesarios, en la misma ley se prevén ajustes previos tanto en la renta como en los patrimonios comparados, para evitar que la presunción lleve a conclusiones equivocadas, porque no se trata de un sistema establecido para configurar rentas inexistentes o artificiales, si no de un procedimiento de control de la utilidades efectivamente obtenidas y capacitadas, sin que se declaren como renta. Por esto la norma tributaria expresamente contempla la posibilidad general de desvirtuar la presunción de que el aumento patrimonial corresponda a la capitalización de rentas obtenidas y no declaradas, mediante la demostración de causas justificativas; causas que obviamente deben analizarse sin perder de vista la naturaleza del sistema y sus fundamentos probatorios, basados en el indicio de que el incremento patrimonial pueda revelar y corresponder a rentas no declaradas.

En el caso controvertido resulta bastante claro que, inmediatamente de que las deudas glosadas por el año de 1984 sean o no legalmente aceptables para determinación del patrimonio líquido fiscal, no puede efectuarse una comparación patrimonial sobre la base excluir el pasivo del patrimonio de 1984 y no hacerlo en el de 1983, tratándose de los mismos acreedores, pues evidente que en esta forma se esta configurando artificialmente un incremento patrimonial y creando una renta inexistente, sin que se pueda pensar racionalmente que el aumento de patrimonio en 1984, así establecido, pueda corresponder a rentas realmente obtenidas y capitalizadas sin declararse. En este caso la explicación o la causa justificativa del aumento patrimonial está, como se dijo en la demanda, e el desconocimiento por 1984 de deudas que son las mismas declaradas por 1983, con una mínima diferencia que no invalida en los resultados finales, como surgen en los anexos de las declaraciones de los dos ejercicios comparados y de los análisis del acta de la inspección contable, por lo que la renta establecida por una comparación patrimonial en tal forma concebida, no corresponde a una recta interpretación del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974.

La sentencia recurrida resulta, pues, fundada en cuanto considera, el acuerdo con el concepto fiscal y con las peticiones y la demanda, en el caso de autos resulta improcedente la determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial.

Las consideraciones consignadas llevan a confirmar las conclusiones de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, con las siguientes modificaciones en los numerales de la parte resolutiva del fallo.

1) En el numeral primero se anula únicamente la liquidación oficial de revisión y la resolución que fallo el recurso administrativo de reconsideración, que son los actos que concretan la determinación de la obligación tributaria prescindiendo de los actos de trámite.

2) Por tratarse de una acción de restablecimiento del derecho, lo indicado, en este caso, es confirmar, en el numeral segundo, la liquidación privada de la sociedad demandante, y no ordenar que practique "una nueva liquidación de acuerdo con la liquidación privada".

3) No resulta legalmente procedente ordenar en abstracto que efectúen devoluciones no concretadas en la demanda, ni sustentadas con comprobación de pagos, siendo de advertir que la eventual devolución de retención en la fuente no es procedente en un procesos adelantado sobre el impuesto de renta de la sociedad demandante.

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, oído el concepto del procurador sexto delegado y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmese la sentencia de primera instancia apelada, mordificando la parte resolutiva, que queda así:

Primero: Anúlanse la liquidación oficial de revisión No. 072484-001 del 23 de enero de 1987 practicada por la sección de liquidación de la Administración de Impuesto Nacional de Cúcuta a la sociedad Calincon Ltda., con NIT No. 90.501.033 y con domicilio en la ciudad de Cúcuta, por impuesto de renta del año gravable de 1984; y la resolución No. 000034 del 4 de agosto de 1987, dictada en la sección de recursos tributarios de la misma Administración, por medio de la cual se falló el recurso de reconsideración contra la mencionada liquidación de revisión.

Segunda: Confírmase la liquidación privada del impuesto de renta de 1984 de la sociedad Calinton Ltda. incorporada en su declaración de renta y complementarios del mismo año de 1984.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Delio Gómez Leyva, Magistrado; *Héctor Julio Becerra*, Conjuez; *Alberto Múnera Cavas*, Conjuez; *Bernardo Ortiz Amaya*, Conjuez.

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

SECCION QUINTA

CARGA DE LA PRUEBA/PRUEBA DE OFICIO-Improcedencia

> **"Previamente el estudio de la causal de inhabilidad invocada por el actor, debe expresar la sala su negativa en relación de las pruebas perdidas por la ilustre colaboradora del Ministerio Público en razón a que la prueba de la carga en estos procesos corresponde a las partes y no se puede decretar de oficio, porque no se trata de este caso de un punto oscuro o dudoso sino de ausencia de prueba de lo afirmado por la actora".**

PARENTESCO-Demostración

> **"Es evidente que si la pretensión de nulidad del acto de elección, se fundamenta en la causal de parentesco establecida por el numeral 5 del art. 179 de la carta, aquella debe estar respaldada por la prueba documentaria idónea que para el efecto consagra el art. 105 del D. 1260 de 1970, o sea la copia auténtica del registro civil".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 1112. Actor: Víctor Raúl Aponte Monroy. ELECTORAL UNICA INSTANCIA.

Procede la sala a resolver sobre las pretensiones de la demanda y la oposición que formuló el demandado, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El abogado VICTOR RAUL APONTE MONROY obrando en su propio nombre, en escrito presentado dentro del término de caducidad solicitó la nulidad de la elección del señor JAVIER HERNANDO (TATO) ALVAREZ MONTENEGRO, como representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, para el período constitucional 1994-1998.

FUNDAMENTOS

Los sintetiza la Sala así:

En las elecciones para representantes y senadores realizadas el 13 de marzo de 1994, con su votación de 18.122 votos, fue electo Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, el ciudadano JAVIER HERNANDO (TATO) ALVAREZ, como consta en el acta acompañada a la demanda.

El señor ALVAREZ MONTENEGRO, no podía ser elegido representante por la citada circunscripción electoral, por cuanto su hermano el señor JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA, quien se identifica con la C.C. No. 5.200.468 expedida en Pasto, se desempeñaba al momento de la elección como Secretario de Agricultura del Departamento de Nariño.

La anterior situación, a juicio del actor plenamente corroborada con las pruebas que allegó con el escrito demandatorio, configura la prohibición del artículo 179 numeral 5 de la C.N., conforme al cual, "No podrán ser congresistas quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política".

Explica que, en efecto, el señor JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA fue designado y tomó posesión del cargo de Secretario de Agricultura y Fomento del Departamento de Nariño el 7 de enero de 1992, luego y como consecuencia de la reestructuración administrativa del departamento fue reubicado como Secretario de Agricultura, tomando posesión el 10 de agosto de 1993, cargo que implica el ejercicio de autoridad, "sea ésta civil o política".

Aduce que los señores JULIO CESAR ALVAREZ y JAVIER HERNANDO (TATO) ALVAREZ MONTENEGRO, son hermanos, hijos de un mismo padre, el

señor ANIBAL ALVAREZ ALBORNOZ, por lo que existe entre ellos un parentesco de consanguinidad en segundo grado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Actuando a través de apoderado y en escrito presentado en tiempo (fls. 34 y s.s.), el Congresista demandado se opuso a las pretensiones de nulidad, expresando que tanto el acta de elección como la credencial fueron expedidas con el nombre correcto, tal como consta en la escritura pública número 27 del 15 de enero de 1992 de la Notaría 1 de Pasto, cuya copia adjunto.

En cuanto a los hechos manifiesta que deberá probarse que el elegido es hermano de JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA.

Allega con el escrito copia auténtica de algunos artículos (1o, 2o, y 3o) del D. 364 de junio 29 de 1993, mediante el cual el Gobernador de Nariño expide el manual de funciones de la Secretaría de Agricultura del Departamento, a fin de mostrar que la naturaleza de las labores encomendadas al mencionado funcionario, son de carácter administrativo, lo que lo excluye de la situación prevista en la disposición constitucional supuestamente infringida.

INTERVINIENTE ADHESIVO

El ciudadano abogado RAUL TIRADO OLARTE en memorial que obra a folios 38 y 39 coadyuva la demanda planteando similares argumentos a los del actor, agregando que el señor JAVIER HERNANDO ALVAREZ MONTENEGRO y el señor JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO son la misma persona, como consta en la escritura pública atrás relacionada que allegó con el memorial, con la cual -señala- se demuestra, además, la identidad respecto al progenitor de los supuestos hermanos.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Tanto el demandante y su coadyuvante como el representante a la Cámara cuyo acto de elección fue impugnado, éste por conducto de su apoderado, presentaron alegatos de conclusión.

El primero reitera los planteamientos de la demanda afirmando que fueron probados en el expediente. Señala que los señores JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA y JAVIER HERNANDO (TATO) ALVAREZ MONTENEGRO son hermanos, pues tanto en la copia de la tarjeta decadactilar como en los documentos del registro civil que obran en el expediente, se demuestra que el padre de ambos es el señor ANIBAL ALVAREZ.

El segundo hace relación de los hechos que considera probados y sobre esa base reitera la solicitud de nulidad del acto cuestionado, con fundamento en la causal invocada.

El tercero, por su parte, alega que el pretendido parentesco alegado no fue probado por el actor, a quien incumbía hacerlo conforme al artículo 177 del C. de P.C. y agrega:

Ha de tenerse en cuenta que los citados protagonistas de este proceso tienen el mismo apellido paterno: "ALVAREZ", no así el materno.

> "En tales condiciones caben estar dos hipótesis o que ANIBAL ALVAREZ, a quien se atribuye la paternidad de ambos, fue casado dos veces o que uno de los dos (2) es hijo extramatrimonial. En el primer caso debieron allegarse los registros o partidas de los matrimonios de aquél y las de nacimiento de JAVIER TATO o HERNANDO o de JULIO CESAR, que acreditaran la filiación legítima. (...)
>
> "En el segundo caso era forzoso aducir la prueba del reconocimiento del hijo habido fuera del matrimonio, por uno de estos medios dispuestos en el artículo primero de la ley 75 de 1968, el primero del decreto 2272 de 1972 y en el sexto de dicha ley..."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada en su concepto señala que de ninguna de las pruebas allegadas es dable inferir el parentesco de cosanguinidad invocado, puesto que el estado civil de las personas se demuestra con la copia de las actas del respectivo libro de registro del estado civil, tal como lo contempla el artículo 105 del D. 1260 de 1970, y en el expediente no aparece la partida o folio o certificado indicado en la norma, que pruebe que los señores ALVAREZ MONTENEGRO y ALVAREZ GRANJA son hijos de los mismos padres o hijos de un solo de ellos.

Según su criterio, algunos de los medios de prueba allegados al expediente son indicativos de que el supuesto parentesco de cosanguinidad entre los señores ALVAREZ MONTENEGRO y ALVAREZ GRANJA puede existir, por ello solicita si se considera viable y mediante auto para mejor proveer, se ordene por el ponente la práctica de las siguientes pruebas:

1. Se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil y/o a la Registraduría Departamental de Nariño, solicitando copia de los registros civiles de nacimiento de los señores ALVAREZ MONTENEGRO y ALVAREZ GRANJA.

2. Igualmente el señor Notario Primero del Círculo de Pasto solicitando la aclaración respectiva en cuanto a los apellidos maternos del señor ANIBAL ALVAREZ, porque en el certificado expedido el 11 de abril de 1994 aparece como ANIBAL

ALVAREZ ALBORNOZ y en el oficio de mayo 4 de 1994 como ANIBAL ALVAREZ ALVAREZ (fls. 7 y 30).

De los resultados de la prueba de oficio, hace depender la agencia fiscal su petición de prosperidad o no de las pretensiones.

No se observan vicios de nulidad que afecten la actuación y por ello se entra a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previamente al estudio de la causal de inhabilidad invocada por el actor, debe expresar la Sala su negativa en relación con las pruebas pedidas por la ilustre colaboradora del Ministerio Público, en razón a que la carga de la prueba en estos procesos corresponde a las partes y no se puede decretar de oficio, porque no se trata en este caso de un punto oscuro o dudoso sino de ausencia de prueba de lo afirmado por la actora.

La causal a que antes se hizo mención es la prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la C.N., según la cual no podrán ser congresistas:

> "Quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política".

Se afirma que el ciudadano JAVIER HERNANDO (TATO) ALVAREZ MONTENEGRO, quien en las elecciones realizadas el 13 de marzo de 1994 resultó electo representante a la Cámara por el Departamento de Nariño, para el período 1994-1998, estaba incurso en la precitada causal por cuanto es hermano paterno del señor JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA y éste, al momento del elección, desempeñaba el cargo de Secretario de Agricultura de la misma entidad territorial, cargo que implica ejercicio de autoridad, "sea esta civil o política".

Es evidente que si la pretensión de nulidad del acto de elección se fundamenta en la causal de parentesco establecida por el numeral 5 del artículo 179 de la Carta, aquella debe estar respaldada por la prueba documentaria idónea que para el efecto consagra el artículo 105 del D. 1260 de 1970.

Está demostrado en el proceso:

a.-) Que el ciudadano JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO, fue elegido representante a la Cámara por la circunscripción del Departamento de Nariño, para el período 1994-1998, hecho que se desprende del acta parcial de escrutinio realizada por

la Comisión Escrutadora del mismo Departamento, el 18 de marzo de 1994 visto a folios 10, 11 , 12 y 13.

b.-)Que el señor JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA para el 13 de marzo de 1994, fecha en que se celebraron las elecciones para Congreso, desempeñaba el cargo de Secretario de Agricultura del Departamento de Nariño; así aparece de los Decretos Nos. 004 de enero 2 de 1992 (fl. 4) y 451 de agosto 5 de 1993 (fl. 3) expedidos por el Gobernador del mencionado departamento que en copias auténticas se aportaron al expediente, y de la certificación emanada de la Unidad de Recursos Humanos que obra a folio 9.

Pero el hecho relativo a la calidad de hermanos en línea paterna de JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO y JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA, o sea, el parentesco de consanguinidad que a éstos se atribuye en la demanda, y que constituye uno de los supuestos jurídicos de la causal invocada -a juicio de la Sala- no está probado en el expediente.

En efecto, de JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO, nombre con el que aparece en el acto de elección y con el que se identifica actualmente, sólo obran a folios 30 y 42 dos certificados expedidos por el Notario Primero de Pasto sobre registro de su nacimiento, sin que se hubiere aportado al expediente la prueba respectiva sobre el matrimonio de sus padres o del reconocimiento legal del padre. De JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA, se aportó una partida de bautismo expedida por la Parroquia de San Sebastián de Pasto, en el que se dice nació en noviembre 11 de 1943 y aparece como hijo de ZOILA GRANJA, sin que señale quien es el padre (fl. 31).

En estas condiciones los certificados de registro de nacimiento aportados a este expediente, por las deficiencias en la información en ellos contenida "tan sólo indican -no prueban-" que JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO sea hijo del señor ANIBAL ALVAREZ. Basta sólo observar que en las certificaciones nada se dice sobre la filiación, que si surge del matrimonio de los padres, debe respaldarse con la demostración de éste (copia del Registro Civil o Certificado Notarial del mismo) y si es extramatrimonial, debe aparecer al menos la información del reconocimiento paterno del hijo por uno de los medios establecidos en la ley, ya que esta información debe reposar al margen de la respectiva acta de registro.

Y no habiendo sido probado que los señores JAVIER TATO ALVAREZ MONTENEGRO y JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA son hijos de ANIBAL ALVAREZ ALVAREZ, y menos en qué calidad, se infiere por lógica consecuencia, que tampoco se demostró la calidad de hermanos en línea paterna entre ellos.

Para acreditar la relación de padre e hijo entre ANIBAL ALVAREZ ALVAREZ y JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA, aportó el demandante una serie de documentos, de los cuales ninguno reúne los requisitos legales para probar el estado civil, de acuerdo con el art. 105 del D. 1260/70, o sea la copia auténtica del acta del registro civil.

En efecto a folio 31 se observa un acta de bautismo de origen eclesiástico, perteneciente a JULIO CESAR GRANJA, nacido en 19743 y bautizado en la parroquia de San Sebastián de Pasto el 21 de septiembre de 1952, hijo de ZOILA GRANJA y sus notas marginales, que ya habíamos mencionado antes.

A folio 90 obra partida del matrimonio católico celebrado entre JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA y YOLANDA ISABEL LOPEZ MEJIA, expedida por el Ministerio parroquial de San Andrés Pasto y a folio siguiente, declaración rendida ante ese mismo Despacho por el señor ANIBAL ALVAREZ, afirmando que JULIO CESAR ALVAREZ fue bautizado en la parroquia de San Pedro Mártir de Ipiales hacia el año de 1942, sin recordar fecha exacta.

A folio 83 y s.s., aparece la tarjeta decadactilar correspondiente a JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA.

Los demás documentos son oficios de los Notarios del Círculo de Pasto e Ipiales, informando no estar inscrito en sus despachos el registro de nacimiento correspondiente a JULIO CESAR ALVAREZ GRANJA (fls. 68, 69, 70 y 78).

De los anteriores documentos se puede apreciar su ineficiencia para servir de medio de convicción en este proceso, tendiente a demostrar el parentesco en línea directa y colateral, como lo pretendieron el accionante y coadyuvante, pues se reitera la prueba idónea para establecer este hecho no puede ser distinto a la predeterminada en la ley.

Por lo antes anotado, es innecesario entrar a analizar si al Secretario de Agricultura del Departamento de Nariño mencionado, ostentaba autoridad civil o política.

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:

Niéguense las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y en firma esta sentencia archívese el expediente.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cinco (5) de octubre 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, Secretario.

FONDO AERONAUTICO NACIONAL-Naturaleza Jurídica/**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL**

"EL FONDO AERONAUTICO NACIONAL, entidad ejecutada en el *sub-lite*, fue creado mediante Decreto 3140 de 26 de diciembre de 1968 como establecimiento público, adscrito al Departamento Administrativo de Aeronaútica Civil y como tal no podía ser ejecutado en razón a que gozaba de los mismos privilegios y prerrogativas de la Nación, de conformidad con el art. 43 del Decreto 3130 de 1968, en concordancia con el art. 336 del Código de Procedimiento Civil. En ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 20 transitorio de la Constitución, que ordena suprimir, fusionar o restructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la Carta Política, se expidió el Decreto 2171 de diciembre 30 de 1992 por el cual se restructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, en cuyo art. 67 se dispone que la autoridad aeronáutica conformada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se fusiona con el Fondo de Aeronáutica Nacional y se restructura "... como unidad administrativa especial de aeronáutica civil, organismo al cual se le asigna el conjunto de facultades y funciones que ha venido desempeñando el mencionado departamento administrativo, sin perjuicio de lo previsto en este decreto. De otra parte, la Ley 105 de 1993 en su art. señala que las funciones relativas al transporte aéreo serán ejercidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

adscrita al Ministerio de Transporte como entidad especializada. En desarrollo de la citada ley, fue expedido el Decreto 2724 de 31 de diciembre de 1993 en el *Diario Oficial* No. 41.161.., por el cual se modifica la estructura mencionada entidad, y se determinan sus funciones".

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL/ ADMINISTRACION CENTRAL NACIONAL-Organismo/**MINISTERIO DE TRANSPORTE-**Organización/**PRERROGATIVA NACIONAL/ INEJECUTIVIDAD/JURISDICCION COACTIVA-**Improcedencia/**NULIDAD PROCESAL**

"Como se desprende del tenor literal y claro de espíritu del Decreto 2724/93, 1 del Decreto 1050/68 que gobiernan la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, su objetivo es desarrollar las políticas del transporte aéreo nacional, una de las actividades del sector transporte cuyo organismo rector es el Ministerio de Transporte, de suerte que la mencionada Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil que está encargada de atender más adecuadamente un programa propio de dicho Ministerio lo que lleva a concluir que pertenece al sector central de la Administración y por ende a la Nación. Siendo ello así de conformidad con el art. 336 del Código de Procedimiento Civil, goza del privilegio de no ser sujeto pasivo de ejecución, salvo en el caso contemplado en el art. 177 del Código Contencioso Administrativo y por tanto, el cobro de la obligación por la suma de $25.329.674 no podía hacerse por la vía de la jurisdicción coactiva, pues ningún funcionario tiene jurisdicción para ello, circunstancia que genera la causal de nulidad insaciable prevista en el numeral 1 del art. 140 de C. de P.C."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0417. Actor: Superintendencia de Sociedades. C/ Fondo Aeronáutico Nacional.

Este expediente llegó al Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil AEROCIVIL, contra el auto de mandamiento de pago de fecha 26 de abril del año en curso proferido por el Grupo de Jurisdicción Coactiva de la Superintendencia de Sociedades contra el Fondo Aeronáutico Nacional.

ANTECEDENTES

Con base en las resoluciones Nos. 230 de febrero 1o. y 538 de 18 de marzo del presente año, confirmatoria de la anterior, por medio de las cuales la Superintendente

Delegada para Asuntos Económicos y Jurídicos de la Superintendencia de Sociedades impuso al Fondo Aeronáutico Nacional multa en cuantía de $25.329.674 por violación a lo previsto en el artículo 1.5.1.07 de la resolución No. 57 de 1991 de la Junta Monetaria, el grupo de jurisdicción coactiva del citado organismo libró orden de pago por la vía ejecutiva el 26 de abril del año en curso a favor del Tesoro Nacional y en contra del Fondo Aeronáutico Nacional por la cantidad indicada y costas que se causaren. (Fl. 16).

El anterior proveído fue notificado personalmente al señor apoderado de la entidad ejecutada el 21 de junio de 1994 (fl. 25) quien en la misma fecha presentó memorial interponiendo contra dicho auto recurso de apelación.

Expresó el recurrente que mediante Decreto No. 2171 de 1992, artículo 67 el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional se fusionaron y reestructuraron como UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL, entidad que conforme al artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968 es un ente que hace parte del Administración Nacional a través del cual actúa y se manifiesta la Nación, la que no puede ser ejecutada salvo en el caso contemplado en el artículo 177 de C.C.A., al tenor de lo dispuesto en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto adujo jurisprudencia del Consejo de Estado, y adjuntó fotocopia de algunas providencias alusivas a la materia.

Pidió que se declare la nulidad de lo actuado y mencionó que ya se están haciendo las reservas presupuestales para el pago de la multa conforme a las normas legales existentes.

La abogada ejecutora de la Superintendencia de Sociedades descorrió el traslado, en memorial presentado extemporáneamente.

CONSIDERACIONES

El Fondo Aeronáutico Nacional, entidad ejecutada en el *sub-lite*, fue creado mediante Decreto No. 3140 de 26 de diciembre de 1968 como establecimiento público, adscrito al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y como tal no podía ser ejecutado en razón a que gozaba de los mismos privilegios y prerrogativas de la Nación, de conformidad con el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, en concordancia con el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil.

En ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución, que ordena suprimir, fusionar, reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional con el fin de ponerlas en consonancia

con los mandatos de la Carta Política, se expidió el Decreto 2171 de diciembre 30 de 1992 por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte, en cuyo artículo 67 se dispone que la Autoridad Aeronáutica conformada por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se fusiona con el Fondo Aeronáutico Nacional y se reestructura "...como Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, organismo al cual se le asigna el conjunto de facultades y funciones que ha venido desempeñando el mencionado Departamento Administrativo, sin perjuicio de lo previsto en este Decreto".

De otra parte, la Ley 105 de 1993 en su artículo 47 señala que las funciones relativas al transporte aéreo serán ejercidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica civil adscrita al Ministerio de Transporte como entidad especializada.

En desarrollo de la citada ley, fue expedido el decreto No. 2724 de diciembre 31 de 1993, vigente desde su publicación el 31 de diciembre de 1993 en el *Diario Oficial* No. 41.161, por el cual se modifica la estructura de la mencionada entidad y se determinan sus funciones. En su artículo primero se encuentra definida la naturaleza jurídica de la misma en los siguientes términos:

> "...La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, es una entidad especializada, de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independientes. Esta Unidad Administrativa Especial es el resultado de la fusión del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional ordenada por el artículo 67 del Decreto 2171 de 1992.
>
> La Aerocivil cuenta con regímenes especiales en materia de administración de personal, nomenclatura, clasificación, carrera administrativa, salarios, prestaciones y régimen disciplinario, conforme a lo previsto en la ley de 1993 (sic) y las normas expedidas en desarrollo de la Ley 4a. de 1992. El régimen presupuestal y de contratación es el previsto para los establecimientos públicos y en la ley de 1993. (sic)".

De las disposiciones citadas se desprende que el Fondo de Aeronáutica Nacional creado como establecimiento público dejó de existir por disposión del Decreto No. 2171 de 1992 que ordenó su fusión con el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, reestructurándolos como Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, que desde entonces es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional (art. 2o. Decreto 2724 de 1993), encargada de organizar, coordinar y vigilar el uso del espacio aéreo colombiano, además de prestar los servicios aeronáuticos, desarrollar la infraestructura requerida, administrar directa o indirectamente los aeropuertos de su propiedad o de propiedad de la Nación, contribuir al mantenimiento de la seguridad y soberanía nacional, etc.

Ahora bien, conocida la naturaleza jurídica de la reestructurada autoridad aeronáutica, teniendo en cuenta que el artículo 53 transitorio del citado Decreto No. 2724 de diciembre 31 de 1993 reglamenta lo relativo a la sustitución de derechos y obligaciones, señalando que para todos los efectos administrativos, contractuales, laborales, presupuestales y financieros, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil sustituye al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el Fondo Aeronáutico Nacional "... con quienes no existe solución de continuidad para efecto de las obligaciones y derechos", corresponde en seguida examinar la viabilidad de la presente acción ejecutiva instaurada contra el Fondo Aeronáutico Nacional, cuyas obligaciones fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil con anterioridad al 26 de abril del año en curso, fecha en la cual se libró mandamiento de pago en el *sub-lite*.

De conformidad con el artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968, la rama ejecutiva del poder público en lo nacional está integrada por la Presidencia de la República, los Ministerios y Departamentos Administrativos, que son los organismos principales de la Administración, y las Superintendencias y Establecimientos Públicos que les están adscritos.

Además de los anteriores, preven los incisos tercero y cuarto de la citada disposión la existencia de otros organismos *sui-generis* denominados Unidades Administrativas Especiales que son entidades consultivas o coordinadoras para toda la administración o parte de ella, organizadas por el Gobierno previa autorización legal "...para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinariamente de un Ministerio o Departamento Administrativo".

Como se desprende del tenor literal y claro espíritu de las normas a tras relacionadas que Gobiernan la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, su objetivo es desarrollar las políticas del transporte aéreo nacional, una de las actividades del sector transporte cuyo organismo rector es el Ministerio de Transporte, de suerte que la mencionada Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil que está encargada de atender mas adecuadamente un programa propio de dicho Ministerio lo que lleva a concluir que pertenece al sector central de la administración y por ende a la Nación.

Siendo ello así, de conformidad con el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, goza del privilegio de no ser sujeto pasivo de ejecución, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y por tanto, el cobro de la obligación por la suma de $25.329.674 no podía hacerse por la vía de la jurisdicción coactiva, pues ningún funcionario tiene jurisdicción para ello, circunstancia que genera la causal de nulidad insaneable prevista en el numeral 1o. del artículo del C. de P. C.

En estas acondiciones, deberá decretarse la nulidad de todo lo actuado puesto que el despacho ejecutor no podía adelantar proceso ejecutivo contra la Nación por estar expresamente prohibido por el legislador.

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

RESUELVE:

1o. Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, inclusive el auto d mandamiento de pago proferido por el grupo de Jurisdicción Coactiva de la Superientendencia de Sociedades contra el Fondo de Aeronáutica Nacional, cuyas obligaciones asumió la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

2o. En firme este proveído regrese el expediente al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de octubre 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.

DEBIDO PROCESO/NULIDAD PROCESAL-Causales/**PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD/ACTO ADMINISTRATIVO**-Ejecutoria/**MANDAMIENTO DE PAGO**-Ejecutoria

> **"El debido proceso debe aplicarse a toda clase de procesos judiciales y administrativos como lo ordena el inciso primero del art. 29 de la Constitución, previsión que encuentra pleno desarrollo en los distintos ordenamientos procesales. En especificidad o taxatividad, no existiendo otras diferentes a intento de hacerlas extensivas analógicamente a situaciones no contempladas en las normas jurídicas. La supuesta irregularidad que alega el señor apoderado del demandado respecto a la ejecutoria del acto administrativo soporte de esta acción, que según dice es posterior a la fecha del auto de mandamiento de pago, nada tiene que ver con el motivo consagrado en la ley como determinante de nulidad que invoca, sino con aspectos que tocan con el mérito ejecutivo del título, más concretamente con la exigibilidad de la obligación del título".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 0425. Actor: Superintendencia de Cambios C/Jaime Michelsen Uribe.

Resuelve la Sala el recurso de apelación subsidiario al de reposición, interpuesto por el apoderado de Jaime Michelsen Uribe, contra el auto calendado el 11 de mayo de 1994 proferido por la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual rechazó por improcedente la nulidad planteada.

ANTECEDENTES

Dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado en contra del doctor Jaime Michelsen Uribe por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, cuyo conocimiento avocó la Dirección General de Apoyo Fiscal, División de Cobro de la Oficina Regional de Santafé de Bogotá del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el representante judicial del ejecutado, en memorial visible a los folios 360 y 361 propuso incidente de nulidad a partir del auto de mandamiento de pago, inclusive, alegando la causal prevista en el numeral 4o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que el proceso es nulo cuando a la demanda se le da un trámite diferente al que corresponde.

Aduce al efecto que la resolución No. 0233 de marzo 22 de 1990 que sirve de título ejecutivo se notificó en debida forma el 26 de octubre de 1991, esto es, con posterioridad al mandamiento de pago librado en contra de su mandante el 3 de julio de 1990, por lo que este irregular procedimiento "... violó el estatuto procesal en la norma que se invoca como causal de nulidad, pues al funcionario sólo estaba permitido librar el mandamiento de pago, si los títulos que sirven de base prestaban mérito ejecutivo y en caso contrario abstenerse de hacerlo.

Efectuar diligencias posteriores que no tiene normas señaladas en el procedimiento que autorice la actitud sin igual tomada por el entonces funcionario de ejecuciones, genera la nulidad, la que deberá ser declarada..." (Fl. 361).

En proveído de fecha 11 de mayo de 1994, el despacho ejecutor rechazó por imprudente la nulidad, pues consideró que el ejecutado no puede acomodar a una causal de nulidad de las establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, lo que ya alegó en el recurso de reposición, y subsidiario de apelación, contra el mandamiento ejecutivo de pago.

Señaló que por tratarse de un proceso de jurisdicción coactiva que se inicia con el auto de mandamiento de pago, no se puede afirmar que existe demanda y mucho menos hablarse de trámite inadecuado de la misma, aunque es claro que se le ha dado a este proceso el trámite que corresponde.

Adujo, además, que de acuerdo con el artículo 141 *ibídem*, no puede alegar la nulidad quien no la planteó como excepción previa habiendo tenido oportunidad para hacerlo.

Contra lo anteriormente decidido, el apoderado del Dr. Michelsen Uribe interpuso recurso de reposición argumentando que la nulidad debió proponerse como excepción previa, ya que las excepciones se formulan contra el mandamiento de pago y los documentos y constancias de notificación posteriores al mismo no hacían parte de él, y que lo que ha sucedido en este caso se puede describir como la frase que distingue las arbitrariedades "vayamos disparando mientras llega la orden" (Fl. 373).

En subsidio apeló.

El ejecutor, mediante auto de 30 de mayo de 1994 no repuso su proveído de 11 de los mismos y concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación. (Fls. 376 a 378).

Dentro del término del traslado, el apoderado del ejecutado presentó nuevo escrito en el cual manifiesta que el inciso final del artículo 29 de la Constitución dispone que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Que el proceso de ejecución coactiva requiere de plena prueba que acredite una cuantía cierta y una constancia de su exigibilidad, la cual se da por la correspondiente ejecutoria del acto cuya ejecución se persigue.

Que en el presente caso no existía esa constancia o al menos era deficiente. Que la Superintendencia de Control de Cambios, entidad que profirió la mencionada Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990, reconoció su falta de ejecutoria y por esta razón ordenó su notificación el 26 de octubre de 1991. Y que al haberse dictado un mandamiento de pago sin el lleno de las formalidades hace que el acto sea nulo "...pero al haber completado el acto a espaldas del ejecutado, sin que éste tuviese oportunidad para manifestarse al respecto y lo que es peor en desarrollo de un recurso de reposición, constituye la causal invocada sin que pueda existir atenuantes". (Fl. 383).

CONSIDERACIONES

El señor apoderado del ejecutado solicita la nulidad de lo actuado a partir del auto de mandamiento de pago, pues considera que se configura la causal cuarta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente tenor:

"4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde".

Se afirma en el presente caso que se da esta nulidad porque la notificación en debida forma del acto administrativo que sirve de título en el *sub-lite* se efectuó un año y tres meses después de haberse librado la orden de mandamiento de pago, siendo éste un procedimiento irregular dado que el funcionario ejecutor sólo podía dictar dicha orden con base en un título que prestara mérito ejecutivo.

Encuentra la Sala desacertados los planteamientos del libelista con respecto a la causal de nulidad invocada en razón a que la misma se contrae al error en que incurre el funcionario en cuanto a la escogencia del procedimiento frente a una determinada acción, es decir, por la sustitución total de la actuación que según la ley debe seguirse cuando se presenta una controversia, como cuando debiéndose adelantar el trámite del proceso ordinario se sigue la vía del proceso abreviado o del verbal o del especial, pero

de ninguna manera se configura la referida nulidad por presentarse irregularidades en el transcurso del respectivo procedimiento, ni por omitirse una etapa del mismo como tampoco por alterar la secuencia de la actuación que deba cumplirse.

Es perfectamente claro que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, como lo ordena el inciso primero del artículo 29 de la Constitución, previsión que encuentra pleno desarrollo en los distintos ordenamientos procesales.

En materia de nulidades se gobiernan por el principio de especificidad o taxatividad, no existiendo otras diferentes a las señaladas en la ley, de donde resulta inatendible cualquier intento de hacerlas extensivas analógicamente a situaciones no contempladas en las normas jurídicas.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no existe fundamento para declarar la nulidad de la presente actuación, puesto que se ha adelantado conforme corresponde, esto es, siguiendo las reglas del proceso ejecutivo previstas en el Código de Procedimiento Civil.

La supuesta irregularidad que alega el señor apoderado del demandado respecto a la ejecutoria del acto administrativo soporte de esta acción, que según dice es posterior a la fecha del auto de mandamiento de pago, nada tiene que ver con el motivo consagrado en la ley como determinante de la nulidad que invoca, sino con aspectos que tocan con el mérito ejecutivo del título, más concretamente con la exigibilidad de la obligación en él contenida, asunto que como lo observa el *a-quo*, fue ya planteado por la misma parte en este proceso y ampliamente estudiado y explicado por la Sala al desatar el recurso de proveído calendado el 25 de julio de 1992, cuyos apartes pertinentes se transcriben enseguida para una mejor comprensión del problema.

Dijo la Sala en esa oportunidad:

> "Básicamente el recurrente alega que se incumplieron los requisitos legales de la notificación respecto de la citada resolución No. 00233, que puso fin a la vía gubernativa, argumento encaminado a cuestionar la exigibilidad de la obligación.
>
> "Con relación a la notificación de las decisiones que terminan una actuación administrativa, ordena el artículo 44 del C.C.A. que se hará personalmente al interesado o a su representante o apoderado. Y prevé la norma que de no haber otro medio más eficaz de informarlo, para hacer la notificación personal se le enviará una citación por correo certificado dentro de los cinco días siguientes a la expedición de acto administrativo. A falta de la notificación personal, dispone el artículo 45 ibidem que al cabo de cinco días del envío de la citación, se fije un edicto en lugar público del respectivo despacho por un término de diez días.
>
> "Ocurrió en el caso de autos que luego de proferida el 22 de marzo de 1990 la resolución 00233, se procedió a notificarla personalmente al interesado por conducto de su apoderado, como de ello da cuenta la constancia visible al folio 14 vto. del expediente, en la cual los señores Rodrigo Naranjo Gálvez y Jesús

Antonio Luque, funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios, relatan que el día 23 de marzo de 1990 se hicieron presentes "...en la Oficina del doctor PABLO MICHELSEN NIÑO, en su calidad de apoderado general del doctor JAIME MICHELSEN URIBE, dicha oficina está ubicada en la Calle 67 No. 4446. Una vez allí se hizo presente el doctor PABLO MICHELSEN NIÑO, a quien se le informó que el objeto de la diligencia era notificarle, en su calidad de apoderado general del doctor JAIME MICHELSEN URIBE, el contenido de la Resolución No. 0233 de marzo de 1990. el doctor MICHELSEN NIÑO leyó la parte resolutiva de dicho acto y enterado de la misma nos hizo saber que ya no era el apoderado general del doctor JAIME MICHELSEN URIBE, y que por lo tanto se negaba a recibir la notificación. Los suscritos funcionarios le solicitamos copia del acto por medio del cual se revocó el poder general que le había sido conferido por el doctor MICHELSEN URIBE, a lo cual el doctor MICHELSEN NIÑO afirmó no tener en su poder tal documento pero que lo haría llegar a esta entidad. Una vez hecho lo anterior, los suscritos funcionarios salimos de la oficina; pero pensando que era conveniente que el doctor MICHELSEN NIÑO dejara tal afirmación por escrito regresamos inmediatamente, y en ese momento el doctor MICHELSEN NIÑO salía de la oficina en su automóvil, habiéndole solicitado que se detuviera (sic) un momento se negó a hacerlo. Para constancia se firma..."

"La anterior atestación cuyo contenido no fue controvertido por el recurrente, da certeza de que el señor Pablo Michelsen Niño fue enterado de la diligencia y tuvo la oportunidad de leer, como lo hizo, la parte resolutiva de la Resolución No. 00233 de 22 de marzo de 1990, por lo que de ello resulta una conclusión clara y sencilla en el propósito del artículo 44 del C.C.A. de notificar personalmente al apoderado del interesado la decisión que puso fin a la vía gubernativa.

"Y no vale argüir, como lo hace el recurrente, que la notificación personal no se surtió por cuanto fueron desatendidas las explicaciones del señor Michelsen Niño en el sentido de que para esa época ya no era el apoderado del ejecutado, porque tal circunstancia no se acredita con meras declaraciones sino a través de medios probatorios idóneos, o sea con la exhibición del documento en el cual conste que el poder ha sido revocado, documento que como se observó no fue aportado en el momento de la diligencia. Tampoco podían los funcionarios aceptar simple y llanamente la razón de su dicho por no existir en el informativo instrumento alguno que así lo evidenciara. En realidad, con los elementos probatorios que obran en el expediente queda comprobado que hasta la época de la notificación del resolución No. 0233, el 23 de marzo de 1990, el señor Pablo Michelsen Niño venía actuando ante la Administración en su calidad de apoderado general del ejecutado, ejerciendo a plenitud los derechos a nombre de su representado. Desde luego que es cierto que en la misma fecha que se acaba de señalar, esto es el 23 de marzo de 1990, se corrió en la Notaría Dieciocho del Círculo de Bogotá, D.E., la escritura pública número 1275, mediante la cual Pablo

Michelsen Niño sustituyó en la persona de Christian Fernando Cardona Nieto el poder general que le había conferido Jaime Michelsen Uribe, cuya fotocopia autenticada fue allegada al proceso con posterioridad y obra en autos a folios 146 y 147. Pero no puede predicarse que esta sustitución le haya hecho perder su calidad de apoderado principal, porque la delegación así concebida es facultad inherente al ejercicio del cargo, de ahí que en este acto no se requiera la intervención del mandante, y conforme a los términos del artículo 68 del Código de Procedimiento Civil vigente en esta fecha, y que no fue modificado por el Decreto 2282 de 1989, quien sustituye el poder puede reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución. De otra parte, si fuere el caso, la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, "...sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante o sustituidor mediante notificación del auto que la admita...", según lo manda el artículo 69, inciso segundo *ibídem.*

"En consecuencia, la resolución No. 00233 de 22 de marzo de 1990, tantas veces mencionada, una vez notificada personalmente al apoderado del interesado, como en efecto así lo fue, no requería trámites ni medios adicionales para cumplir lo ordenado en el artículo 44 del C.C.A. Aceptar la razón del impugnante, sería como premiar la actitud renuente del apoderado general del demandado y, de paso, castigar a la Administración que procedió en la forma adecuada, con los consecuentes perjuicios que para ella pudiera derivarse.

"En cuanto al hecho de que la Superintendencia de Control de Cambios haya acudido al procedimiento supletorio del edicto, notificando dicho acto el 2 de octubre de 1991 (fll. 171), es decir, con posterioridad al mandamiento de pago, es asunto que no desvirtúa la notificación personal anterior ni afecta su validez porque, se repite, ya se había cumplido el propósito de notificar personalmente la resolución como lo dispone la ley. Además, el criterio que haya tenido la entidad administrativa para actuar como lo hizo en modo alguno puede vincular la decisión que en derecho debe tomar el Juez".

Por lo anteriormente anotado, habrá de confirmarse la providencia impugnada.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto de fecha 11 de mayo de 1994 proferido por la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que rechazó por improcedente la nulidad planteada por el apoderado del doctor Jaime Michelsen Uribe.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El anterior proveído fue leído, discutido y aprobado por la Sala en Sesión de la fecha.

Miren De La Lombana Magyaroff, Presidente; *Amado Gutérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial calendado el 25 de julio de 1992, cuyos apartes pertinentes trascriben enseguida para una mejor comprensión del problema.

CONSEJO DE ESTADO-Incompetencia/**COMPETENCIA FUNCIONAL**-Inexistencia/**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA/PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

> **"El mismo criterio es válido para concluir en la incompetencia funcional de esta corporación para conocer del grado jurisdiccional de consulta en los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de la Contraloría General de la República, precisamente porque no conoce de estos procesos para decidir el incidente de excepciones ni por apelación".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0432. Partes: Contraloría General de la República. C/ OSWALDO MIRANDA GRACIA.

Por consulta ha llegado a esta Corporación la sentencia proferida por la Contraloría General de la Nación, Unidad de Jurisdicción Coactiva de la Secretaría General, de fecha julio 25 del año en curso (fol. 70).

Respecto del grado jurisdiccional de consulta al art. 129 numeral 3 del C.C.A. prescribe que conoce el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo,

de las sentencias dictadas en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad-litem*, siempre que la cuantía exceda de $800.000.oo (valor reajustado por el Art. 4o. del Decreto 597 de 1988).

No obstante, para concluir en la incompetencia funcional de esta Corporación respecto de la consulta de los fallos que profiera la Contraloría General de la República a través de sus unidades de jurisdicción coactiva, basta transcribir algunos apartes del proveído de esta Sala fechado a septiembre 9 próximo pasado, así:

> "El Art. 268-5 de la C. Política otorgó a la Contraloría General de la República jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos en el ejercicio del control de la gestión fiscal. A su vez, la ley 42 de 1993 organizó el sistema de control fiscal financiero de los organismos del Estado y adscritos al mismo, y prescribe que la jurisdicción coactiva debe ser ejercida según lo determinen sus arts. 90 y 91, es decir, aplicando el procedimiento señalado en el Cod. de Procedimiento Civil, "salvo los aspectos especiales que aquí se regulan...".
>
> "Entre esos aspectos es de destacar el previsto en el Art. 94 de la citada ley, según el cual las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan la ejecución "... sólo serán demandables ante la jurisdicción Contencioso Administrativa..." lo que implica que esta jurisdicción especial no profiere la sentencia de excepciones en los aludidos procesos, sino que de ella puede conocer pero en virtud del ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
>
> "Entonces, si esta jurisdicción no tiene competencia para conocer del incidente de excepciones, contrario a lo prescrito en los artículos 128-13 y 131-5 del C.C.A. *a fortiori* carece de competencia para conocer de recursos de apelación que se interpongan en procesos ejecutivos de jurisdicción coactiva que adelante la Contraloría Gral. de la República, de igual modo a como acontece en los procesos de jurisdicción coactiva que adelanta la Administración para el cobro de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales (Decreto 624 de 1989). -(Exp. 0399 Partes: Contraloría General de la República C/ Gonzalo Guevara, Consejero Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velázquez)".

El mismo criterio es válido para concluir en la incompetencia funcional de esta Corporación para conocer del grado jurisdiccional de consulta en los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de la Contraloría Gral. de la República, precisamente porque no conoce de esos procesos para decidir el incidente de excepciones ni por apelación.

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

RESUELVE:

Abstenerse de conocer, por falta de competencia funcional, del fallo de fecha julio 25 de año en curso en grado jurisdiccional de consulta.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del trece de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la incompetencia funcional del Consejo de Estado para conocer por vía de recurso los procesos de jurisdicción coactiva adelantados por la Contraloría General de la República.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvamento de Voto del Consejero Dr. Miguel Viana Patiño.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Ref.: Expediente No. 0432. Actor: Contraloría General de la República. C/. Oswaldo Miranda Gracia.

Con todo respeto me aparto, en la presente ocasión, de la decisión mayoritaria de la Sala que resolvió abstenerse de conocer por vía jurisdiccional de consulta del fallo calendado a 25 de julio del año en curso proferido por la Contraloría General de la República, Unidad de Jurisdicción Coactiva de la Secretaría General, mediante el cual resuelve seguir adelante la ejecución contra Oswaldo Miranda Gracia, practicar la liquidación del crédito y dar cumplimiento al artículo 321 del Código de Procedimiento Civil (fl.70).

Los motivos de mi disentimiento lo constituyen el hecho de considerar que en los procesos dejurisdicción coactiva que adelantan los organismos de control señalados en la Ley 42 de 1993, la segunda instancia se debe tramitar, conforme a la cuantía, ante los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, por así determinarlo los artículos 129-3 y 133 del C.C.A. y las normas correspondientes de la ley en referencia.

En desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 123 referente a que los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevenida por la Constitución y la ley, los Contralores Departamentales fueron investidos de competencia (arts. 268-5 en concordancia con el artículo 272-5 de la C.N.y 71 de la Ley 42/93) para

ejercer la jurisdicción coactiva en el cobro de los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos en los títulos ejecutivos a que hacen referencia los artículos 82 y 92 de la Ley 42 de 1993.

Para cumplir esta específica función asignada por la Constitución y la ley, el artículo 90 de la Ley 42/93 le señala a dichos funcionarios la obligación de observar en forma integral el procedimiento previsto para el proceso de jurisdicción coactiva contenido en el Código de Procedimiento Civil, con la sola exclusión de los aspectos especiales que en dicho ordenamiento legal se determinan, para los cuales, y exclusivamente para ellos, se previó una tramitación diferente.

De esta asignación de competencia, como del señalamiento de un procedimiento especial para el trámite excepcional de algunos aspectos del proceso de jurisdicción coactiva atribuído a las Contralorías Departamentales, entre otros organismos de control, no puede deducirse la derogación tácita, y menos expresa, de la observancia del principio de la doble instancia instituido en el artículo 3o. del C. de P.C., que en el caso de la jurisdicción coactiva se cumple con la revisión por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, de acuerdo con la cuantía, de las decisiones adoptadas por los funcionarios de los distintos órdenes, investidos de jurisdicción coactiva.

Para el suscrito es claro que la asignación de competencia atribuído por los artículos 129-3 y 133 del C.C.A., al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos en segunda instancia "de las apelaciones y recursos de quejas que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes", así como "de las consultas de las sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad-litem",* no desapareció del ámbito jurídico del proceso de jurisdicción coactiva, no sólo porque no fue excluído de él por la Ley 42 de 1993, sino porque expresa ni tácitamente se derogó tal normatividad que, por lo demás, encuentra respaldo jurídico en el principio de la doble instancia de profunda raigambre democrática, como quiera que con su observancia se asegura la existencia y prevalencia de una justicia menos autocrática, sujeta a controles más severos y a más riguroso examen, a través de los cuales se garantiza un mayor acierto y un mínimo de error en sus decisiones.

La limitación, contenida en el artículo 94 de la Ley 42/93, de que sólo son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones proferidas por los Contralores o sus delegados que deciden las excepciones y ordenan la ejecución, no puede ser interpretada en el sentido de que los órganos jurisdiccionales contenciosos hayan sido excluidos del conocimiento de la segunda instancia en el proceso coactivo, ello únicamente significa, haciendo un estudio sistemático de la normatividad que la consagra, que ninguna otra determinación o acto adoptado por la autoridad administrativa dentro del trámite de los aspectos especiales señalados en la ley, los que como es obvio se sustraen de la regulación procesal ordinaria del juicio de jurisdicción

coactiva, pueden, como actos administrativos, que son, ser controvertidos ante esta jurisdicción. En esas condiciones, solamente las resoluciones de los contralores que deciden las excepciones y ordenan la ejecución en el proceso de jurisdicción coactiva, excepciones que anteriormente eran falladas, de acuerdo a su cuantía en única instancia por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, pueden ser demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Bajo estos aspectos reafirmo mi convicción sobre la competencia del Consejo de Estado, para conocer en el grado de jurisdicción de la Consulta, de la decisión proferida el 25 de julio de 1994 por la Contraloría General de la República.

Miguel Viana Patiño.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia/**PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA/CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**-Aplicación

> **"El recurso extraordinario de súplica no puede concederse por improcedente, porque de conformidad con el art. 252 del C.C.A. en la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en los juicios de jurisdicción coactiva se aplican las disposiciones relativas al proceso ejecutivo del Código de Procedimiento Civil- dicho procedimiento no contempla el recurso extraordinario de súplica aplicable sólo a los procesos regulados en el C.C.A."**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. octubre catorce (14) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)-

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0420. Partes: Superintendencia Bancaria. C/Banco Tequendama.

Contra el interlocutorio de fecha 23 de septiembre del año en curso, mediante el cual se revocó el mandamiento de pago en el proceso de la referencia, la parte ejecutante ha interpuesto "Recurso Extraordinario de Súplica, para que sea conocido y resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo" (fol. 86).

Pero el recurso no puede concederse por improcedente. Las consideraciones que llevan a la Corporación a denegar el recurso son las siguientes:

De conformidad con el Art. 252 del C.C.A. en la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplican las disposiciones relativas al proceso ejecutivo del Código de Procedimiento Civil. Dicho procedimiento no contempla el recurso extraordinario de súplica aplicable sólo a los procesos regulados en el C.C.A.

En similares términos se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con ponencia del H. Consejero Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora en proveído del 17 de marzo de 1993, así:

> "Para la Sala, es evidente que el recurso propuesto no es procedente en esta clase de asuntos. En efecto, el artículo 252 del C.C.A. modificado por el 63 del Decreto Ley 2304 de 1989, dispuso lo siguiente: "Procedimiento. En la tramitación de las apelaciones e incidentes de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se aplicarán las disposiciones relativas al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil". En ese orden de ideas, la Sala Plena ha considerado que no es posible escindir el procedimiento aplicable a un determinado proceso, por manera que si la disposición anterior establece que los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva se ventilan conforme a las reglas de procedimiento civil, y éste no prevé el recurso extraordinario de súplicas para esta clase de materias, el mismo resulta improcedente, habida cuenta de que está limitado a los procesos que se regulan íntegramente por C.C.A."

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

RESUELVE:

No conceder, por improcedente, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante contra el auto de fecha 23 de septiembre de 1994, preferido en el proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva adelantado por la Superintendencia Bancaria contra el Banco Tequendama.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta evidencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de octubre 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 improcedencia del recurso extraordinario de súplica en proceso de jurisdicción coactiva. La sala plena de lo contencioso administrativo, ponencia: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora en proveído del 17 de marzo de 1993.

ALCALDE/VACANCIA ABSOLUTA-Causales/MUERTE

"El art. 260 de la Carta no regula la forma de llenar vacancias por muerte de quienes resultan elegidos mediante el procedimiento señalado en la norma constitucional. No puede, por consiguiente, deducirse violación de la disposición constitucional por este aspecto por parte del artículo 114 de la Ley 104 de 1993, porque de la lectura de esta última norma no se infiere de manera alguna que se haya reemplazado la elección de que trata la disposición constitucional por un nombramiento, sino que se dispone la manera de suplir la falta absoluta por la muerte del alcalde titular. El sentido de la palabra "libremente" a que alude concretamente el libelo como fundamento del cargo y que contiene la norma acusada, considera la Sala que interpreta conforme a las normas constitucionales no tiene el alcance que se le asigna en la demanda, pues su sentido no es el de cambiar la elección de que tratan el art. 260 y el 314, porque, se repite, en los casos que se estudian dicha elección se llevo a cabo, sino de regular la manera de suplir la falta absoluta de un alcalde por los motivos allí señalados, aspecto que venía regulado aunque de manera más general pero con mayores limitaciones en la Ley 78 de 1986 y aparece prevista para la misma situación fáctica en la Ley 136 de 1994. La Sala sólo puede precisar, en relación con la acusación, que el legislador tiene en principio, la competencia para establecer prioridades entre los derechos consagrados constitucionalmente, para cumplir los fines del Estado".

ALCALDE-Nombramiento/**POLICIA NACIONAL**-Miembro/**ALCALDE OFICIAL DE LA POLICIA**

"De manera general debe precisarse que las inhabilidades se predican de los individuos, no de las instituciones, salvo la Constitución y la ley así lo dispongan, que no es el caso de los autos en el cual los nombrados no son la institución policial sino dos de sus miembros. En el presente caso quienes nombrados como Alcaldes, habían sido comisionados en debida forma ante la Administración, por lo que quedaron separados de las funciones que venían desempeñando como miembros de la Policía Nacional. De otra parte, el supuesto no demostrado según el cual los señores capitanes de la Policía aunque fueron comisionados ante la administración y nombrados como alcaldes siguieron desempeñándose como autoridades de Policía aparte de ser una hipótesis apenas sugerida de la demanda, se constituye en aspecto ajeno al proceso y, por ser posterior al nombramiento, estaría sujeto a la investigación y sanciones pertinentes pero distintas a la anulación del acto o actos acusados".

OFICIALES DE LA POLICIA/COMISION PERMANENTE-Efectos/**SEPARACION DEL CARGO/EJERCICIO DE DOS CARGOS PUBLICOS**-Inexistencia

"Una cosa es el rango que se ostente dentro de las Fuerzas Militares o de la Policía y otra muy distinta el ejercicio simultáneo de dos cargos. En el presente caso está claro que quienes fueron nombrados como alcaldes tenían el cargo de capitanes de la Policía, pero se demuestra el grado que desempeñaban dentro de la institución. No obstante, sí aparece demostrado que fueron comisionados en forma permanente a las administraciones departamentales, comisión que conlleva la separación del cargo que venían desempeñando con el rango de capitán de la Policía, para prestar un servicio determinado en la Administración a la que fueron comisionados. Una vez comisionados, los capitanes fueron nombrados en el cargo de alcaldes. Es decir, fueron separados del ejercicio del cargo que desempeñaban con el rango de capitanes y destinados a prestar un servicio a la Administración, en las condiciones conocidas. Para la Sala es claro que no aparece demostrado el desempeño simultáneo de dos cargos en la Administración; no prospera el cargo".

FUERZA PUBLICA-Miembro/**PARTICIPACION EN POLITICA/ALCALDE**-Incompatibilidades

"De conformidad con el art. 127 de la C.N. quienes ejercen como empleados del Estado, entre los cuales se cuentan los alcaldes, tienen

prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y miembros políticos y las controversias políticas. El fundamento de la prohibición, como se ve, es general y no por razón de pertenecer a instituciones determinadas. Ahora bien, como la violación a la prohibición prevista en la Carta sólo se configura en el desempeño del cargo, no es causal de inhabilidad sino de incompatibilidad y, por lo mismo, no afecta los miembros sino el ejercicio mismo del cargo; así, quien ejerce como alcalde no puede intervenir en política, so pena de hacerse merecedor de las sanciones correspondientes".

SEPARACION DE PODERES

"Por razón de los nombramientos no hay violación del principio de la separación de poderes ni por el lado del nominador ni por el lado del nombrado. Los poderes cuya separación se predica son el legislativo, el ejecutivo y el judicial y en ningún caso pueden darse la violación alegada. Quienes fueron nombrados como alcaldes sólo pueden ejercitar la autoridad administrativa y fueron separados de cualquier autoridad de policía, por razón de la comisión que les fue otorgada y están sujetos en el ejercicio del cargo a las normas reguladoras del mismo, por lo que los nombrados no están infringiendo la separación de poderes en lo relacionado con la aceptación de los nombramientos, que es el asunto sometido a estudio".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1097. Actor: Aadriano Muñoz Barrera y otro. Nulidad Dec. 141 y 142 de enero 18/1994. Expedidos por el Gobierno Nacional. Unica instancia. Nombramiento.

Por haber sido negado con anterioridad el proyecto de fallo, del cual se aprovecha la relación de antecedentes, con la venta de su autor, procede la Sala a decidir el caso en esta oportunidad.

Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A. sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, resuelve la Sala el proceso de la referencia, iniciado instancias de los señores Adriano y José Elver Muñoz Barrera.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS:

En primer lugar los actores solicitan se decrete la excepción de inconstitucionalidad (art. 4o. C.N.) del artículo 114 de la ley 104 de 1993, según el cual, cuando un gobernador o alcalde renuncie como resultado de amenazas, intimidación o presión de la subversión u organización criminal o sea secuestrado o haya perdido su vida por las mismas causas y si lo considere la Fiscalía General de la Nación, el Presidente de la República podrá nombrar libremente su reemplazo.

En segundo lugar, solicitan la declaratoria de nulidad de los Decretos Nos. 141 y 142, ambos del 18 de enero de 1994, mediante los cuales el Gobierno Nacional nombró a los capitanes de la Policía Nacional Jorge William Gil Caicedo y Henry Coba Santos como Alcaldes de los municipios de Labranzagrande (Boyacá) y Chámeza (Casanare), respectivamente, en reemplazo de María Zunilda Millán Wilches y Flor Delia Roldán quienes desempeñaban dichos cargos hasta que fueron víctimas de sendos homicidios propiciados, según la Fiscalía General de la Nación, por grupos rebeldes o sediciosos.

Como disposiciones violadas, los actores citaron los siguientes preceptos constitucionales:

1.1. Artículo 260. Le da competencia exclusiva a los ciudadanos, y no a autoridad alguna, para elegir alcaldes municipales.

1.2. Artículo 314. Según el cual, en cada municipio habrá un Alcalde que será elegido popularmente para un período de tres (3) años.

La Constitución Política prevé que los alcaldes no pueden ser nombrados sino elegidos, por ello el Gobierno desbordó la competencia reservada por el propio pueblo para su exclusivo ejercicio.

El Presidente de la República actuó legalmente, pero sin tener en cuenta principios y valores constitucionales que dentro del contexto de la nueva Constitución deben ser observados plenamente.

1.3. Preámbulos y artículo 1o. Puede pensarse que corresponde a los ciudadanos elegir Alcalde y al Presidente nombrarlos, pero esa interpretación rompe el espíritu de la Constitución, porque la voluntad del pueblo colombiano es que sus alcaldes sean directamente elegidos por los ciudadanos sin que en ello intervenga ninguna otra autoridad, pues es la máxima expresión de la democracia y participación en la que está sustentando el Estado Social de Derecho.

En este caso prima la Carta Política (art. 4o. C. N.), y por tanto es inaplicable el artículo 114 de la Ley 104 de 1993 que faculta al Presidente de la República para

nombrar libremente alcaldes cuando, a consideración de la Fiscalía General de la Nación, pierden la vida por acción de las organizaciones criminales o subversivas.

1.4. Artículo 218. La Policía Nacional se creó para garantizar el orden público interno y no para ordenar: sus miembros no pueden ocupar cargos públicos distintos a los de la carrera policial y menos de carácter político, como son las alcaldías.

En este orden de ideas, también se violó el artículo 121 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; en el mismo sentido se expresan los artículos 1o. y 5o. de la Ley 62 de 1993.

1.5. Artículo 128. Dado que los nombrados siguen ejerciendo el cargo de capitanes, porque al tiempo que son alcaldes continúan dando órdenes a los subalternos, su nombramiento deviene nulo porque, sin haber sido desvinculados de la carrera policial, fueron nombrados burgomaestres desobedeciendo la norma referida, según la cual nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público.

1.6. El artículo 219 de la Carta Política establece que la fuerza pública no es deliberante y que ninguno de sus miembros puede intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos. El cargo de alcalde es eminentemente político y por lo tanto conlleva ejercicio del poder, discusión y debate.

El Alcalde Municipal interviene en actividades de los partidos y movimientos políticos porque debe distribuir las cuotas de poder a través de los distintos empleos; conforma el gabinete, cita al Concejo Municipal y en su seno libra debates y delibera.

1.7. Artículos 113 y 155 in. fine. Los decretos impugnados violan el principio de separación de los poderes públicos.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

2.1. Por conducto de apoderados, los demandados contestaron la demanda (fls. 78 - 91), oponiéndose a sus pretensiones y exponiendo los argumentos que la Sala resume así:

No es cierto que la Carta Política confiere competencia exclusiva a los ciudadanos para elegir alcaldes municipales, pues su contexto no prohíbe que en casos de vacancia absoluta y de manera excepcional puede deferirse esta facultad al Gobierno Nacional, tal como establece la Ley 104 de 1993. La demanda se vale literalmente del texto del artículo 260 de la Carta Política, sin tener en cuenta el 261 *ibídem* que se encarga de las vacancias absolutas para cargos en corporaciones públicas, omitiendo reglar los casos de vacancia del Presidente y Vicepresidente de la República, de los Gobernadores y de los Alcaldes; quedó deferido a la reglamentación legal, si la Carta se ocupó de un

caso, mal podría concluirse que el otro quedó en el vacío, o lo que es peor, entender que para dicho caso obliga la elección popular.

Los demandantes anteponen la elección popular de los alcaldes al principio que recoge el artículo 1o. de la Carta Política según el cual "Colombia es un Estado Social de Derecho"; la Ley 104 de 1993 que permite al Presidente de la República la elección (sic) de alcaldes en forma excepcional desarrolla la Constitución Política en esta noción fundamental del Estado de Derecho.

Es en aras del Estado Social de Derecho y bajo la tutela de todo lo que el significa, que la citada Ley 104 de 1993, incluye el precepto que contiene su art. 114; no existe nada más contrario al estado social que las amenazas, intimidaciones o presiones indebidas, así como el secuestro y el homicidio contemplados en el art. 114 y sólo en tales eventos es aplicable la norma.

La disposición referida es de carácter restrictivo, de índole taxativa y aplicación excepcional, pues sólo procede cuando sobreviene una de las causales allí señaladas, tales causales son específicas y cada una de ellas corresponde a un hecho de fuerza mayor; se requiere, además, que la Fiscalía General de la Nación certifique que la muerte del funcionario fue causada por la subversión o por organización criminal, evento que se ajusta al *sub-judice.*

Los demandantes confunden el grado de oficiales de la Policía con un cargo oficial dentro de la estructura del Estado colombiano. Siempre ha existido una carrera profesional de oficiales de Policía, actualmente regulada por el Decreto 41 del 10 de enero de 1994 y cada grado expresa una jerarquía determinada y no un cargo oficial.

El estatuto mencionado permite a los oficiales y sub-oficiales asistir a dependencias diferentes de la Policía para cumplir misiones especiales del servicio (arts. 58 D. 41/ 94); fue lo que ocurrió con los capitanes Gil Caicedo y Coba Santos, quienes, por resoluciones del Ministerio de Defensa Nacional, fueron asignados en comisión permanente a la administración. Posteriormente, mediante los decretos demandados, el Gobierno Nacional nombró a los oficiales mencionados en reemplazo de las señoras María Zunilda Millán y Flor Delia Roldán.

Desde la Constitución de 1986 se consagró el principio según el cual la fuerza pública no es deliberante y lo que él significa es que a sus miembros les está vedado ejercer el derecho al sufragio y participar en actividades propias de grupos políticos, pero no ejercer cargos como el de alcalde municipal y menos aún en casos realmente excepcionales como lo contemplado en el artículo 114 de la ley 104 de 1993.

No se viola el principio de separación de los poderes públicos, pues mientras el oficial desempeña el cargo de alcalde no puede ejercer ningún otro dentro de la estructura del Estado.

2.2. Por su parte, el Ministerio de Gobierno constituyó apoderado, quien exponiendo argumentos similares a los expresados por el apoderado de los demandados contestó la demanda (fls. 104-106).

3. EL CONCEPTO DE PROCURADURIA. (Fls. 130-138).

El Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado (e) solicita la denegación de las súplicas de la demanda, considerando que el artículo 114 de la Ley 104 de 1993 autoriza al Presidente de la República para nombrar libremente el reemplazo de los alcaldes cuando se den las especiales circunstancias previstas en dicha norma que es concordante con el artículo 1o. *ibídem.*

En el proceso obran sendos oficios del Fiscal General de la Nación, dirigidos al Ministerio de Gobierno, en los que de Labranzagrande y Chámeza obedeció a comportamientos ejecutados por grupos rebeldes o sediciosos; por lo tanto, el ejecutivo sencillamente se ciñó a lo dispuesto por la Ley 104 de 1993, que consagra los instrumentos necesarios para garantizar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Los decretos demandados no violan el artículo 128 de la Constitución Nacional, toda vez que obran en el proceso las resoluciones Nos. 0532 y 0533 del 17 y 18 de enero de 1994, respectivamente, emanadas del Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se asigna, en comisión permanente en la administración pública, a los oficiales de la Policía Nacional, capitanes Jorge William Gil Caicedo y Henry Coba Santos, por consiguiente, en virtud de tal comisión, los oficiales mencionados quedaron separados en forma transitoria del ejercicio de la autoridad militar que implica el don de mando de que gozan los superiores en las instituciones armadas.

Se pueden presentar ausencias temporales o definitivas de los alcaldes, situaciones que deben suplirse de acuerdo con la normatividad existente que para casos como el *sub-judice* no es otra que el artículo 114 de la Ley 104 de 1993, dadas las especiales circunstancias de violencia en que ocurrieron las muertes de las alcaldesas de Labranzagrande y Chámeza, refrendadas con los oficios suscritos por el Fiscal General de la Nación.

El nombramiento de los alcaldes demandados se hizo teniendo como apoyo normas constitucionales como los artículos 2o. y 189-4 que también tienen aplicación en la expedición de los decretos demandados.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Los actos de nombramiento demandados, fueron proferidos por el Gobierno Nacional, luego, esta Sala es competente para conocer el presente proceso, por virtud

de lo dispuesto en el artículo 128-4 del C.C.A. en concordancia con el artículo 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

EL FONDO DEL NEGOCIO

Procede la Sala a resolver los cargos en el orden propuesto en la demanda.

I. **Violación del preámbulo de la C.N. y de los arts. 1o. 2o. 260 y 314** ***ibídem,*** según los siguientes argumentos:

a) Conforme el art. 260 de C.N. los ciudadanos eligen directamente a los Alcaldes y, por lo mismo, ninguna autoridad puede nombrarlos.

Aunque el Presidente actúa legalmente porque lo hace conforme a lo previsto por el art. 114 de la Ley 104 de 1993, su conducta viola principios y valores constitucionales.

b) La palabra "libremente", que aparece en el art. 114 citado, está descontextualizada del orden constitucional. Por consiguiente, hay violación de los arts. 1o. y 2o. de la Carta, así como el preámbulo de la misma.

Los Alcaldes municipales no pueden ser nombrados sino elegidos, por lo que el Gobierno Nacional desbordó la competencia reservada por el propio pueblo para su exclusivo ejercicio.

c) Resulta infringido el art. 314 de la C.N. porque los Alcaldes deben ser elegidos popularmente y no por voluntad presidencial ni de acuerdo a las circunstancias y conveniencias políticas de un presidente o gobernador.

Podría pensarse, anota la demanda, que a los ciudadanos corresponde elegir a los Alcaldes y al Presidente nombrarlos en los casos autorizados en la ley. Tal interpretación rompería con el espíritu de la C.N. porque la voluntad del pueblo colombiano es la elección directa de los Alcaldes por los ciudadanos sin que ello intervenga autoridad alguna pues es la máxima expresión de la democracia y participación en las que está sustentado el Estado Social de Derecho.

En el caso de autos, en concepto de la parte actora, prima la Constitución, art. 4o. y, por lo tanto, es inaplicable el art. 114 de la Ley 104 de 1993, que faculta al Presidente de la República para nombrar libremente los Alcaldes cuando pierden su vida por acción de las organizaciones criminales o subversivas a consideración del Fiscal General de la Nación.

Se observa:

Como aspectos previos al estudio, la Sala debe hacer las siguientes precisiones:

1. La demanda considera que la actuación del ejecutivo al nombrar los alcaldes de Chámeza y Labranzagrande se ciñó a las previsiones del art. 114 de la Ley 104 de 1993; en consecuencia, la Sala no se ocupará en analizar en este punto, si los actos acusados se ciñen a la ley en cita por ser aspecto que no se discute en el libelo.

2. La norma legal que se acusa no ha sido declarada inexequible por la H. Corte Constitucional. En consecuencia, el estudio que aquí se emprende sólo puede estar referido a la violación de las disposiciones constitucionales invocadas en la demanda como infringidas por el art. 114 de la Ley 104 de 1993, pues es claro que esta Corporación no puede adelantar un análisis por fuera de tales parámetros por no tener competencia para actuar en sede constitucional.

3. Habida consideración de lo anterior el estudio se centrará en comparar el art. 114 de la Ley 104 de 1993, con las disposiciones constitucionales invocadas como infringidas, para establecer si el primero viola en realidad las segundas y, por consiguiente, es del caso dar aplicación prevelente de las disposiciones constitucionales.

4. Conforme a la jurisprudencia de la Corporación, sentada por sentencia de Sala Plena del 8 de marzo de 1982 que prohija la sentencia del 21 de marzo de 1980 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, para decidir si se aplica la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto, deben cumplirse, además de la competencia, los requisitos que allí se señalaron y que la Sala se permite transcribir:

> "b) Como se trata de un medio exceptivo la incompatibilidad entre la ley de cuya aplicación se trata y una norma constitucional debe afectar directamente un derecho particular o subjetivo jurídicamente protegido por la disposición constitucional que se dice violada.
>
> c) La violación de la Constitución debe ser de tal manera abrupta que para deducirla no haya lugar a profundas lucubraciones jurídicas sino que ella se haga ostensible a la sola comprensión de los textos incompatibles".

Precisamente sobre este último aspecto, dice la mencionada sentencia:

> "La característica que se estudia excluye para la aplicación de la disposición constitucional, aquellas violaciones constitucionales que se puedan dar por vía indirecta, esto es que sólo puedan apreciarse a través de un silogismo que mediante la comparación de varios textos constitucionales conduzca a la incompatibilidad de la ley con la norma superior".

Con base en lo anterior, debe la Sala efectuar el análisis correspondiente:

Dice el art. 114 de la Ley 104 de 1993, cuestionado:

"En caso de que un gobernador o alcalde renuncie como resultado de amenazas, intimidación o presión de la subversión u organización criminal, o sea secuestrado o haya perdido su vida por causa de las mismas y así lo considera la Fiscalía General de la Nación, el Presidente de la República podrá nombrar libremente su reemplazo".

Tal como se indicó al comienzo, la anterior disposición debe compararse con las normas invocadas en la demanda y a ellos procede:

Como ya se reseñó, la primera de las disposiciones constitucionales que se invocan como infringidas dice:

"Art. 260. Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, miembros de las Juntas Administradoras Locales y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale".

Conforme a la transcripción, el art. 260 de la C.N. establece la elección de distintas autoridades, entre las cuales se cuentan los alcaldes municipales.

El artículo precisa que la elección debe hacerse de manera directa.

La expresión "directa", en sí misma considerada, tienen connotación de modalidad no de prohibición genérica, como parece deducirlo la demanda y se utiliza en la norma para excluir cualquier modalidad indirecta de elección que sí estaría excluida por la norma constitucional.

Ahora bien, el art. 260 de la Carta no regula la forma de llenar vacancias por muerte de quienes resultan elegidos mediante el procedimiento señalado en la norma constitucional.

No puede, por consiguiente, deducirse violación de la disposición constitucional por este aspecto por parte del art. 114 de la Ley 104 de la Ley 104 de 1993, porque de la lectura de esta última norma no se infiere de manera alguna que se haya reemplazado la elección de que trata la disposición constitucional por un nombramiento sino que se dispone la manera de suplir la falta absoluta por la muerte del alcalde titular.

De otra parte, en los casos en estudio hubo elección popular de los Alcaldes y se está supliendo la falta absoluta generada por la muerte de los titulares.

Se plantea también por la demanda que la norma transcrita de la Ley 104 de 1993, incurre en la violación del preámbulo y de los arts. 1o. y 2o. de la C.N. con invocación de varias sentencias d la H. Corte Constitucional, por cuanto se considera que se infringen sus definiciones acerca de lo que debe entenderse por Estado Social de Derecho.

El preámbulo y los arts. 10. y 20. de la C.N., son del siguiente tenor:

"PREAMBULO

"El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

ART. 1o. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

ART. 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 instituidas 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".

Al respecto debe precisarse en primer término, que en los actos acusados se menciona el artículo 1o. a más de los artículos 22 y 188 de la Carta que tratan en su orden, sobre el Estado Social de Derecho, sobre el derecho fundamental a la paz y sobre la obligación de garantizar los derechos y libertades a todos los colombianos.

Sobre estas consideraciones que trae cada uno de los actos de nombramiento acusados, no se detendrá la Sala por cuanto contra ellas no se dirige la demanda.

Ahora bien, el sentido de la palabra "libremente" a que alude concretamente el libelo como fundamento del cargo y que contiene la norma acusada, considera la Sala

que interpretada conforme a las normas constitucionales no tiene el alcance que se le asigna en la demanda, pues su sentido no es el de cambiar la elección de que tratan el art. 260 y el 314, porque, se repite, en los casos que se estudian dicha elección se llevó a cabo, sino de regular la manera de suplir la falta absoluta de un alcalde por los motivos allí señalados, aspecto que venía regulando aunque de manera más general pero con mayores limitaciones en la Ley 78 de 1986 y aparece prevista para la misma situación fáctica en la Ley 136 de 1994.

En tales condiciones, la Sala sólo puede precisar, en relación con la acusación, que el legislador tiene en principio, la competencia para establecer prioridades entre los derechos consagrados constitucionalmente, para cumplir los fines del Estado y, por lo demás, no es Sala el Tribunal competente, como se afirmó en un comienzo, para establecer la prelación de los derechos que son fuente de ley, porque tal asunto debe ser decidido en sede constitucional.

Debe precisarse, igualmente de manera general, que el mayor o menor acierto de la Fiscalía al producir la constancia de que habla la Ley no es argumento válido conforme a lo dicho anteriormente, para considerar inconstitucional o no una disposición y, por lo mismo, no lo analizará la Sala como tal, sino que lo desechará por cuanto no aparece demostrado que la constancia no se ajustara a la realidad.

Se invoca como infringiendo el art. 314 de la C.N. que dice:

"Art. 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio que será elegido popularmente para períodos de tres años; no relegible para el período siguiente.

"El Presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados en la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

"La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esa atribución".

La Constitución establece en la norma transcrita:

- La existencia de un alcalde en cada municipio, cuya condición es la de jefe de la administración local y representante legal.

- La elección de los alcaldes municipales.

- El período del gobierno.

- La posibilidad de ser suspendidos o destituidos por el Presidente o el Gobernador.

- Defiere a la ley el establecer las sanciones para el ejercicio indebido de dicha atribución.

Como en el análisis sobre los puntos anteriores, en éste observa la Sala que la norma constitucional no regula lo concerniente al reemplazo de los titulares por razón de las faltas absolutas, ni entre las mismas se señala prohibición alguna de llenarlas.

La Sala observa que las previsiones constitucionales son distintas y anteriores a la situación regular por la Ley pero no la condicionan en forma expresa.

Considera la Sala que el legislador no sólo tiene competencia sino que está en la obligación de establecer cuándo se producen las faltas absolutas y cómo deben suplirse las mismas, siempre que en la Constitución no se disponga nada en concreto o se prohíba dicha definición a la Ley.

En este orden de cosas, para la Sala es claro que no se da un enfrentamiento directo y abrupto, como lo señala la Jurisprudencia atrás invocada entre la regulación legal acusada y la Constitución Nacional, en la forma en que aparece planteada en la demanda, por lo que no es del caso inaplicar la ley.

No prospera el cargo.

II. El segundo cargo planteado en la demanda consiste en que la constitución define la función de la Policía Nacional por lo que el Gobierno no puede desconocerla mediante un nombramiento.

Explica que el art. 218 de la C.N. define la Policía Nacional; al art. 121 *ibídem*, dispone la prohibición para las autoridades del Estado para ejercer funciones distintas de las atribuidas por la Constitución y la ley; en la misma forma se pronuncia la Ley 62 de 1993, arts. 1o. y 2o.

Invoca la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia del 21 de abril de 1982.

Se observa:

Las disposiciones invocadas como infringidas son del siguiente tenor:

"ART. 218. La Ley organizará el cuerpo de policía.

"La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

"La Ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario".

Por su parte el art. 121 de la Carta dice:

"ART. 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

Los arts. 1o. y 5o. de la Ley 62 de 1993 rezan:

"Art. 1o. Finalidad. La Policía Nacional, como parte de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida 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. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz.

"La actividad de la Policía está destinada a proteger los derechos fundamentales tal como está contenido en la Constitución Política y en pactos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por Colombia. La actividad policial esta regida por la Constitución Política, la Ley y los derechos humanos".

El art. 5o., *ibídem*, es del siguiente tenor:

"Art. 5o. Definición. La Policía Nacional es un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana".

De manara general debe precisarse que las inhabilidades se predican de los individuos, no de las instituciones, salvo a que la Constitución y la ley así lo dispongan, que no es el caso de autos en el cual los nombrados no son la institución policial sino dos de sus miembros.

Ahora bien, conforme aparece demostrado en el expediente, en el presente caso quienes fueron nombrados como Alcaldes habían sido comisionados en debida forma ante la Administración, por lo que quedaron separados de las funciones que venían desempeñando como miembros de la Policía Nacional.

De otra parte, el supuesto no demostrado según el cual los señores capitanes de la Policía aunque fueron comisionados ante la Administración y nombrados como Alcaldes siguieron desempeñándose como autoridades de Policía aparte de ser una

hipótesis apenas sugerida en la demanda, se constituye en aspecto ajeno al proceso y, por ser posterior al nombramiento estaría sujeto a la investigación y sanciones pertinentes pero distintas a la anulación del acto o actos acusados.

En tales circunstancias, para la Sala es claro que quien está en las condiciones anotadas podía desempeñarse como alcalde, por lo que no prospera el cargo.

III. Los nombrados por los actos acusados se desempeñan simultáneamente como oficiales de la Policía Nacional y como alcaldes municipales, lo que está prohibido por la Constitución, por lo que se viola con los nombramientos el art. 128 de la C.N. porque nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público.

El art. 128 de la C.N. es del siguiente tenor:

> "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.
>
> "Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas".

Al respecto se observa:

Tal como lo ponen de manifiesto la parte demandada y el Ministerio Público, una cosa es el rango que se ostente dentro de las Fuerzas Militares o de Policía y otra muy distinta el ejercicio simultáneo de dos cargos.

En el presente caso está claro que quienes fueron nombrados como Alcaldes tenían el grado de capitanes de la Policía pero no se demuestra el cargo que desempeñaban dentro de la institución.

No obstante, sí aparece demostrado que fueron comisionados en forma permanente a las administraciones departamentales, comisión que conlleva la separación del cargo que venían desempeñando con el rango de capitán de la Policía, para prestar un servicio determinado en la Administración a la que fueron comisionados.

Una vez comisionados, los capitanes fueron nombrados en el cargo de Alcaldes. Es decir, fueron separados del ejercicio del cargo que desempeñaban con el rango de capitanes y destinados a prestar un servicio a la Administración, en las condiciones conocidas.

Para la Sala es claro que no aparece demostrado el desempeño simultáneo de dos cargos en la Administración; no prospera el cargo.

IV. La fuerza pública no puede participar en política, como, manifiesta, lo tendrán que hacer los capitanes nombrados como alcaldes.

El art. 219 de la C. N. establece que ninguno de los miembros de la fuerza pública puede intervenir en actividades o debates de partidos y movimientos políticos sobre el principio de que la fuerza pública no es deliberante.

Explica que quien tiene la calidad de alcalde municipal debe intervenir inevitablemente en actividades de los partidos políticos porque debe distribuir las cuotas de poder a través de los distintos empleos y la conformación del gabinete municipal; debe citar al Concejo Municipal y librar debate y deliberación.

La fuerza pública no puede prestarse a participar en política.

La norma que se invoca como infringida es del siguiente tenor:

> "Artículo 219. La fuerza pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo con arreglo a la ley.
>
> "Los miembros de la fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos".

Se observa:

De conformidad con el art. 127 de la C.N. quienes ejercen como empleados del Estado, entre los cuales se cuentan los Alcaldes, tienen prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas.

El fundamento de la prohibición, como se ve, es general y no por razón de pertenecer a instituciones determinadas.

Ahora bien, como la violación a la prohibición prevista en la Carta sólo se configura en el desempeño del cargo, no es causal de inhabilidad sino de incompatibilidad, y por lo mismo no afecta los nombramientos sino el ejercicio mismo del cargo; así, quien ejerce como Alcalde no puede intervenir en política so pena de hacerse merecedor de las sanciones correspondientes.

Como se deduce fácilmente, los presupuestos fácticos no responden a las previsiones normativas, por lo que el cargo debe despacharse desfavorablemente.

V. Violación del principio de separación de poderes de que trata el art. 113 y el 155 inciso final de la C.N. propuesto como un freno de los gobernados a la potestad ilimitada de los gobernantes.

El art. 113 de la C.N. dice:

"Artículo 113. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

"Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

El art. 155, inciso final, de la C.N. dice:

.....

"Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las cámaras en todas las etapas del trámite".

Se observa:

Realmente no hay coincidencia entre las normas que se estiman infringidas con el concepto de violación.

De la anterior transcripción de las disposiciones que se consideran infringidas se deduce que las mismas no tienen aplicación en el presente caso.

En efecto, por razón de los nombramientos no hay violación del principio de la separación de poderes ni por el lado del nominador ni por el lado del nombrado.

En efecto, para el primer caso, los poderes cuya separación se predica son el legislativo, el ejecutivo y el judicial y en ningún caso puede darse la violación alegada.

En el segundo, porque quienes fueron nombrados como Alcaldes sólo pueden ejercitar la autoridad administrativa y fueron separados de cualquier autoridad de Policía, por razón de la comisión que les fue otorgada y están sujetos en el ejercicio del cargo a las normas reguladoras del mismo, por lo que los nombrados no están infringiendo la separación de poderes en lo relacionado con la aceptación de los nombramientos, que es el asunto sometido a estudio.

Así las cosas se concluye que no prospera el cargo y, por lo mismo, las pretensiones de la demanda deben despacharse desfavorablemente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Háganse las comunicaciones de Ley.

En firme este proveído, archívense las presentes diligencias.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de M., Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía* (salvó voto), *Miguel Viana Patiño* (Salvó voto), *Clara González de Barliza*, Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE-Nombramiento/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Extralimitación de funciones/**ALCALDE**-Elección/**VACANCIA ABSOLUTA**-Régimen aplicable/**ESTADO SOCIAL DE DERECHO/ENTIDADES TERRITORIALES**-Facultades/**AUTONOMIA**/(Salvamento de voto)

"Facultar al Presidente de la República para nombrar libremente alcaldes, cuando quiera que se presenten las circunstancias previstas en el art. 114 de la Ley 104 de 1993, equivale al ejecutivo una facultad absoluta que lo coloca por encima de todo valor, principio o norma constitucional que pudiera limitar su actuar. A lo anterior hay que agregar que para el 30 de diciembre de 1993 regía y se aplicaban por lo contraria la nueva Carta Política, las Leyes 78 de 1986, 49 de 1987 y el Decreto 1001 de 1988, que regulaban lo pertinente a las vacancias absolutas y permanentes de los alcaldes, habiendo sido contemplada la muerte dentro de las primeras (art. 13 L. 78/86), caso en el cual el Presidente o el Gobernador designaba el reemplazo, pero únicamente en calidad de "encargado" (arts. 8 L. 49/86 y 1 8 L. 1001/88), hasta tanto no se realizara nueva elección o expiara el período respectivo, dicha designación suplía el vacío de poder generado por la falta de mandatario. Si bien es cierto la ley 104 de 1993, señala en el art. 1o., la finalidad loable de dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces, para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta, ello en manera alguna legitima el desconocimiento de precepto alguno de la Carta Política, como tampoco puede legitimar los actos dictados con fundamento en una norma que como el aludido art. 114 va

en contravía de la normatividad constitucional puesto que, según quedó dicho, tanto el legislador en su labor de crear la ley como el juez al aplicarla deben procurar el desarrollo de los principios y valores contenidos en la Carta fundamental. Corolario de lo expuesto, que es el art. 114 de la Ley 104 de 1993 se pone al principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales, cuyo alcance político se proyecta en el derecho que asiste a los habitantes de cada entidad a elegir, mediante el voto directo, entre otras autoridades, a los alcaldes municipales (art. 260 C.N.)"

Referencia: Expediente 1097. Electoral única instancia.

Consejero Ponente: *Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Actor: Adriano Muñoz Barrera y otro.

Con el debido respeto por el criterio y la opinión manifestada en la providencia aprobada por la mayoría, me permito apartarme de lo en ella expresado por los siguientes motivos:

En su labor de aplicar la ley, el Juez debe procurar el desarrollo de los principios y valores fundamentales consagrados en el título primero de nuestra Carta Política, que orientan el Régimen Jurídico Constitucional, como el de la democracia participativa y pluralista, de la soberanía popular y de la supremacía constitucional, etc., pidiendo en caso de duda frente a una norma constitucional y una legal, absolverla en favor de la decisión que más se avenga a dichos principios, o excluyendo del ordenamiento legal toda disposición que les sea contraria; en este caso puede acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Carta Fundamental, que habilita a los jueces para no aplicar la ley en casos concretos en los que se plantee contradicción entre un precepto legal y un mandato constitucional.

En el *sub-lite* resulta relevante al principio de la autonomía de las entidades territoriales, consagrado en el artículo 1o. de la Carta Política, que a la letra dice:

> "ART.1. Colombia es un Estado Social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, **con autonomía de sus entidades territoriales**, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". (Se subraya).

Aun cuando el precepto transcrito determina que Colombia es un Estado unitario, también señala que es descentralizado y como consecuencia consagra el principio de la autonomía de sus entidades territoriales; dicho principio aparece reiterado en el

artículo 287 *ibídem*, pero previniendo que la gestión de los intereses de tales entidades debe hacerse "dentro de los límites de la Constitución y la ley" conforme corresponde a un Estado organizado en forma de República unitaria.

En virtud del principio constitucional referido, la disposición premencionada consagra, en favor de las entidades territoriales, los siguientes derechos:

"1. Gobernarse por autoridades propias.

"2. Ejercer las competencias que les correspondan.

"3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

"4. Participar en las rentas nacionales". (Se subraya).

Tanto la autonomía de las entidades territoriales, como los derechos constitucionales que de ella emanan, constituyen un límite a la acción del legislador que en este caso excedió al expedir una norma como el artículo 114 de la Ley 104 de 1993, que a la letra dice:

"ART. 114. En caso de que un gobernador o alcalde renuncie como resultado de amenazas, intimidación o presión de la subversión, u organización criminal, o sea secuestrado o haya perdido su vida por causa de las mismas y así lo considera la Fiscalía General de la Nación, el Presidente de la República podrá nombrar libremente su reemplazo". (Se subraya).

Para Guillermo Cabanellas, la acepción **libremente** significa "con desenfreno", "con libertad" y la libertad según el mismo autor es, entre otras cosas "Ausencia de dirección, potestad o guía", (Cabanellas, Guillermo. *Diccionario T.V.* J-O, págs. 190-177), luego entonces, facultar al Presidente de la República para nombrar libremente alcaldes, cuando quiera que se presenten las circunstancias previstas en el artículo 114 de la Ley 104 de 1993, equivale a otorgarle al ejecutivo una facultad absoluta que lo coloca por encima de todo valor, principio o norma constitucional que pudiera limitar su actuar.

A lo anterior hay que agregar que para el 30 de diciembre de 1993, fecha en la que se promulgó la Ley 104 de 1993, regía y se aplicaban por no contrariar la Nueva Carta Política las leyes 78 de 1986, 49 de 1987 y el Decreto 1001 de 1988, que regulaban lo pertinente a las vacancias absolutas y temporales de los alcaldes, habiendo sido contemplada la muerte dentro de las primeras (art. 13 L. 78/86), caso en el cual el Presidente o el Gobernador designaba el reemplazo, pero únicamente en calidad de "encargado" (arts. 8o. L. 49/86 y 1o. y 8o. D. 1001/88), hasta tanto no se realizara nue-

va elección o expirara el período respectivo, dicha designación suplía el vacío de poder generado por la falta del mandatario.

Si bien es cierto que la Ley 104 de 1993 señala en su artículo 1o., la finalidad loable de dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta, ello en manera alguna legitima el desconocimiento de precepto alguno de la Carta Política, como tampoco puede legitimar los actos dictados con fundamento en una norma que como el aludido artículo 114 va en contravía de la normalidad constitucional puesto que según quedó dicho, tanto el legislador en su labor de crear la ley como el juez al aplicarla deben procurar el desarrollo de los principios y valores contenidos en la Carta Fundamental.

Corolario de lo expuesto es que el artículo 114 de la Ley 104 de 1993 se opone al principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales, cuyo alcance político se proyecta en el derecho que asiste a los habitantes de cada entidad a elegir, mediante el voto directo, entre otras autoridades, a los alcaldes municipales (art. 260 C.N.)

Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Santafé de Bogotá, D.C. 19 de octubre de 1994.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvamento de Voto del Consejero Dr. Miguel Viana Patiño.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Ref.: Expediente No. 1097. Actor: Adriano Muñoz Barrera y Otro.

Con el mayor respeto por la decisión mayoritaria de la Sala y por compartir plenamente los juicios y acertados razonamientos jurídicos expresados en el salvamento de voto del H. Consejero Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, adhiero al mismo; pues considero que el artículo 114 de la Ley 104 de 1993, está en contradicción con los principios constitucionales de la autonomía de las entidades territoriales y de la soberanía popular para elegir directamente a sus gobernantes (arts. 1o., 3o., 287 y 260 de la Constitución Nacional).

Miguel Viana Patiño.

CAPACIDAD ELECTORAL/PRINCIPIO DE LA ELEGIBILIDAD

"En materia electoral es regla general la elegibilidad, siendo la inegibilidad una excepción, luego, salvo los casos en que una norma expresa imponga limitantes, los ciudadanos pueden aspirar libremente a ocupar cargos de elección popular. El art. 1 del Decreto 2241 de 1986 dispone en la interpretación y aplicación de las reglas electorales se tendrán en cuenta, entre otros principios orientadores, el de la capacidad electoral, según el cual todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras no exista una norma expresa que limite su derecho, en consecuencia, agrega el mismo precepto, las causales de inhabilidad e incompatibilidad serán de interpretación restringida. Esta disposición no perdió vigencia con la expedición de la Constitución de 1991, puesto que su contenido no resulta incompatible y por tanto puede conciliarse con los nuevos mandatos de orden superior".

DIPUTADO/REGIMEN DE INHABILIDADES/CAUSAL DE INHABILIDAD-Inaplicación

"No resulta válido ni legal trasladar y aplicar a los diputados las causales de inhabilidad que para los miembros del Congreso señala el art. 179 de la Constitución Nacional, argumentando que el 299 *ibídem*, en su inciso tercero, establece que para los diputados el régimen en cuestión "no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas...", (subraya y resalta la sala); y es que esta condición está dirigida al legislador que no al intérprete a quien compete fijar el régimen de

inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, según dispuso el constituyente en los siguientes términos: "El régimen de inhabilidades de los diputados será fijado por la ley". (art. 299 inc. ter. C.N.)

DIPUTADO/INHABILIDAD/PENA ADMINISTRATIVA DE LA LIBERTAD/PENA IMPRESCRIPTIBLE-Inexistencia

"Según expresa el artículo 299 de la Carta Política, una condena o pena privativa de la libertad, con excepción de las que se imponen por delitos políticos y culposos, constituye motivo de inhabilidad para quien aspira a ser elegido diputado, pero como en ningún caso las penas podrán ser imprescriptobles (art. 28 *in fine* C.N.), ello significa que una vez éstas se cumplan, se declare su extinción o prescripción, desaparece la causal de inhabilidad para quien aspira a ser parte de una duma departamental ".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Quinta. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente Número 1159. Actor: Absalón Gartner Tobón. ELECTORAL SEGUNDA INSTANCIA.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la referencia.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

(FLS. 36-42).

En ejercicio de la acción pública electoral, el abogado Absalón Gartner Tobón demandó del Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad de la decisión contenida en el Acta No. 004 de marzo 10 de 1994, originaria de la asamblea de ese departamento, en cuanto le otorgó al señor José Román Hernández Nieto la investidura de Diputado y le dio la correspondiente posesión. Para el demandante, el acto impugnado equivale al de declaratoria de elección, y en su opinión quebranta los siguientes preceptos:

Artículo 299 (último inciso) de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que para ser elegido diputado, se requiere no haber sido ordenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y como el constituyente no distinguió sobre la cobertura de que la condena a pena aflictiva inhabilita "de por vida"; tal aserto encuentra respaldo en los artículos 179-1 y 229 (inc. tercero) de la Carta Política.

La severidad con que el contribuyente consagró la inhabilidad referida no convenció a la Asamblea Departamental al entrar a proferir el acto acusado, seguramente por su errónea conceptualización sobre el instituto jurídico de la rehabilitación, admisible única y expresamente para las penas accesorias (art. 92 C.P.), señaladas en el artículo 42 del Código Penal, no así para las penas principales que son prisión, arresto y multa (art. 41 C.P.); a igual conclusión hacen llegar los artículos 526 del C. de P.C., y el 71 del C.E., el último de los cuales habla de la rehabilitación piso jure de la interdicción de derechos y funciones públicas. Para apoyar su dicho, el demandante cita sentencia de Sala Plena, calendada el 7 de octubre de 1993, que decretó pérdida de investidura al ex representante Juan Fernando Góngora Arciniegas, fundamentándose en el artículo 179-1 de la Constitución Nacional que, al tenor del 299 (inc. ter), es aplicable a los diputados.

En el mismo escrito incoatorio, el actor solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, al juzgarlo violatorio del artículo 299 de la Carta Política, para cuya demostración aportó copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia que condenaron al señor José Román Hernández Nieto a la pena principal de un (1) año de prisión.

Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A., el Tribunal dictó sentencia (fls. 114-128), argumentando como seguidamente se resume.

EL PROVEIDO IMPUGNADO

1. En relación con la naturaleza de la acción, reiteró lo expuesto en auto que resolvió la solicitud de suspensión provisional en el sentido de que, la demanda se dirige contra el acto que implícitamente declaró como Diputado al señor José Román Hernández Nieto, ya que hasta el momento de su posesión sólo se daban respecto a él cómputos o escrutinios intermedios sin que la mera expectativa de llegar a ocupar una vacancia absoluta le otorgara a la calidad de diputado elegido.

Aun cuando la declaratoria de elección se refirió únicamente a los dos primeros candidatos de la lista, la ausencia de acto expreso de voluntad no impedía que se presentara demanda de nulidad, en ejercicio de la acción electoral, aduciendo que, aparentemente, no podía individualizarse el acto acusado en la forma reglada en el artículo 229 del C.C.A.

Lo anterior condujo al *a-quo* a concluir que, el término de caducidad debía contarse desde la fecha de posesión del señor Hernández Nieto, y en esas circunstancias no se configuraba la caducidad de la acción. La pretensión anulatoria, acotó el *a-quo*, no es del acta sino del acto jurídico que ella documenta.

2. En cuanto hace a la inhabilidad endilgada al demandado observó que, según la regla general del artículo 293 de la Carta Fundamental, el régimen de inhabilidades de los diputados será fijado por la ley, regla reiterada en el artículo 299 *ibidem* con la salvedad de que dicho régimen no podrá ser menos estricto que el señalado para los

congresistas; en su inciso final, el segundo de los canones constitucionales citados, señaló los requisitos para ser elegido diputado y entre ellos el de no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos, quiere ello decir que el constituyente reguló lo relativo a la inhabilidad en caso de condena a pena privativa de la libertad, sustrayéndolo de la competencia señalada al legislador en los artículos 293 y 299 (inciso tercero).

El constituyente podía crear norma especial para los diputados, sin que sea válido predicar que al hacerlo estaba obligado a no adoptar una regla menos estricta que la del artículo 179 de la C.N., según la cual no podrán ser elegidos congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad. De manera que el texto del artículo 179-1 no era un límite para la voluntad del constituyente, cuando éste decidió regular de manera específica algunos aspectos de la elegibilidad de los diputados.

El señor Hernández Nieto fue condenado a un año de prisión, habiéndosele concedido el beneficio de condena de ejecución condicional. Se aduce como defensa en este proceso que, en virtud de tal ejecución condicional, no se ha producido condena contra el demandado. En relación con lo anterior, el *a-quo* sostiene que la existencia de la condena es hecho diferente y no condicionado a que ella se cumpla o ejecute, tales los casos del subrogado de ejecución condicional o cuando el condenado no es aprehendido y la pena se extingue por prescripción.

En providencia del 9 de agosto de 1985, el Juzgado Tercero Penal del Circuito declaró extinguida la condena por haber transcurrido el término de prueba señalado en la sentencia condenatoria, sin que el condenado incurriera en conducta que lo privara del beneficio del subrogado de suspensión de pena. Como la condena contra Hernández Nieto no estaba vigente para la época del proceso electoral de 1992, se cuestiona si se encuentra incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 299 de la Constitución Nacional.

Para el caso de los diputados, el constituyente no utiliza la expresión "en cualquier época" que utilizó en el artículo 179 de la Carta Fundamental para los congresistas. Cabe preguntar si la inhabilidad del artículo 299 *ibídem* se refiere a condenas vigentes o el de entenderse que ella tiene efectos intemporales al igual que la del artículo 179?

La condena impuesta al señor Hernández se declaró extinguida desde agosto de 1985, por ello, al momento de las elecciones populares de 1992, no existía la inhabilidad que se le atribuye, por consiguiente, no prospera el cargo de nulidad.

Con base en las anteriores consideraciones, el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

1. En materia penal, la extinción del derecho o la obligación del Estado de investigar y sancionar las conductas delictivas tiene, por mandato del artículo 28 de la Constitución Nacional, un límite en el tiempo. Al cabal desarrollo de este mandato apuntan los artículos 76 y siguientes del C.P., consagrado como modos de extinción de la acción y de la pena, la muerte del sindicado, el desistimiento, la amnistía, el indulto y la prescripción. El modo de extinción de la pena más obvio es el cumplimiento de la misma ya sea en forma real y efectiva -reclusión- o en forma simbólica -concesión de la condena condicional- como ocurrió en el *sub-lite* y en donde la extinción de la pena se dio ante el cumplimiento de las obligaciones impuestas al tenor del artículo 69 *ibídem.*

Se extinguen las penas, pero no desaparecen del mundo jurídico las sentencias que imponen las condenas, quedan ahí, en el espacio tiempo físico y jurídico (arts. 248 C.N. y 12 C.P.), exigidas en antecedentes penales sin vocación de extinción por el transcurso del tiempo. Tal antecedente penal es el que el artículo 299 de la Constitución Nacional consagra como inhabilitante para ser elegido diputado a la Asamblea, sin señalarle, con respecto a la elección, límite temporal retrospectivo alguno. Límite que, cuando quiso, supo fijar, inclusive en el mismo artículo 299 al señalar el año inmediatamente anterior a la fecha de elección, como requisito de residencia en la respectiva circunscripción electoral.

Si, como asevera el Tribunal, la inhabilidad comentada desaparece cuando al momento de la elección se ha extinguido la condena, cabe preguntarse ¿cuándo y cómo hay posibilidad de aplicar el artículo 299 de la Constitución Nacional, si basta estar fuera de la cárcel por extinción de la pena, un día antes de elecciones, para que la inhabilidad también se extinga?

Si el constituyente hubiere querido darle a la inhabilidad en referencia el significado y alcance que le atribuyó el *a-quo*, fácil le habría quedado utilizar esta o semejantes oraciones: "Para ser diputado se requiere... no ESTAR condenado a pena ..." o, "...se requiere... que no exista condena VIGENTE..."

Restringir el alcance del artículo 299 de la Constitución Nacional (ult. inciso), equivale a adoptar, para los diputados, un régimen jurídico de inhabilidades menos estricto que el señalado para los congresistas, en contravía de lo mandado en el inciso tercero de la citada norma.

2. En cuanto a la rehabilitación, insiste en que a la luz de los artículos 42, 92 del C.P. y 526 del C.P.P., es una figura que no procede para las penas principales sino para las accesorias.

3. En relación con la sentencia de esta Sala (Exp. 1013), citada por el *a-quo* como jerarquizado respaldo de su decisión, se dice que el artículo 5o. literal c.) de la ley 78

de 1986 -modificada por el art. 12 L. 53 de 1990- introduce un requisito de temporalidad que ubica en el tiempo la presencia de la causal y la referencia "al momento de la inscripción" para que ella produzca los efectos de nulidad que invalide la elección del mandatario municipal. En principio ello es cierto, pero la norma que se está interpretando no señala, con anterioridad "al momento de la inscripción", límite de temporalidad hacia el pasado y la exigencia de que la sentencia condenatoria de carácter penal "se encuentre debidamente ejecutoriada al momento de la inscripción" es apenas lógica, justa y legal; pues si no está en firme no ha nacido al mundo jurídico y mal podría tener consecuencias adversas para quien todavía está amparado por la presunción constitucional de inocencia. Pero todo ello referido "al momento de la inscripción" y no a un lapso determinado antes de la misma. Tan no existía ese lapso, que en el artículo 95 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994, el legislador con inobjetable competencia, señaló un término de diez años anteriores a la elección, como límite temporal retrospectivo de la inhabilidad resultante de la condena penal; ello quiere decir que esos límites de temporalidad hacia el pasado, con respecto a antecedentes inhabilitantes, solo los puede señalar el legislador y por excelencia el constituyente, que en el *sub-júdice* no quiso fijar término alguno por lo que al juez le está vedado hacerlo, así sea inspirado en nobles motivaciones de presunta justicia con respaldo jurisprudencial, pues el orden de prelación de estas categorías está bien establecido en el artículo 230 de la Constitución Nacional.

Los fenómenos de prescripción, rehabilitación y extinción a que se refiere la sentencia en comento, (arts. 28 y 98 C.P.) obedecen al principio de intemporalidad de las penas que, por supuesto, siempre se extinguen en virtud de los supuestos contemplados en los artículos 42, 76 y siguientes, 92 del C.P.C., normas que cabalmente desarrollan los preceptos constitucionales en cita, y que no se oponen ala intemporalidad de algunos antecedentes inhabilitantes, para ejercer determinadas funciones públicas y que, en estricto sentido jurídico no son penas, como no lo son los parentescos inhabilitantes.

Con base en las razones anteriormente resumidas, el actor solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida, para que en su lugar se acojan las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, solicita la confirmación de la sentencia recurrida, considerando como seguidamente se resume:

En primer término precisa que, las inhabilidades para ser Congresista no puede aplicarse por analogía a los diputados, aduciendo que el artículo 299 de la C.N., indica que el régimen de estos no podrá ser menos estricto que el señalado para aquellos, puestos que la misma norma superior dispone que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados debe ser regulado por la ley. En este sentido

transcribe aparte de la sentencia dictada por esta Sala el 12 de marzo de 1993 (Exp. 0903. Actor: Servando Sánchez Cardozo. Consejero Ponente Dr. Miguel Viana Patiño).

Coincide con la afirmación del Tribunal en el sentido de que, la constitución reguló de manera especifica la inhabilidad que se está estudiando, sin recoger la regla del artículo 179-1 *ibídem*. Como el constituyente no utilizó la expresión" en cualquier época" para el caso de los diputados, debe deducirse que la inhabilidad se configura cuando exista condena vigente como lo concluyó aquél. Habiendo quedado demostrado que la condena impuesta al demandado no se encontraba vigente al momento de su elección como diputado, pues fue declarada extinguida el 9 de agosto de 1985, no prospera la inhabilidad pretendida en la demanda.

CONSIDERACIONES

1. El escrito contentivo de la alzada fue presentado dentro de la oportunidad que para efecto señala el artículo 250 del C.C.a., y esta Sala es competente para resolverlo, conforme prevén los artículos 129-2 y 231 del C.C.A., en concordancia con el 1o. del Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

2. El actor estima que el acto impugnado es violatorio del artículo 299 (último inciso) de la Constitución Nacional, en concordancia con el 179-1 *ibídem* y armonizando con el inciso tercero del primero de los preceptos citados, que a la letra dice:

"Art. 299.-

(...)

"Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio tener más de veintiún años de edad, **no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los políticos o culposos** y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

"Art. 179. No podrán ser congresistas:

"1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

(...)

"Art. 299.-

(...)

"El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos. El período de los diputados será de tres años".(subraya y resalta la Sala).

Dentro de la gama de derechos fundamentales, consagrados en el Título II de la Carta Fundamental, están los derechos políticos de participación ciudadana en la conformación,ejercicio y control del poder político, cuya efectividad se logra mediante la puesta en marcha y el ejercicio de varias instituciones y formas, entre las cuales se destaca el derecho a elegir y ser elegido (art. 40-1 C.N.)

En materia electoral es regla general la elegibilidad, siendo la inelegibilidad una excepción, luego, salvo los casos en que una norma expresa imponga limitantes, los ciudadanos pueden aspirar libremente a ocupar cargos de elección popular.

El artículo 1 del D. 2241 de 1986, dispone en la interpretación y aplicación de las reglas electorales se tendrán en cuenta, entre otros principios orientadores, el de la capacidad electoral, según el cual todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras no exista una norma expresa que limite su derecho, en consecuencia, agrega el mismo precepto, **las causales de inhabilidad e incompatibilidad serán de interpretación restringida**. Esta disposición no perdió vigencia con la expedición de la Constitución de 1991, puesto que su contenido no resulta incompatible y por tanto puede conciliarse con los nuevos mandatos de orden superior.

En este orden de ideas, no resulta válido ni legal, trasladar y aplicar a los diputados las causales de inhabilidad que para miembros del Congreso señala el artículo 179 de la Constitución Nacional, argumentado que el 299 *ibídem*, en su inciso tercero, establece que, para los diputados, el régimen en cuestión "...No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas...", (subraya y resalta la Sala); y es que esta condición está dirigida al legislador -que no al intérprete a quien compete fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, según dispuso el constituyente en los siguientes términos: "El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley" (art. 299 inc. ter. C.N.).

En consonancia con lo dicho antes, la Sala circunscribirá su estudio al motivo de inhabilidad invocado en la demanda y señalado en el artículo 299, *in fine*, de la Carta Fundamental, según el cual el señor José Román Hernández Nieto no podía ser Diputado a la Asamblea Departamental de Risaralda, en razón de haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito que no era político ni culposo.

Las aportadas al proceso demuestran los siguientes hechos:

2.1. En sesión realizada por la Asamblea Departamental de Risaralda, el día 10 de marzo de 1994, el Presidente de esa Corporación dio posesión al demandado, José

Román Hernández Nieto (fl. 28), en reemplazo del Diputado Octavio Carmona Salazar quien había renunciado (fl. 34).

2.2. Mediante providencia calendada el 7 de julio de 1983 (fl. 2-10), el Juzgado Tercero Penal de Circuito resolvió condenar al señor Hernández Nieto a la pena principal de un (1) año de prisión, como responsable del delito de privación ilegal de la libertad y, por el mismo término, a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad si la tuviera. El despacho referido le concedió al procesado la condena de ejecución condicional y, en consecuencia, le suspendió el cumplimiento de la sentencia por un período de dos años. La decisión referida fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Distrito Judicial de Pereira, mediante proveído fechado el 15 de septiembre de 1930 (fls. 12 - 14).

2.3. Posteriormente, con fecha 9 de agosto de 1985 (fls. 17 - 18), el primero de los despachados referidos, dictó proveído declarando extinguida la pena impuesta al señor a José Román Hernández Nieto, en razón del vencimiento del período de prueba, sin que el procesado hubiere incurrido en nuevo delito o violado las obligaciones que le fueron impuestas al momento de concederle el beneficio.

Afirma el apelante que las sentencias que imponen condenas quedan en el espacio -tiempo físico y jurídico y que al tenor de los artículos 248 de la Constitución Nacional y 12 del Código Penal se eligen en antecedentes penales sin vocación de extinción por el transcurso del tiempo.

El referido artículo 248 establece que "Unicamente las **condenas** proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tiene la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (subraya y resalta la Sala).

Del texto de la norma transcrita puede inferirse que, las sanciones impuestas por las autoridades administrativas no constituyen antecedentes de carácter penal, puesto que según el mismo precepto, sólo tienen esa calidad las condenas dispuestas, en una providencia ejecutoriada, por las autoridades penales competentes.

Ahora bien, según expresa el artículo 299 de la Carta Política, una condena a pena privativa de la libertad, con excepción de las que se imponen por delito político y culposos, constituye motivo de inhabilidad para quien aspira a ser elegido diputado, pero como en ningún caso las penas podrán ser "imprescriptibles" (art. 28 in fine C.N.), ello significa que una vez estas se cumplan, se declare su extinción o prescripción, desaparece la causal de inhabilidad para quien aspira a formar parte de una Duma Departamental y fue lo que aconteció en el *sub-júdice*, cuando por auto calendado el 9 de agosto de 1985, el Juzgado Tercero Penal del Circuito declaró extinguida la pena principal de prisión, impuesta al señor José Román Hernández Nieto.

Para el caso a estudio, la Sala mantiene su criterio en el sentido de que en los eventos de penas privativas de la libertad, la inhabilidad se predica de las condenas vigentes, esto es, no cumplidas, suspendidas en su ejecución y no extinguidas.

Los antecedentes relacionados con sentencias condenatorias, difieren de la causal de inhabilidad por pena privativa de la libertad y contra lo que sostiene el apelante aquéllos si tiene vocación de extinción por el transcurso del tiempo, según expreso mandato del Decreto 2398 de 1986, "por el cual se dictan normas sobre reseña delictiva, cancelación de antecedentes y expedición de certificados judiciales y de policía", cuyo artículo 11 dispone:

(...)

"**El jefe del DAS cancelará, a solicitud del interesado o de oficio**, previo informe del jefe de la División de Laboratorios e Identificación o de la División de Extranjería (según el caso) y concepto de la Oficina Jurídica de la Institución, los **antecedentes relativos a fallos condenatorios que registren** en los siguientes casos:

a) Cuando se haya cumplido la pena;

b) **Cuando la pena se haya declarado prescrita, y**

c) **Cuando por haber transcurrido un tiempo igual o mayor al estipulado en el Código Penal, se considere que la pena se encuentra prescrita".**

Parágrafo.- (...)" (Subraya y resalta la Sala).

Si bien es cierto que en materia de inhabilidades el constituyente determinó que no podrán ser congresistas quienes hubieren sido condenados "en cualquier época" a pena privativa de la libertad (art. 179-1 c.N.), ello no significa que la causal derivada del mismo hecho para el caso de los diputados, tenga efectos intemporales y no sólo por la condición de restrictivas que asiste a las causales de inhabilidad, que impiden que estas se apliquen indistintamente a miembros de corporaciones diferentes, también porque el artículo 299 de la Carta a diferencia del 179-1 *ibídem* no emplea la expresión "en cualquier época" para referirse a la inhabilidad que se viene comentando.

Aplicando lo dicho antes al *sub-júdice*, se tiene que el demandado José Román Hernández Nieto fue inscrito, el 31 de enero de 1992, como candidato a la Asamblea Departamental de Risaralda que se elegiría el 8 de marzo siguiente (fl. 1); para esa época el señor Hernández Nieto no se encontraba incurso en la causal de inhabilidad señalada por el demandante, dado que la condena a prisión que le impusiera el Juzgado Tercero Penal del Circuito no estaba vigente pues había sido declarada extinguida hacía más de seis años, en consecuencia, su desempeño como diputado no

lo hacía transgresor del artículo 299 de la Carta Fundamental, disposición que consagra la causal de inhabilidad que le endilga el accionante.

3. La Sala comparte los argumentos del *a-quo* en el sentido de que en el *sub-júdice* la acción pertinente es la electoral, al igual que el sistema que empleó para computar el término de caducidad, partiendo de la fecha en que la Asamblea de Risaralda resolvió y efectivamente posesionó al demandado como diputado y finalmente en cuanto hace a la aseveración de que la pretensión anulatoria no está dirigida al acta de la sesión realizada por la Duma sino al acto jurídico que ella documenta.

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, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 11 de julio de 1994.

COPISE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y en firme este proveído vuelva el expediente al lugar de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente (ausente); *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Elección/**AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO/IMPEDIMENTO**-Causales/**RELACION DE DEPENDENCIA**

> **"Las causales de impedimento y recusación, que son unas mismas, tienen como finalidad alejar cualquier duda o sospecha que pueda recaer sobre la acusación de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, asegurando la independencia e imparcialidad del juez, magistrado o agente del Ministerio Público desde el punto de vista moral en relación con el proceso que debe conocer. Como el presente caso se demanda la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, reiterándose el criterio de que el propósito del impedimento o de la recusación es el de evitar cualquier motivo que pueda poner en tela de juicio la gestión desarrollada por quienes intervienen en la actividad jurisdiccional, la Sala estima que tal relación de depen-dencia que tiene la agente del Ministerio Público con el Procurador General de la Nación podría arrojar dudas de parcialidad respecto de su actuación en este asunto".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño.*

Referencia: Expediente No. 1167. Actor: Camilo José Pedraza Vengoechea.

En escrito presentado el 3 de octubre del año en curso, la doctora María Stella Pena de Méndez, Procuradora Novena en lo Contencioso, se manifiesta impedida para intervenir en el proceso de la frecuencia, de conformidad con la causal de recusación prevista en el numeral 5 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 161 del C.C.A. causal que es del siguiente tenor:

> "5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios".

Explica la representante del Ministerio Público que se configura la precitada causal por existir con el señor Procurador General de la Nación "...una relación de dependencia, en razón a las funciones que desempeña como su Delegada ante esta jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7o. del artículo 277 de la Constitución Nacional".

Para resolver:

SE CONSIDERA

Esta Corporación ha sido constante en señalar que las causales de impedimento y recusación, que son unas mismas, tienen como finalidad alejar cualquier duda o sospecha que pueda recaer sobre la actuación de los funcionarios que intervienen en la administración de justicia, asegurando la independencia e imparcialidad del juez, magistrado o agente del Ministerio Público desde el punto de vista moral en relación con el proceso que debe conocer.

Con respecto a la causal de impedimento puesta de manifiesto por la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, considera la Sala que si la misma se configura por el hecho de ser cualquiera de las partes dependiente o mandatario o administrador de los negocios del juez, o del agente del Ministerio Público (art. 161 C.C.A.), *a fortiori* se estructura igualmente dicha causal cuando el funcionario que debe conocer del proceso es quien se encuentra en situación de dependencia con alguna de las partes.

Como en el presente caso se demanda la nulidad del acto de elección del Procurador General de la Nación, reiterándose el criterio de que el propósito del impedimento o de la recusación es el de evitar cualquier motivo que pueda poner en tela de juicio la gestión desarrollada por quienes intervienen en la actividad jurisdiccional, la Sala estima que tal relación de dependencia que tiene la Agente del Ministerio Público con el Procurador General de la Nación podría arrojar dudas de parcialidad respecto de su actuación en este asunto.

En estas condiciones, encuentra la Sala que la situación descrita configura la causal invocada y en consecuencia separa a la doctora María Stella Peña de Méndez para intervenir en el presente proceso.

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

RESUELVE:

Declarar fundada la causal de impedimento manifestada por la Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, doctora María Stella Pena de Méndez y, en consecuencia, se dispone separarla de su intervención en el presente proceso.

Desígnase en su reemplazo al Procurador Delegado en lo Contencioso que le sigue en orden numérico, con funciones para intervenir en los procesos electorales.

Líbrense las comunicaciones correspondientes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veinte (20) de octubre 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.

NULIDAD ELECTORAL-Causal/**REGISTRO FALSO/REGISTRO APOCRIFO**-Diferencias

"La causal 2 del art. 223 del C.C.A. modificada por el art. 17 de la Ley 62/88, hay que entenderla racionalmente en el sentido de que el resultado o el registro electoral es nulo cuando es falso o apócrito, intelectual o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación. En la falsedad hay intención de engañar, mientras en lo apócrifo no la hay, esto último es lo totalmente inexistente, fabulado supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo parecer como verídico, siendo que no lo es. La gran diferencia entre estas situaciones es, entonces, el factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de los resultados".

ESCRUTINIO-Realización/**NUEVOS DEPARTAMENTOS/INTENDENCIA Y COMISARIAS**

"De manera general, el artículo 182 del Decreto 2241 de 1986 establece como base del escrutinio general los resultados de las actas de escrutinio elaboradas por las comisiones escrutadoras distritales o municipales. El art. 12 de la Ley 84 de 1993 establece una serie de pautas pra efectuar la realización de los escrutinios. Por su parte, el Decreto 2274 de 1991, invocado por la parte demandada, establece unas normas tendientes a asegurar la debida organización y funcionamiento de las entidades territoriales erigidas como departamentos, y en su art. 21 establece que para el cumplimiento de las funciones y los servicios a

cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no formen parte de un determinado municipio, los corregimientos de las antiguas intendecias y comisarías se mantendrán como divisiones departamentales".

NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia/**RECLAMACION ELECTORAL**-Causales

"La Sala ha precisado que las causales de reclamación a que se hacía referencia en el art. 42 de la Ley 96 de 1985 lo fueron también de nulidad, por disponerlo así el art. 65 de la mencionada Ley 96 de 1985, que subrogó el artículo 223 del Decreto 01 de 1984; pero la Ley 62 de 1988, en su artículo 17, subrogó la disposición que así lo establecía, por lo que la vigencia del art. 17 de la última ley mencionada no se conservan como causales de nulidad las de reclamación que aparecen en el art. 192 del Decreto 2241 de 1986".

CUOCIENTE ELECTORAL-Definición

"El cuociente electoral es el medio de garantizar la representación proporcional de los movimientos y partidos políticos cuando se vota por dos o más personas para cargos de elección directa o indirecta"

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C. octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 1106. Actor: José Antonio Salazar Ramírez. UNICA INSTANCIA

Actuando en nombre propio, el actor de la referencia solicita que se declaren nulos los actos contenidos en las actas de escrutinio general y parcial fechadas el 17 de marzo de 1994, mediante los cuales la Comisión Escrutadora Departamental del Amazonas declaró la elección de los Representantes a la Cámara por ese departamento, para el período comprendido entre 1994-1998.

Además, solicita que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la práctica de nuevos escrutinios y, con base en ellos, se haga una nueva declaración de elección de Representantes a la Cámara por el departamento del Amazonas, expidiendo las respectivas credenciales.

El demandante invoca como violadas las siguientes normas: el art. 182 del Decreto 2241 de 1986, el art. 12 de la Ley 84 de 1993 y los numerales 2 y 4 del art. 223 del C.C.A.

ANTECEDENTES

El señor JOSE ANTONIO SALAZAR RAMIREZ instauró la demanda de nulidad de la elección de Representantes para el Departamento del Amazonas, con base en los siguientes argumentos:

- El 13 de marzo de 1994 se efectuaron las elecciones para elegir el Congreso de la República en todo el país.

- El acta de escrutinio general es apócrifa, ya que dicho escrutinio no se hizo con base en los resultados de las actas de escrutinio municipales, en la forma prevista en los arts. 182 del Decreto 2241 de 1986 y 12 de la Ley 84 de 1993. En efecto, se incluyeron en el acta general corregimientos e inspecciones que no figuran en ninguno de los escrutinios de los municipios del departamento, convirtiendo el acto declaratorio de elección en apócrifo, de acuerdo a lo previsto en la causal 2a. del art. 233 del C.C.A.

Aparecieron en el acta de escrutinio general votos que no aparecen en los resultados de ninguno de los escrutinios municipales, a saber: votos de La Chorrera, Puerto Santander, Mirití, Paraná, Santa Isabel, Puerto Arica, El Encanto, Pedrera, Tarapacá y Puerto Alegría.

Además, la Comisión Escrutadora Departamental laboró fuera de la Registraduría, sin que mediara justificación alguna y, si bien el acta de escrutinio se inició a las 8:00 a.m. del 15 de marzo, continuando a las 8:30 a.m. del día siguiente y concluyendo el 17 de marzo a las 4:00 p.m., no existe ningún registro de lo ocurrido entre la tarde del 16 y la finalización el día 17. Todo lo anterior conduce inequívocamente a configurar la causal mencionada.

- **Segundo cargo**: El resultado del acta de escrutinio, elaborada por la Comisión Escrutadora de Leticia, expresa un total de votos válidos para la Cámara de 6.216 y la Comisión Escrutadora de Puerto Nariño computa un total de 1.092, para un total de 7.308 votos válidos. Sin embargo, la Comisión Escrutadora Departamental arroja, como base del cuociente electoral, 8.813 votos, incurriendo en la causal consagrada en el num. 4o. del art. 223 del C.C.A.

La Comisión Escrutadora violó el sistema del cuociente electoral al obtener dicho cuociente de una cifra diferente a la que realmente arroja la suma de los resultados de los escrutinios municipales, que son la base para el Acta General o Departamental. Se debe tener en cuenta que el Amazonas sólo tiene dos municipios, a saber, Leticia y Puerto Nariño, y la suma de resultados de las actas de estos dos municipios constituyen

la base para el escrutinio general o departamental, de acuerdo a lo previsto por los arts. 182 del Decreto 2241 de 1986 y 12 de la entonces vigente Ley 84 de 1993 (fls. 21 a 24).

A fl. 35, mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 32), el Representante Hernando Emilio Zambrano Pantoja da contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de ésta, argumentando lo siguiente:

- El Decreto 2274 de 1991, expedido con fundamento en el art. 39 transitorio de la C.N., determina un régimen jurídico especial para las nuevas entidades territoriales departamentales, diferente al existente para los departamentos tradicionales. El art. 21 del mencionado decreto estableció una división territorial de transición, conservando los corregimientos como divisiones territoriales de los nuevos departamentos a la manera de municipios.

- El art. 40 de la Carta Magna garantiza a la totalidad de los ciudadanos ubicados en el territorio nacional, su derecho a elegir o a ser elegidos. Este principio, desde el punto de vista positivo, tiene relación con la efectividad del voto.

- Sirviéndose de jurisprudencia del Consejo de Estado, el apoderado de la parte demandada define "falsedad" y "apócrifo". Con base en lo anterior, resulta evidente que los argumentos jurídicos invocados por el demandante, no encajan dentro de la interpretación y alcance jurídico que corresponde a la causal segunda del art. 223 del C.C.A.

Lo que pretende el actor es amparar "una de las causales de nulidad del art. 84 del C.C.A., esto es, la de nulidad del acto electoral".

- Como es conforme al ordenamiento legal el procedimiento adoptado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, para las elecciones de Representantes, en el departamento del Amazonas, queda totalmente desvirtuada la falsedad o la apocrifidad de las mismas.

Por lo tanto, no existiendo objeción sobre la validez de los votos depositados en el departamento del Amazonas, resulta imposible la configuración de la causal cuarta del art. 223 de C.C.A. Además, vale la pena recordar que esta causal no se configura por cualquier irregularidad en el proceso.

- Por último, jurisprudencialmente resultaría inaplicable "en la medida que por cuociente electoral se ha entendido el medio o modo de garantizar la representación proporcional de los partidos o movimientos políticos, en el acceso a cargos públicos, debiendo entonces configurarse la causal en razón de distorsiones a ese especial mecanismo de adjudicación de cargos por la vía democrática" (fls. 34 a 41).

ALEGATOS

- **De la parte demandada**. En su escrito presentado el día 16 de agosto del año en curso, el apoderado de la parte demandada reiteró los planteamientos esgrimidos en la contestación de la demanda, agregando lo siguiente:

- Desde la vigencia de la Ley 2a. de 1943, y ante la imposibilidad de concretar la organización político-territorial de las intendencias y comisarías sobre la base del régimen jurídico de los departamentos tradicionales, sin crear un traumatismo, se resolvió prever un régimen jurídico especial, mediante el Decreto 2274 de 1991. El art. 21 del mencionado decreto estableció una división territorial de transición, conservando los corregimientos como divisiones territoriales de los nuevos departamentos, a manera de municipios.

- El oficio 7254 del 31 de mayo de 1994, expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, corrobora lo anterior, al igual que los Decretos 2488 de 1987 y 2274 de 1991. Este último establece claramente que para los nuevos departamentos, originarios de los Territorios Nacionales, se considera a los corregimientos como divisiones territoriales de dichas entidades departamentales. Por lo anterior, la división territorial del Amazonas no puede ser analizada con fundamento en las normas de la división territorial ordinaria del país.

- Con base en el art. 40 de la C.N. y de acuerdo con el art. 99 del Código Electoral, hay viabilidad para instalar mesas de votación en los corregimientos. Por lo cual, si existe esa posibilidad, resultaría absurdo, como lo afirma el demandante, "que no se puede realizar escrutinios en estas divisiones territoriales que para nada dependen de municipio alguno". De ser así se rompería la efectividad y eficacia del voto.

- Las elecciones en los corregimientos del Amazonas no fueron producto de la fuerza o imposición, sino por el contrario, tuvieron como fundamento la libre y voluntaria expresión de los ciudadanos, lo cual constituye un punto de partida de la presunción de la eficacia del voto en el presente asunto. Cita sentencia de la Sección Quinta con ponencia del H. Consejero Dr. Amado Gutiérrez Velázquez, fechada el 27 de enero de 1989 (fls. 116 a 127).

- De la parte demandante. Mediante apoderado debidamente constituido (poder obra a fl. 128), el actor reitera los fundamentos esgrimidos en el libelo, agregando los siguientes:

- Con base en el art. 182 del Decreto 2241 de 1986 y el art. 12 de la Ley 84 de 1993, se deduce que el acta de escrutinio general es apócrita pues en ella aparecen incluidos los resultados de "Santa Isabel", "Puerto Arica" y "Puerto Alegría", que no son municipios, ni corregimientos, ni Inspecciones de Policía del departamento del Amazonas y,

tampoco fueron habilitados por el acto administrativo de la Registraduría, para la colocación de mesas durante las elecciones del pasado 13 de marzo.

- El art. 99 del Código Electoral dispone que los sectores rurales deben ser previamente habilitados para la instalación de mesas, situación que tampoco se ha configurado, pues la resolución 0067 de enero de 1994 emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil no tiene esos alcances y tampoco da vida jurídica a todos los lugares allí mencionados.

- A la luz de todo el ordenamiento legal (arts. 311, 317, 318, 320 del Código de Régimen Municipal y el Decreto 2274 de 1991) el Departamento del Amazonas se compone de dos municipios y seis corregimientos, donde no aparecen los lugares de "San Isabel", "Puerto Arica" y "Puerto Alegría".

- El art. 182 del Decreto 2241 de 1986 establece que el único soporte válido para el escrutinio general está constituido por los resultados que aparezcan en las actas parciales y los formularios E-26 que la integran. Además, la Sala Electoral ha sostenido que para la eficacia del voto no basta la sola calidad de ciudadano, sino que es necesario observar las formalidades y procedimientos determinados en la ley.

Estos argumentos en concepto de la parte actora son razones clarísimas para la prosperidad de la demanda (fls. 129 a 133).

CONCEPTO DE MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada solicita que se denieguen las peticiones de la demanda, con base en la siguiente fundamentación, presentada mediante concepto No. 15:

1. Los supuestos fácticos del cargo no encajan en los de la causal de nulidad invocada en el primer cargo, a saber el núm. 2o. del artículo 223 del C.C.A. Pero además, con las pruebas allegadas al proceso, quedan desvirtuadas las afirmaciones del actor, pues los corregimientos e inspecciones de policía de la Chorrera, Puerto Santander, Mirití, Paraná, Santa Isabel, Puerto Arica, El Encanto, la Pedrera, Tarapacá y Puerto Alegría pertenecen a la circunscripción electoral de Amazonas.

- En cuanto se refiere al segundo cargo, parte del supuesto que se tuvieron votos inválidos para extraer el cuociente, hecho que quedó desvirtuado. Además, no se configura la causal con los argumentos esgrimidos por el actor (fls. 137 a 146).

El 26 de septiembre se allega un memorial por la parte demandante que por resultar extemporáneo no puede tenerse en cuenta.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del negocio conforme a los 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.

EL FONDO DEL ASUNTO

I. El primer cargo que se plantea en la demanda es la violación del núm. 2o. del art. 223 del C.C.A. tal como fue subrogado por el art. 17 de la ley 62 de 1988, con fundamento en los siguientes hechos:

a) Los resultados no son producto de los escrutinios de los municipios de Leticia y Puerto Nariño sino de corregimientos, inspecciones de policía, con violación, además de la disposición invocada, de los arts. 114 a 149 y 182 del Decreto 2241 y el art. 12 de la Ley 84 de 1993, vigente en la época de los hechos.

b) El sitio en el cual debía funcionar la delegación del Consejo Nacional Electoral se varió y en el acta no consta lo sucedido entre la tarde del 16 de marzo de 1994 y las 4:00 del día 17 del mismo mes y año.

La disposición invocada, art. 17-2 de la Ley 62 de 1988, dice:

> "Art. 223. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:
>
> "2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

Reiteradamente la Sala ha dicho que esta causal hay que entenderla racionalmente en el sentido de que el resultado o el registro electoral es nulo cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo ideológica o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación.

En la falsedad hay intención de engañar, mientras en lo apócrifo no la hay; este último es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es.

La gran diferencia entre estas dos situaciones es, entonces, el factor subjetivo intencional. Pero en cualquiera de los dos casos debe producirse una alteración de los resultados.

Procede la Sala a analizar si se dan las condiciones para considerar los resultados como falsos o apócrifos en los casos descritos en la demanda por violación de las disposiciones invocadas y, por lo mismo, si se incurre en la causal de nulidad alegada.

a) Considera el demandandante que el acto de escrutinio general es apócrifo porque el resultado se obtuvo con base en los totales de las actas no sólo de escrutinios municipales sino de los correspondientes a lugares que no figuran en ninguno de los municipios del departamento del Amazonas, a saber: La Chorrera, Puerto Santander, Miritíí Paraná, Santa Isabel, Puerto Arica, El Encanto, La Pedrera, Tarapacá y Puerto Alegría.

SE OBSERVA

De manera general, el art. 182 del Decreto 2241 de 1986 establece como base del escrutinio general los resultados de las actas de escrutinios elaborados por las comisiones escrutadoras distritales o municipales.

El art. 12 de la Ley 84 de 1993 establece una serie de pautas para efectuar la realización de los escrutinios.

Por su parte, el Decreto 2274 de 1991 invocado por la parte demandada, establece unas normas tendientes a asegurar la debida organización y funcionamiento de las entidades territoriales exigidas como departamentos, y en su art. 21 establece que para el cumplimiento de las funciones y los servicios a cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no forman parte de un determinado municipio, los corregimientos en las antiguas intendencias y comisarías, se mantendrán como divisiones departamentales.

De acuerdo a los documentos que obran en el expediente, se observa:

- A folio 109, obra una constancia expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi donde se especifica que el departamento del Amazonas tiene 2 municipios y 6 corregimientos.

Resulta claro que con base en esta constancia, quedan por fuera los sitios conocidos como Santa Isabel, Puerto Arica y Puerto Alegría.

- La resolución 0067 de enero 7 de 1994 (obra a fl. 51) fija, para las elecciones que se efectuarían el 13 de marzo de 1994, los términos de entrega a los respectivos claveros de los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y/o sectores rurales pertenecientes a los municipios de la circunscripción del Amazonas, entre los cuales se encuentran los mencionados por el demandante, o sea, incluye los anteriores.

Debe precisar la Sala que, tanto el acta acusada visible a fl. 1 como la resolución No. 067 del 7 de enero de 1994 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, visible a fl. 51 a 53, indican que realmente se realizaron elecciones en los lugares que señala la demanda.

En consecuencia los resultados no son producto de invención alguna, intencionada o no, sino que corresponden a unas elecciones realmente realizadas.

Con la anterior precisión, el problema se centra, entonces, en establecer si la Registraduría permitió la instalación de mesas en sitios autorizados conforme a la ley.

Al respecto la Sala observa que tal hecho no es causal de nulidad sino de reclamación.

En efecto, el art. 192-1 del Decreto 2241 de 1986, establece:

> "El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:
>
> "1a. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley".

En reiteradas oportunidades la Sala ha precisado que las causales de reclamación a que se hacía referencia en el art. 42 de la Ley 96 de 1985, lo fueron también de nulidad por disponerlo así el art. 65 de la mencionada Ley 96 de 1985, que subrogó el art. 223 del Decreto 01 de 1984; pero la Ley 62 de 1988 en su art. 17 subrogó la disposición que así lo establecía por lo que desde la vigencia del art. 17 de la última ley mencionada no se conservan como causales de nulidad, las de reclamación que aparecen en el art. 192 del Decreto 2241 de 1986.

Vale la pena recodar lo que al respecto ha dicho esta Sección en anterior oportunidad, sobre el particular.

> "En cambio, de la lectura de la Ley 62 de 1988, artículo 17, se aprecia que el subrogar el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había subrogado el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, eliminó como causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral "... los eventos previstos en las causales de reclamación" de que trata el artículo 42 de la Ley 96 de 1985, que refundió en uno solo los artículos 152 de

la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981, para consagrar los motivos o causales de reclamación alegables durante los escrutinios, causales de reclamación que aparecen hoy descritas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral".

.....

"Consecuencia de lo anterior es que el funcionamiento de mesas de votación '... en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley' y la carencia de menos de tres (3) firmas de los jurados en dos (2) ejemplares de las actas de escrutinio, motivos de reclamación por parte de los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos ante el Consejo Nacional Electoral o sus Delegados, durante los escrutinios, dejaron de ser causales de nulidad, alegables en los procesos electorales de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a partir de la vigencia de las citadas Leyes 96 de 1985 y 62 de 1988. Y como los motivos o causales de nulidad son taxativos y de interpretación restrictiva, conforme a conocidos principios de derecho procesal que no es del caso repetir, no es posible admitir como tales en estos procesos electorales las causales 1a. y 2a. de reclamación definidas en el artículo 192 del Código Electoral, que corresponden exactamente a los motivos alegados por los demandantes en la forma que ha quedado descrita".

Lo anterior es suficiente para despachar desfavorablemente el primer cargo en lo que respecta al punto en estudio, pues no se configura la causal de nulidad alegada.

b) En lo que hace referencia al traslado del lugar donde debía funcionar la Comisión **Escrutadora para otro sitio, la Sala aclara que este aspecto al igual que el anterior,** constituye una causal de reclamación, en este caso la prevista en el núm. 8o. del art. 192 del Código Electoral, y no está contemplada como una causal de nulidad, por lo cual el presente proceso no es el momento oportuno para alegarla, por lo que debe rechazarse.

Por último, de la falta de especificidad no puede concluirse que no aparezca en el acta general lo ocurrido entre la tarde del 16 de marzo de 1994 hasta las 4:00 p.m. del 17 del mismo mes y año, por parte de la comisión escrutadora y la generalidad en la elaboración del acta no constituye causal de nulidad, ni de reclamación, por lo que no prospera el cargo.

II. El segundo cargo que se plantea es la violación del núm. 4o. del art. 223 del C.C.A., tal como fue subrogado por el art. 12 (1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Exps. Acum. 0395 y 0397, Actor: Hernán Francisco Andrade Serrano y otro, Consejero Ponente: Dr. Jorge Penén Deltieure, 11 de abril de 1991.) de la Ley 62 de 1988, con base en el hecho de haberse incluido, sin

razón, votos correspondientes a inspecciones y corregimientos que no tienen las condiciones para ser asiento de mesas de votación en la circunscripción eletoral del Amazonas, en el acta general de escrutinios.

La disposición invocada dice:

"Art. 223. **Causales de nulidad**. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulos en los siguientes casos:

"4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y las Leyes de la República".

El cuociente electoral es el medio de garantizar la representación proporcional de los movimientos y partidos políticos cuando se vota por dos o más personas para cargos de elección directa o indirecta.

Para que se configure esta causal se requiere que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en la Constitución o en la ley, o sea, el sistema del cociente electoral, en el cual el cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por preveer.

Evidentemente esta circunstancia no encaja en el supuesto que como causal de nulidad señala el num. 4o. del art. 223 del C.C.A. ya que el allí mencionado se refiere al cómputo de votos con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política (art. 263) y en las leyes de la República.

En consecuencia, el vicio referido anteriormente por el demandante es una circunstancia diferente a la aplicación del cuociente electoral, y por ende no configura el motivo de nulidad señalado en la norma citada.

Además, este hecho quedó desvirtuado cuando se estudió el primer cargo.

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 Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Háganse las comunicaciones de ley.

En firme este proveído archívense las presentes diligencias.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha veintisiete (27) de octubre 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.

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA/EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia

> **"Según el artículo 97 numeral 10 del C.P.C., la excepción de pleito pendiente se configura, cuando en dos procesos, a demás de presentarse identidad de partes, el asunto que en el fondo debe decidirse sea en ambos el mismo. En tratándose de un proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva y otro de nulidad y restablecimiento del derecho, no se presentan entre éstos coincidencias de partes y de objeto por el hecho de que los actos administrativos que constituyen el título ejecutivo en aquél sean el objeto de las pretensiones en este".**

DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Presupuestos/**CAUCION**-Efectos

> **"La caución depositadaen el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantada ante el contencioso administrativo contra los expresados actos, constituye presupuesto de la demanda que en acatamiento al art. 140 del C.C.A. debe cumplir el actor, y sólo produce los efectos en la norma indicados a ese proceso sin que dicha norma pueda interpretarse –como equivocadamente lo hace el excepcionante–, en el sentido de que la caución establezca una relación de solidaridad entre la compañía demandada en el proceso compulsivo y la garante en el de nulidad".**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C. octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. 0424. Partes: SUPERINTENDENCIA BANCARIA. C/ MUNDO SEGUROS LTDA. - CORREDORES DE SEGUROS - JURISDICCION COACTIVA.

Resuelve la Sala las excepciones previas interpuestas por el apoderado de la Compañía de Seguros demandada, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante resolución número 1707 de mayo 20 de 1991 vista a folios 3 y s.s. la Superintendencia Bancaria impuso sanción pecuniaria a la Sociedad Demandada, en cuantía de $2.660.000 pesos m/cte.

Al resolver recurso de reposición formulado contra dicho acto, en resolución número 3063 del 22 de agosto de 1991 (fls. 8 y s.s.) la misma entidad redujo el monto de la pena a $2.640.200 pesos m/cte.

Por esta suma la Secretaría Administrativa -Subsecretaría Jurídica- grupo de cobro coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en auto de fecha 5 de noviembre de 1993 (fl. 43), libró en favor del Tesoro Nacional y contra la Sociedad ejecutada, orden ejecutiva de pago más los intereses "si hubiere lugar a ellos".

Notificado personalmente de la medida, el representante de la firma demandada, a nombre de ésta, confirió legalmente poder a un profesional del derecho (fl. 49), quien en escrito presentado dentro del término legal (fls. 52 y s.s.) interpuso las siguientes excepciones previas:

1. **PLEITO PENDIENTE**, y

2. **NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS**.

Aduce respecto a la primera, que los actos administrativos que dieron origen a este proceso, fueron demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y si bien allí fueron denegadas las pretensiones, por apelación correspondió el negocio a la Sección Cuarta del Consejo de Estado. "En la actualidad el proceso se encuentra en términos de traslado para alegar por parte de los intervinientes y del Ministerio Público".

Manifiesta que hasta tanto no culmine el citado proceso, "no podrá hacerse efectiva la multa a fin de que no se presentan sentencias contradictorias.

Argumenta en respaldo de la segunda excepción, que para el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 140 C.C.A.), constituyó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la póliza de caución judicial No. JU-01-006-3603567 y el certificado de modificación No. C.M.O-DF-8603422 expedidos por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "CONFIANZA", razón por la cual ésta es solidariamente responsable con su mandante por la obligación que se cobra, debido a que tiene su misma situación procesal, por tanto, debe actuar como *litis consorte* en este proceso tal como lo establece el art. 83 del C.P.C. es decir, debe ser vinculada en condición de demandada.

El funcionario ejecutor en escrito obrante a folio 78 y s.s. descorrió el traslado de las excepciones, solicitando se declaren no probadas.

CONSIDERACIONES

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.

Es jurisprudencia reiterada de la Sala que en tratándose de un proceso ejecutivo por Jurisdicción Coactiva y otro de Nulidad y Restablecimiento del Derecho no se presenta entre éstos coincidencia de partes y de objeto por el hecho de que los actos administrativos que constituyen el título ejecutivo en aquél, sean el objeto de las pretensiones en éste.

Carecen de identidad de partes porque en el proceso de Jurisdicción Coactiva, el deudor siempre tiene la condición de parte demandada, mientras que en el de nulidad y restablecimiento del derecho, aparece ubicado en el otro extremo de la *litis*, o sea, como parte actora.

Respecto a las pretensiones, en el ejecutivo persigue la administración el pago de una obligación consolidada, mientras que a través del ordinario se busca la nulidad del acto contentivo de la obligación y el restablecimiento del derecho que se considera vulnerado, siendo por tanto evidente la diferencia de objetos.

De acuerdo a la anterior perspectiva jurisprudencial, la excepción de pleito pendiente propuesta por el apoderado de la Compañía de Seguros demandada en este proceso no está llamada a prosperar. Pero debe, además, agregar la Sala que según las pruebas obrantes a folios 95 y 101 la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, fue confirmada por la Sección Cuarta de la Corporación y se halla debidamente ejecutoriada, quedando en absoluto sin fundamentos fácticos la excepción.

El segundo medio de defensa invocado, se hace derivar de una supuesta solidaridad la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A."CONFIANZA", con la firma demandada, en razón de que aquella sirvió como garante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por ello, considera el apoderado ha debido citarse como litisconsorte de la ejecutada.

Para la Sala, este planteamiento es a todas luces desfasado. La obligación que se cobra en el *sub-lite* consta en actos administrativos de carácter particular debidamente notificados y ejecutoriados, mediante los cuales, sólo se vincula a la Sociedad "Mundo Seguros Ltda. Corredores de Seguros", como deudora de la administración. Deuda que surge de una sanción pecuniaria impuesta por la Superintendencia Bancaria.

La caución depositada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantada ante el Contencioso Administrativo contra los expresados actos, constituye un presupuesto de la demanda que en acatamiento al art. 140 del C.C.A. debe cumplir el actor, y sólo produce los efectos en la norma indicados respecto a ese proceso, sin que dicha norma pueda interpretarse -como equívocamente lo hace el excepcionante- en el sentido de que la caución establezca una relación de solidaridad entre la compañía demandada en el proceso compulsivo y la garante en el de nulidad.

En el presente caso, el mandamiento de pago lo considera la Sala bien librado contra la única persona obligada, o sea, "Mundo Seguros Ltda -Corredores de Seguros-, careciendo en absoluto de fundamento la supuesta relación sustancial que se pretende derivar de un hecho ajeno, posterior e independiente del título ejecutivo que dio origen al mandamiento de pago.

Estas breves razones para declarar impróspera la excepción.

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

RESUELVE:

Declarar no probadas las excepciones previas interpuestas mediante apoderado por la Compañía de Seguros ejecutada.

En firme este proveído, vuelva el expediente a su lugar de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha.

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/EXCEPCIONES PREVIAS INCIDENTE-Improcedencia

> **"En los procesos contenciosos administrativos, entre los que se cuenta el especial electoral, no es procedente la formulación de excepciones previas como incidente, por la derogatoria del art. 163 del C.C.A. -de las de fondo debe decidirse en la sentencia, conforme al mandato del art. 164 *ibídem*".**

NULIDAD ELECTORAL/CAUSAL OBJETIVA-Consecuencias/**CAUSAL OBJETIVA**-Consecuencias/**CAUSALES DE INEGIBILIDAD**-Clases/**NUEVO ESCRUTINIO**-Procedencia/**ACTO ELECTORAL**-Anulación/**CONGRESISTA/FALTA ABSOLUTA**-Provisión

> **"La distinción formulada por esta Sala respecto de la existencia de causales subjetivas y objetivas de nulidad de las actas de corporaciones electorales obedece a criterios bien fundados y no al mero capricho de sus integrantes. En efecto surge tanto el fundamento de la causal como de las consecuencias de su declaración, pues en tanto las subjetivas se apoyan en la ausencia de requisitos o calidades para acceder a la función o de la concurrencia de causales de inelegibilidad, las objetivas encuentran su razón de ser en el empleo de procedimientos o maquinaciones fraudulentas, capaces de empañar la fuerza del sufragio y tergiversar la verdad electoral. Igualmente, en tanto la declaratoria de nulidad con fundamento en las objetivas impone la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los votos obtenidos inválida o fraudu-len-**

tamente o con exclusión de los factores de alteración sustancial de las actas y registros, la que se apoya en causal subjetiva culmina con la declaratoria de nulidad del acto de elección del inelegible, para que su vacante se llene como lo ordena la Constitución Política tratándose de miembros de corporaciones de elección política con nueva elección como en el caso del art. 129 del C. Electoral. Ello explica la previsión del art. 278 de la Ley 5a. de 1992 en cuanto al prescribir el modo de llenar la falta absoluta de un congresista exceptúa el caso "... de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial... ", precisamente porque esta depende de la naturaleza -objetiva o subjetiva- de la causal de nulidad que se declare probada".

CONGRESISTA-Inhabilidad/**PARENTESCO**-Demostración/**AUTORIDAD CIVIL/ESTADO CIVIL**-Prueba/**FIJO EXTRAMATRIMONIAL PRESUNCION DE MATERNIDAD**

"El cargo se hace consistir en la inhabilidad de Jorge Alfonso Rojas Sarmiento para acceder al Congreso de la República, porque al momento de su elección un hermano suyo, Omar Iván Rojas Sarmiento, ejercía funciones con autoridad civil y política como director de un establecimiento público del orden departamental. Para concluir en la concurrencia de dicha causal deben estar demostrados tres supuestos insustituibles, a saber: a) Vínculo del matrimonio, unión permanente o parentesco dentro de los grados que fija la norma con funcionario público; b) el ejercicio de autoridad civil o política por parte de dicho pariente, cónyuge o compañero y c) que el ejercicio de dicho cargo con autoridad civil o política ocurra en la misma circunscripción en la que se produce la elección del congresista. Para la ley es legítimo quien fue concebido durante el matrimonio de sus padres, según lo define el art. 213 del C.C. son prueba del matrimonio y del nacimiento los respectivos registros civiles (Dto. 1260 de 1970, art. 67 a 72, 101 s.s.), y para los actos y hechos del estado civil anteriores a la fecha de vigencia de la Ley 92 de 1938, las partidas de origen eclesiástico correspondientes el hijo extramatrimonial, conforme a lo reglado en el art. 1 de la Ley 45 de 1936, es el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con arreglo a lo dispuesto en la ley. El reconocimiento debe ajustarse a lo previsto por el art. 1 de la Ley 74 de 1968 con la modificación introducida por el art. 1 del Decreto 2272 de 1989, en tanto que la declaración, que debe ser judicial, a lo normado en el art. 6 de la citada Ley 75 de 1968. El fundamento de los argumentos transitorios no es otro que el art. 1 de la Ley 45 de 1936, que consagra la presunción de maternidad por el solo hecho del nacimiento. La prueba de ello es el registro civil y hasta

1938 el acta parroquial de bautismo, documentos amparados con la presunción de legalidad y que suponen acreditado el hecho del parto. Esa presunción también encuentra apoyo en el art. 1 de la Ley 75 de 1968, que sólo exige la notificación al padre para el reconocimiento del hijo extramatrimonial".

AUTORIDAD ADMINISTRATIVA/AUTORIDAD CIVIL

"No cabe duda que la Dirección del Instituto de Agua Potable y Alcantarillado de Boyacá "I.A.A.B." implica el ejercicio de la autoridad administrativa, como que de esa naturaleza son la mayoría de las funciones que asignan a ese cargo el Decreto 001240 de 1992, por el cual se modificaron "... los actos de creación y demás relativos a la estructura..." del citado instituto. Esas funciones, como es fácil de observar, también conllevan en el ejercicio de autoridad civil, como son, además de las de imponer sanciones y nombrar y remover libremente a los funcionarios del instituto, las de celebrar contratos y ejercer la representación legal del mismo, así como de decidir los recursos de la vía gubernativa frente a las decisiones de sus subalternos, etc. En todas ellas se manifiestan de modo muy preciso las características específicas de la autoridad civil, determinadas por esta Sala en proveído de quien fue ponente quien conduce este proceso, cuales son "... el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo (Exp. E-0292 cita del fallo en Exp. 895 y otros mag. Ponente: Dr. Carmelo Martínez.). Por lo demás, en el ejercicio de la autoridad civil por el director del mencionado instituto no obsta la licencia para reiterarse transitoriamente del cargo, entre el 11 de febrero y el 14 de abril del presente año, que solicitó el precitado Omar Iván Rojas S. pues con licencia o sin ella estaba vinculado al empleo".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá D.C. octubre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 1108. Actor: Ricardo Agudelo Sedano.

El ciudadano Ricardo Agudelo Sedano, en ejercicio de la acción pública electoral, solicita la nulidad del acto administrativo de que se da cuenta el acta parcial del escrutinio de los votos para la Cámara de Representantes por la Circunscripción del

Departamento de Boyacá, pero sólo en cuanto a la elección de Jorge Alfonso Rojas Sarmiento para el período constitucional 1994-1998.

Agotados los trámites que el procedimiento determina, con presentación de los alegatos de las partes y el concepto de la Procuraduría Delegada, no observando en lo actuado causal de invalidez procesal se pasa a decidir partiendo del examen de los siguientes:

ANTECEDENTES

En su demanda el actor solicita que se hagan las siguientes "DECLARACIONES":

"PRIMERA: Que es nulo el Acto Administrativo contenido en el Acta Parcial de Escrutinio de votos para la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Boyacá que se recoge en el formulario E26C en cuatro hojas útiles, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, iniciada el 14 de marzo de 1994 y terminada el 18 del mismo mes y año, suscrita por los Delegados del Honorable Consejo Nacional Electoral y por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que contiene los escrutinios de los votos emitidos en el debate electoral de marzo pasado para la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Boyacá y que contiene también la declaración de la elección de los Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá, para el período comprendido desde el 20 de julio de 1994 hasta el 19 de julio de 1998.

"SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se ordene excluir del cómputo general de votos, los votos que se depositaron a favor de la lista encabezada por el señor JORGE ALFONSO ROJAS SARMIENTO y que permitieron su declaratoria de elección como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Boyacá el pasado 13 de marzo de 1994.

"TERCERA: Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene la cancelación de la respectiva credencial de Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, para el período Constitucional 1994-1988, expedida al señor JORGE ALFONSO ROJAS SARMIENTO.

"CUARTA: Que, como consecuencia también de las declaraciones anteriores, se ordene realizar un nuevo escrutinio, obviamente, con exclusión de los votos que permitieron la declaratoria de elección a la Cámara de Representantes, del Sr. JORGE ALFONSO ROJAS SARMIENTO, en las pasadas elecciones del 13 de Marzo de 1994.

"QUINTA: Que, con base en todas las peticiones anteriores, se haga una nueva declaración de la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, para el período Constitucional 1994-1998.

"SEXTA: Que se ordene expedir y se expidan las nuevas credenciales a los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, para el período Constitucional 1994-1998, que resultaren elegidos después de realizado el nuevo escrutinio de los votos en la forma como se indica en las peticiones anteriores".

Se sustentan esas pretensiones en los supuestos de hecho que a continuación se resumen:

1) El 13 de marzo de 1994 se realizaron en todo el territorio nacional las elecciones para miembros del Congreso de la República. Los escrutinios en la circunscripción electoral de Boyacá se hicieron entre el 14 y el 18 del mismo mes por los delegados del Consejo Nal. Electoral, fecha esta última en la que se declararon elegidos Representantes a la Cámara por ese Departamento, entre otras personas, a Jorge Alfonso Rojas Sarmiento.

2) El señor Jorge Alfonso Rojas Sarmiento es hermano de Omar Iván Rojas Sarmiento, como hijos que son de Luis Francisco Rojas y Florinda Sarmiento. Omar Iván, al momento de la elección de Jorge Alfonso, era director del establecimiento público "Instituto de Agua Potable y Alcantarillado de Boyacá" y ejercía autoridad civil, administrativa y política conforme los artículos 22 y 32 del Dto. Ordenanzal 1240 del 29 de septiembre de 1992.

3) Para eludir lo preceptuado en el numeral 5o. del Art. 179 de la Constitución Política, Omar Iván Rojas Sarmiento tomó licencia no remunerada a partir del 11 de febrero de 1994, prorrogada hasta el 14 de abril siguiente, según lo acredita la documentación aportada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

El actor invoca como disposiciones transgredidas las siguientes:

a) El art. 179 No. 5o. de la Carta Fundamental, porque Omar Iván Rojas Sarmiento, hermano del elegido representante Jorge Alfonso Rojas Sarmiento, era director de un establecimiento público de orden departamental, reglamentado por el Decreto Ordenanza No. 001240 del 29 de septiembre de 1992, y conforme a los artículos 22 literal a) y siguientes y 32 de ese Estatuto ejercía funciones que implican autoridad civil, administrativa y política.

b) El artículo 263 de la C.N., porque se sumaron como válidos los votos depositados a favor de Jorge Alfonso Rojas Sarmiento en el cómputo general, afectando el número total de sufragios y por ende el cuociente electoral. Por la misma razón se violó el Art. 223 del C.C.A. modificado por la ley 62 de 1988 en su artículo 17.

En su argumento alude también a lo estatuido en el C. Contencioso Administrativo, artículos 226, 247 y 249; 129 y 133 del C.E.; y ley 5a. de 1992, Arts, 274 y 278 en armonía con el Art. 134 y 261 de la Constitución Nacional.

Admitida la demanda, en oportunidad compareció como coadyuvante el Sr. Hector Pablo Ramírez Sandoval en su propio nombre y en el del Dr. Zamir Eduardo Silva Amin, insinuando también a título de inhabildad la circunstancia de haber sido elegido diputado el Sr. Jorge Alfonso Rojas Sarmiento para el período que concluye el 31 de diciembre de este año, y haberse desempeñado como Senador en el período que concluyó el 19 de julio próximo pasado. No indicó normas violadas al respecto ni expresó concepto de la violación, limitándose por este aspecto a acompañar copia del acta parcial del escrutinio de votos para la Asamblea Departamental, período 1992-1994.

El Sr. Anselmo Ortiz Patiño concurrió para oponerse a las pretensiones del actor y los coadyuvantes.

El demandado Jorge Alfonso Rojas Sarmiento, mediante apoderado judicial, contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y reclamando que los demás se prueben. Como medios de defensa propuso excepciones que denomina: a) Falta de causa invocada y carencia del derecho para la prosperidad del *petitum*; b) Indebida acumulación de pretensiones y c) Inepta demanda. En el mismo escrito solicita la nulidad de todo lo actuado con fundamento en dichas excepciones.

Reconocida la personería a los intervinientes, se asumieron por su valor legal las pruebas aportadas por las partes y se odenaron recepcionar algunas otras solicitadas por aquellas.

Practicados que lo fueron, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del que han hecho uso, así:

a) El sector reitera sus pretensiones haciendo hincapié en la violación a la Constitución y la ley por el acto impugnado.-

b) El demandado, mediante apoderado sustituto, insiste en su oposición a la demanda. Reclama la desestimación de las pretensiones, fundamentalmente, por no haberse acreditado el parentesco como elemento primordial de aplicación de la causal de inhabilidad invocada, sustentando su criterio en a partes de sentencias proferidas por la Sección.

De manera suscinta aludió a lo que debe estimarse como ejercicio de autoridad civil, administrativa y política para rechazar también por este aspecto la causal de inhabilidad del elegido representante.

c) La parte coadyuvante solicita pronunciamiento de sentencia estimatoria de las pretensiones, por considerar que la causal de inelegibilidad está probada fehaciente-

mente. Tras prolijo examen de reiterada jurisprudencia de esta Sala, relacionada con la improcedencia de nuevo escrutinio cuando se anule la elección de un congresista, califica aquella de "equivocada y sin soporte legal".

Amplía su disentimiento al concepto de los factores objetivo y subjetivo de las causales de nulidad de la elección, según se dé aplicación a los Arts. 223 o 228 del C.C.A.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, luego de resumir lo actuado en el proceso, concluye con solicitud de denegación de las pretensiones. Para el efecto analiza el acervo probatorio y concluye en la falta de comprobación de la filiación de Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas Sarmiento, de quienes no se puede predicar si son hijos legítimos o naturales de Luis Francisco Royas y Florinda Sarmiento. Suyo es el párrafo que se consigna a continuación:

> "En estas circunstancias, al no estar comprobado uno de los supuestos que dan lugar a que se configure la inhabilidad invocada, o sea el vínculo de parentesco existente entre el demandado y la persona que era director del "Instituto de Agua Potable y Alcantarillado de Boyacá" para el 13 de marzo de 1994, es innecesario, a juicio de esta Delegada, el estudio del otro supuesto, relacionado con el ejercicio de la autoridad civil o política que se afirmó en la demanda conlleva el ejercicio de ese cargo (fl. 311)".

CONSIDERACIONES

I. Se solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el acta parcial del escrutinio de votos para la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de Boyacá, fechado a 18 de marzo del presente año, pero únicamente respecto a la elección de Jorge Alfonso Rojas Sarmiento.

Para ello se aduce como cargo básico la violación de la Constitución Política en su art. 179 numeral 5o. que corresponde al siguiente texto:

> "ART. 179.- No podrán ser congresistas.
>
> "5.- Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
>
> "Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones".

Frente a este dispositivo constitucional, los supuestos de hecho de la presunta inhabilidad giran en torno a la circunstancia del parentesco como hermanos de Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas Sarmiento, pues este último, para la fecha de la elección el 13 de marzo de 1994, era director del "Instituto de Agua y Alcantarillado de Boyacá", establecimiento público del orden departamental.

II. Conviene, para empezar, analizar los medios defensivos propuestos por la parte demandada. Plantea, a título de excepciones, las siguientes:

a) Falta de causa invocada y carencia de derecho para la prosperidad del *petitum*;

b) Indebida acumulación de pretensiones

c) Inepta demanda.

Sea lo primero reiterar, como lo ha sostenido la Corporación, que en los procesos contencioso administrativos, entre los que se cuenta el especial electoral, no es procedente la formulación de excepciones previas como incidente, por la derogatoria del artículo 163 del C.C.A. De las de fondo debe decidirse en la sentencia, conforme al mandato del Art. 164 *Ibídem*.

En relación con la que denomina "Falta de causa invocada y carencia de derecho para la prosperidad del *petitum*" basta decir que no constituye excepción propiamente dicha, sino el meollo del debate contencioso, para cuya dilucidación deberá adentrarse la Sala en el examen de los fundamentos de las pretensiones, tanto los de hecho como los de derecho.

Y contrario a lo que aduce la parte demandada, para la Sala no existe indebida acumulación de pretensiones en la demanda, porque de la lectura desprevenida de la misma se desprende una concreta individualización del acto acusado: la nulidad del acto declaratorio de la elección de representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Boyacá el período 1994 - 1998, pero sólo en cuanto a la elección del señor Jorge Alfonso Rojas Sarmiento. Ese acto consta en el acta suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que recoge el escrutinio de los votos para dicha corporación plasmados en el formulario E-26 E, visible a folios 1 a 4 del expediente.

Los restantes pedimentos los propone el acto como consecuencia de la prosperidad del primero, sin que la solicitud de excluir algunos votos para la práctica de nuevo escrutinio que, de ser procedente, correspondería efectuar a esta Corporación, y la expedición de credenciales a los que resultaren elegidos previa cancelación de las originalmente expedidas, correspondan a pretensiones perseguibles mediante el ejercicio de acciones de naturaleza diferente.

En caso similar expresó esta Sala:

" ... Es necesario aclarar que cuando se habla de variación de la naturaleza de la acción se debe entender que la misma no pueda considerarse como acción pública de nulidad de carácter electoral y que por lo mismo no pueda ser tramitada por el procedimiento especial señalado para la misma, y no que se invoquen en forma equivocada peticiones consecuenciales de la nulidad de una elección, circunstancia esta última que no es el elemento para inadmitir la demanda..." (Fallo de 19 de enero de 1993. Exps: 0646 y otros. Actor: Guillermo Castro Daza. Consejera Ponente: Dra. Miren De La Lombana de M.).

De esas dos excepciones desprende el actor la de inepta demanda, de modo que somete su prosperidad a la que obtengan las dos primeras. Por fallidas no dan base para que improcedencia manifiesta por el carácter de previa.

III. El incidente de nulidad. Lo propuso el apoderado del demandado "... con fundamento con las excepciones (sic) anteriormente formuladas... por existir inepta demanda, indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de la inhabilidad constitucional o legal aducida por el demandante y por lo tanto carencia del derecho para la prosperidad de las pretensiones..." (fols. 80 y 81).

De su sola enunciación se deduce la improcedencia de las pretensas causales de nulidad parocesal, toda vez que las situaciones a que ellas aluden corresponden a excepciones ya desestimadas o a cuestiones que versan con el mérito de la demanda y que sólo cabe dilucidar en el fallo. Además, las causales de nulidad son taxativas, previstas en el art. 140 del C. de P. Civil, modificado por el Art. 1. numeral 80 del Decreto 2282 de 1989, no estando comprendidas en ninguna de ellas las que se proponen como medio de defensa por el apoderado del demandado.

IV. Análisis de fondo.

El cargo se hace consistir en la inhabilidad de Jorge alfonso Rojas Sarmiento para acceder al Congreso de la República, porque al momento de su elección hermano suyo, Omar Ivan Rojas Sarmiento, ejercía funciones con autoridad civil y política como director de un establecimiento público del orden departamental.

Para concluir en la ocurrencia de dicha causal deben estar demostrados tres supuestos insustituibles, a saber:

a) Vínculo de matrimonio, unión permanente o parentesco dentro de los grados que fija la norma con funcionario público.

b) El ejercicio de autoridad civil o política por parte de dicho pariente, cónyuge o compañera.

c) Que el ejercicio de dicho cargo con autoridad civil o política ocurra en la misma circunscripción en la que se produce la elección del congresista.

El primer supuesto de la norma gira, entonces, en torno a la prueba del parentesco que se afirma existe entre Jorge Alfonso Rojas Sarmiento y Omar Ivan Rojas sarmiento, de quienes se dice son hermanos sin especificar si se trata de legítimos, extramatrimoniales o adoptivos. Al respecto, sólo en atención al planteamiento que formulan el apoderado del demandado y la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso en su concepto de fondo para solicitar la denegatoria de las pretensiones, se observa:

Para la ley es legítimo quien fue concebido durante el matrimonio de sus padres, según lo define el Art. 213 del C.C..- son prueba del matrimonio y del nacimiento los respectivos registros civiles (Dto. 1260 de 1970, art. 67 a 72, 101 s.s.). y para los actos y hechos del estado civil anteriores a la fecha de vigencia de la ley 92 de 1938, las partidas de origen eclesiástico correspondientes.

Examinadas las puebas aportadas al proceso aparece demostrado el hecho físico del nacimiento tanto de Jorge alfonso como de Omar Iván Rojas Sarmiento (fgl. 34, 35). No así la del vínculo matrimonial entre Luis Francisco Rojas y Florinda Sarmiento.

La declaración contenida en los registros de bautismo y nacimiento ya aludidos, según la cual Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas sarmiento son hijos de Luis Francisco Rojas y Florinda Sarmiento, no puede reemplazar la prueba del contrato de matrimonio, conforme a lo previsto en el art. 106 del citado decreto 1260 de 1970.

Significa esto que de los citados Jorge Alfonso y Omar Iván no puede predicarse que son consanguíneos legítimos, ante la ausencia del medio que así lo demuestre.

El hijo extramatrimonial, conforme a lo reglado en el Art. 10. de la Ley 45 de 1936, es el nacido de padres al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado como tal con arreglo a lo dispuesto en la ley. El reconocimiento debe ajustarse a lo previsto por el art. 1o. de la Ley 75 de 1968 con la modificación introducida por el artículo 1o. del Dto. 2272 de 1989, en tanto que la declaración, que debe ser judicial, a lo normada en el art. 6o. de la citada Ley 75 de 1968.

Pero las pruebas documentales atrás aludidas tampoco permiten inferir que los citados Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas Sarmiento tengan la condición de hijos naturales del señor Luis Francisco Rojas, pues no aparece la demostración de reconocimiento voluntario por parte del citado progenitor, ni de la determinación judicial contenida de esa declaración.-

Implica lo expuesto que tampoco se podría predicar filiación natural de Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas Sarmiento con el Sr. Luis Francisco Rojas.

Pero tal no es el aspecto esencial de la cuestión, puesto que la demanda simplemente afirma la condición de hermanos de los precitados Jorge Alfonso y Omar Iván. Al respecto en lo que atañe a la prueba de la maternidad la situación es bien distinta.

En efecto, el tratadista y consejero de Estado Dr. Roberto Suárez Franco es su obra *Derecho de Familia*, expresa:

> "11. Prueba de la maternidad natural. La maternidad natural será demostrada al probar los hechos que la constituyen: el parto, la identidad del parto; la concepción se establece por virtud de una presunción.
>
> "En la práctica, en el acta de nacimiento de los hijos extramatrimoniales no reconocidos, se les asignarán los apellidos de la madre; si fueren reconocidos o declarados judicialmente se inscribirán como apellidos el primero del padre seguido del primero de la madre (Ley 54, de 1989, art, 1o.).
>
> "No basta que la madre afirme expresa o tácitamente su maternidad; sólo por los medios legales se acredita el hecho primordial del nacimiento, vale decir, con la respectiva copia del registro civil, por cuanto la prueba supletoria ha desaparecido".
>
> "12. **Paternidad natural**
>
> "No ocurre lo propio con la paternidad natural; se trata de un hecho no susceptible de prueba directa, cuya demostración debe provenir del reconocimiento mismo o de la declaración judicial, lo cual es consecuencia del acto espontáneo del padre o de la sentencia del juez competente, resultado de un juicio controvertido. Ante la ausencia de prueba del matrimonio en la época de la concepción, ha de concluirse que aquélla es natural. La sola afirmación de la madre, respecto de la paternidad de su hijo, no es prueba suficiente de ésta (Capítulo III. Filiación Extramatrimonial. Pags. 53-54)".

A su vez, del ilustre tratadista y profesor universitario Arturo Valencia Zea, sostuvo el siguiente criterio:

> "... en derecho colombiano las actas de nacimiento sirven para probar no sólo el hecho del parto, sino también quién es la madre. De manera que los hijos provistos del acto de nacimiento no necesitan de un reconocimiento voluntario de su madre. Antiguamente, y según los artículos 318 a 322 del Código Civil, los hijos naturales necesitaban de un reconocimiento expreso tanto de su madre como de su padre, lo cual indicaba que el acta de nacimiento sólo servía para probar el hecho el parto pero no la maternidad (Derecho civil, Tomo V. Ed. Temis, Bogotá 1970, Pags. 415 y 416)".

La H. Corte Suprema, con relación a la comprobación de quién es la madre del promotor del pleito, expresó:

"... La prueba más atendible sería la copia del registro civil o el certificado notarial correspondiente"... pero no se puede afirmar ..." que tal prueba documental sea la única para demostrar aceptablemente tales hechos, puesto que bien se puede establecer con otro linaje de pruebas..." (Sala de Casac. Civil, Sentencia 234 de junio 28 de 1989, Mag. ponente Dr. Rafael Romero Sierra).

El fundamento de los argumentos transcritos no es otro que el Art. 1o. de la Ley 45 de 1936, que consagra la presunción de maternidad por el solo hecho del nacimiento. La prueba de ello es el registro civil y hasta 1938 el acta parroquial de bautismo, documentos amparados con las presunción de legalidad y que suponen acreditado el hecho del parto. Esa presunción también encuentra apoyo en el Art. 1o. de la Ley 75 de 1968, que sólo exige la notificación al padre para el reconocimiento del hijo extramatrimonial.

Ello permite concluir que Jorge Alfonso y Omar Iván Rojas Sarmiento, como hijos de la misma madre, la señora Florinda Sarmiento, según se ve de sus actas de bautismo y nacimiento obrantes a folio 34 y 35, respectivamente, son hermanos. Tal es, exclusivamente, el primer presupuesto de aplicación de la causal de inelegibilidad que fundamenta la demanda, sin que haya necesidad de adentrarse en el examen del carácter de esa filiación.

El segundo supuesto de la causal versa con el ejercicio de autoridad política o civil por el cónyuge, compañero permanente o pariente del elegido, dentro de los grados que prevea la disposición constitucional y en la misma circunscripción en la que se efectué la elección.

Por ese aspecto se afirma que el Sr. Omar Iván Rojas Sarmiento, en su condición de Director del Instituto de Agua Potable y Alcantarillado de Boyacá, ejerció autoridad civil, administrativa y política al tiempo de la elección de su hermano Jorge Alfonso como Representante a la Cámara para el período 1994 - 1998, sin que para llegar a esa conclusión sea óbice la circunstancia de haber solicitado licencia de separación del cargo a partir del 11 de febrero y hasta el 14 de abril del mismo año.

En cuanto a lo que debe entenderse por autoridad civil, política, militar y administrativa trae la Ley 136 de este año, en sus artículos 188, 189, 190 y 191, las siguientes definiciones:

"**ART. 188. AUTORIDAD CIVIL:** Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

"1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga el acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

"2. Nombrar o remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

"3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

"**ART. 189. AUTORIDAD POLITICA**: Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

"Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

"**ART. 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA**: Esta facultad, además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

"También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta, a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

"**ART. 191. AUTORIDAD MILITAR**: A fin de determinar las inhabilidades previstas por esta ley, se entiende por autoridad militar la que ostentan los oficiales en servicio activo de las Fuerzas Militares y los suboficiales con el rango de comandantes en el municipio.

"Para efecto de este artículo, el militar debe haber estado ubicado en el municipio por virtud de orden superior por espacio de cuando menos tres meses o dentro del mes anterior a las elecciones de que se trate".

Dichas nociones, que el actor aduce en apoyo de sus pretensiones, son valederas tratándose de asuntos municipales, habida cuenta el Estatuto que las contiene.

También la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en respuesta a interrogantes del Sr. Ministro de Gobierno, conceptúa acerca de lo que debe entenderse por el ejercicio de dichas modalidades especificas de autoridad.

Así dice:

"En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar, los que implican el ejercicio de autoridad administrativa.

"5o. Los cargos con autoridad, a que se refiere la Constitución, tienen las siguientes características:

"a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno.

"b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinarios o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos publicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; a gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

"c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecientes a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

"d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

"Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

"e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos Gobernadores y reelegidos como Senadores y Representantes.

"5o. Sin embargo, la Sala considera que aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o algunas de las modalidades específicas que asume la autoridad. Así por ejemplo, el Presidente de la República, que es el Jefe del Estado y del

Gobierno y "suprema autoridad administrativa", ejerce autoridad política y administrativa; además, cuando dirige la fuerza pública y dispone "de ellas como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República" (Art. 189, número 3, de la Constitución), ejerce autoridad política y militar; si ejerce funciones como "suprema autoridad administrativa" también lo hace como autoridad civil, y si actúa en relación con el Congreso o con la Rama Jurisdiccional (arts. 200 y 201 de la Constitución), ejerce autoridad política y civil.

"Del mismo modo, los ministros y directores de departamentos administrativos que, como miembros del Gobierno, con el Presidente de la República ejercen autoridad política, cuando obran como jefes superiores de los correspondientes servicios, ejercen autoridad administrativa. Además, el ejercicio de empleos con autoridad política y administrativa, también implica una de carácter civil.

"De manera que las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden. (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo, Noviembre 5 de 1991 Radicación No. 413)".

De conformidad con el criterio expuesto en los apartes transitorios, no cabe duda que la Dirección del Instituto de Agua Potable y Alcantarillado de Boyacá "I.A.A.B." implica el ejercicio de autoridad administrativa, como que de esa naturaleza son la mayoría de las funciones que asigna a ese cargo el Decreto No. 001240 de 1992, por el cual se modificaron "... Los actos de creación y demás relativos a la estructura..." del citado Instituto.

Así, el Art. 22 expresa que serán funciones del Director de la I.A.A.B., además de las previstas en normas superiores, las siguientes:

"a) Dirigir la acción administrativa del Instituto, suscribiendo los actos administrativos en materia de nominación y movilidad del personal, contratación, ordenación de pagos, imposición de sanciones y todos los demás requeridos para el normal funcionamiento del Instituto conforme a los requisitos de la ley.

"b) Elaborar el Plan Anual (sic) de Trabajo del Instituto, que será presentado a la Junta Directiva y enviado a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento en el mes de enero de cada año.

"c) Velar por la ejecución de los programas y políticas del Instituto.

"d) Actuar para todos los fines como representante legal del Instituto y suscribir los actos y contratos que para tales fines deban expedirse o celebrarse.

"e) Coordinar con la Secretaría de Obras Públicas y de Planeación, los mecanismos de evaluación correspondientes al cumplimiento de los respectivos planes de desarrollo departamental.

"f) Rendir los informes que solicite la Asamblea, el Gobernador y la Junta Directiva entorno (sic) a la actividad cumplida por el Instituto, su situación general y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política de la Administración Departamental.

"g) Presentar a consideración de la Junta el presupuesto anual de rentas y gastos.

"h) Coordinar las acciones del Instituto con las acciones departamentales, nacionales y municipales.

"i) Decidir los recursos de la vía gubernativa que los particulares interponen frente a las decisiones de sus subalternos.

"j) Dar en arrendamiento bienes del Instituto cuando ello sea aconsejable acogiéndose a las normas legales vigentes.

"k) Ejecutar las decisiones de la Junta Directiva.

"l) Constituir apoderados y mandatarios judiciales.

"m) Ordenar los gastos que demande la administración conforme el acuerdo de gastos autorizado.

"n) Adelantar estudios técnicos y asesorar al Gobernador en la elaboración de Planes de desarrollo, de acuerdo con los objetivos y funciones del Instituto.

"o) Cumplir las funciones que puedan conferírsele en virtud del Estatuto Orgánico.

"p) Delegar conforme al Estatuto orgánico, las funciones necesarias para el buen desarrollo del Instituto en otro órgano o dependencia del mismo.

"q) Las demás que le sean asignadas y tengan relación con la naturaleza del cargo.

"PARAGRAFO. La fecha límite para la presentación del presupuesto a la Junta Directiva debe ajustarse a las fechas establecidas en el manual de presupuesto y en coordinación con la Dirección de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del Departamento".

Y el 32 del mismo Estatuto prescribe:

"El Director del I.A.A.B. nombrará y removerá libremente a los funcionarios del Instituto; también podrá crear, suprimir y fusionar empleados por expresa autorización de la Junta Directiva y de acuerdo a las normas expedidas por la Asamblea sobre nomenclatura y clasificación de cargos" (*El Boyacense* No. 4.593. Tunja, diciembre 10 de 1992. Págs. 15 y 16) folio 7.

Esas funciones, como es fácil observar, también conlleva el ejercicio de autoridad civil, como son, además de las de imponer sanciones y nombrar y remover libremente a los funcionarios del Instituto, las de celebrar contratos y ejercer la representación legal del mismo, así como decidir los recursos de la vía gubernativa frente a las decisiones de sus subalternos, etc.

En todas ellas se manifiestan de modo muy preciso las características específicas de la autoridad civil, determinadas por esta Sala en proveído del que fue ponente quien conduce este proceso, cuales son "... el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos, ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo" (Exp. E-0292. Cita del fallo en Exp. 895 y otros Mag. Ponente Dr. Carmelo Martínez C.).

Por lo demás, en el ejercicio de la autoridad civil por el Director del mencionado Instituto no obsta la licencia para retirarse transitoriamente del cargo, entre el 11 de febrero y el 14 de abril del presente año, que solicitó el precitado Omar Iván Rojas S. la Dirección del Instituto de Agua y

Alcantarillado de Boyacá con atribuciones de autoridad civil por la fecha en que se produjo la elección de su hermano Jorge Alfonso como Representante a la Cámara, se da en éste la inhabilidad para ser congresista prevista en el art. 179, numeral 5 de la Constitución Política y, por ende, debe declararse la nulidad del acto electoral acusado.

V- Efectos de la declaratoria de nulidad en el caso en examen.

En muy extenso escrito, con minuciosa exposición de argumentos contrarios al criterio reiterado por la Sala en cuando a los efectos de la nulidad del acto declaratorio de la elección de Congresista, la parte coadyuvante solicita en su alegato de conclusión que se ordene la práctica de nuevo escrutinio de los votos depositados en la circunscripción de Boyacá en los comicios del 13 de marzo de este año para Representantes a la Cámara, con exclusión de los consignados a favor del Sr. Jorge alfonso Rojas Sarmiento. Esa es, también, muy precisa pretensión de la demanda.

Resumen de su argumentación es lo que sigue:

1. Carece de fundamento constitucional y legal la distinción que hace la Sala en cuanto a causales objetivas y subjetivas de nulidad de la elección de congresistas, para

ordenar la práctica de nuevo escrutinio únicamente cuando el fundamento de la declaración de invalidez es de las primeras, en tanto que tratándose de cualquiera de las segundas se dispone la aplicación de lo previsto en los artículos 134 y 261 de la Constitución Política.

2. En todo caso de nulidad de la elección de congresista se debe aplicar el procedimiento previsto en el art. 226 Inciso

1o. del C.C.A., única parte de ese canon que a partir de la Constitución de 1991 se mantiene vigente. No así el de los inicios de la supresión de la institución de los suplentes en los cargos de elección popular de las corporaciones públicas.

3. No se puede interpretar el art. 134 de la C. Política en el sentido de que la vacancia absoluta generada por la anulación de un acto eleccionario deba ser suplida como allí se indica, pues de ser así también estarían derogados el inciso 1o. del Art. 226 del C.C.A. y el Art. 129 del C. Electoral.

4. La Constitución Política nunca se ocupa de señalar las situaciones que por su ocurrencia generan vacancia absoluta, dejando a la ley esa tarea. Tanto el Código de Régimen Municipal como la Ley 5o. de 1992 incluye la nulidad electoral como situación causal de vacancia absoluta, pero esta última da tratamiento particular a la manera de llenarla, diferente a la de las demás causales. Agrega que el Acto Legislativo No. 3 de 1993 no incluyó la anulación de un acto eleccionario como causal de vacancia absoluta, dejando a la ley la facultad de señalar otras situaciones que puedan producirla, distintas a la nulidad de la elección.

5. A pesar de incluir el art. 274 de la Ley 5o. de 1992 la nulidad de la elección como causal de vacancia absoluta, se cuida de precisar que para llenarla debe atenerse a lo que disponga la sentencia, pues en ese caso se debe seguir los remedios procesales.

6. La competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para practicar nuevo escrutinio cuando anula un acto electoral no tiene excepciones con relación a las causales de nulidad, salvo el caso del Art. 129 del Código Electoral.

7. La nulidad de un acto eleccionario implica la nulidad o invalidez de "... los votos contenidos en los cómputos o escrutinios que aparacen en el Registro o en el Acta de Escrutinio..." (Art. 226 del C.C.A., inc. 1o.).

8. Como es más grave la causal 5o. del art. 223 del C.C.A. que la 6o. del mismo precepto, con tanta más razón se deben anular los votos tratándose de aquélla.

9. Sólo en los casos de pérdida de la investidura, por no poderse cuestionar la elección, es procedente llenar la vacante con los candidatos no elegidos de la misma lista.

Por consiguiente pide:

Declarar la nulidad de la elección del Sr. Jorge Alfonso Rojas S., porque los votos depositados a su favor fueron producto de la imposición o de la influencia indebida que sobre los electores ejerció el Sr. Omar Iván Rojas S. en su condición de director de la entidad descentralizada de orden departamental tantas veces mencionada.

2. Que como nulos se deben excluir de la sumatoria para extraer el cuociente electoral los votos depositados a favor de Jorge Alfonso Rojas S., pues lo contrario implica violación del art. 263 de la Constitución Política.

3. Ordenar la cancelación de la credencial expedida a Jorge Alfonso Rojas S. como Representante a la Cámara por Boyacá para el período 1994-1998.

4. Excluidos los votos a favor de Jorge Alfonso Rojas S. se debe realizar nuevo escrutinio en el que entren todas las listas de candidatos a la Cámara por Boyacá que compitieron en los comicios del 13 de marzo, incluida la que aquél encabezó pero sin los votos dichos.

5. Efectuar nuevas declaraciones de elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Boyacá para el período antes memorado.

Pero la Sala discrepa de lo así argumentado y pedido, por la siguientes razones:

A) La distinción formulada por esta Sala respecto de la existencia de causales subjetivas y objetivas de nulidad de las actas de las corporaciones electorales obedece a criterios bien fundados y no al mero capricho de sus integrantes. En efecto, surge tanto del fundamento de la causal como de las consecuencias de su declaración, pues en tanto las subjetivas se apoyan en la ausencia de requisitos o calidades para acceder a la función o de la concurrencia de causales de inelegibilidad, las objetivas encuentran su razón de ser en el empleo de procedimientos o maquinaciones fraudulentas, capaces de empañar la fuerza del sufragio y tergiversar la verdad electoral.

Igualmente, en tanto la declaración de nulidad con fundamento en las objetivas impone la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los votos obtenidos inválida o fraudulentamente o con exclusión de los factores de alteración sustancial de las actas y registros, la que se apoya en causal subjetiva culmina con la declaratoria de nulidad del acto de elección del inelegible, para que su vacante se llene como lo ordena la Constitución Política tratándose de miembros de Corporaciones de elección política o con nueva elección como en el caso del art. 129 del C. Electoral.

Ello explica la previsión del Art. 278 de la Ley 5o. de 1992, en cuanto al prescribir el modo de llenar la falta absoluta de un congresista exceptúa el caso "... de la

declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial...", precisamente porque ésta depende de la naturaleza -objetiva o subjetiva- de la causal de nulidad que se declare probada, que no como lo entiende el apoderado de la parte coadyuvante en cuanto afirma que es porque "... rigen los remedios procesales previstos en el "Sistema Electoral", que la Constitución de Colombia establece y que desarrollan las disposiciones pertinentes del Código Contencioso Administrativo y el Código Electoral, que tienen plena vigencia..."

B) Un segundo punto de discrepancia tiene que ver con el interrogante que formula la parte coadyuvante en su extenso alegato acerca de si existen dos acciones electorales: la del Art. 223 del C.C.A. y la del Art. 228 de la misma obra.

Sin duda que esa inferencia es errónea, pues la acción de nulidad electoral es sólo una, regimentada en el Capítulo IV, Título 26 del Libro 4o. del C.C.A.

De esa normatividad el art. 223, subrogado por los artículos 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988, consagra las causales de nulidad "... de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda Corporación, todas ellas de carácter objetivo excepto la del numeral 5o. concerniente al cómputo de votos "... a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos..."

Pero dicha previsión sólo atañe a la ausencia de las calidades o requisitos constitucionales y legales que debe satisfacer el candidato para acceder ala función pública. Lo concerniente a causales de inelegibilidad o inhabilidades está previsto en el art. 228 del C.C.A., además de reiterar esa norma lo atañedero a la nulidad de la elección por no reunir las condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo, de modo que en el caso en examen, por versar el cargo con causal de inhabilidad para ser congresista -la del numeral 5o. del art. 179 de la Constitución Política- es equivocado todo planteamiento que se haga con apoyo en la causal 5o. del art. 223 del C.C.A.

Mucho más si se pretende deducir alguna consecuencia para este proceso de lo que prevé el numeral 6. de la misma norma, ajeno por entero a lo que aquí se debate.

C). Igualmente es equivocado afirmar que los votos depositados a favor de Jorge Alfonso Rojas Sarmiento, como candidato a la Cámara por la Circunscripción de Boyacá para el período 1994-1998, deben excluirse del cómputo para extraer el cuociente electoral.

Sostiene dicha parte que esos sufragios, en el número tenido en cuenta para declarar la elección del precitado Rojas Sarmiento son nulos, pues la "... voluntad de voto está viciada por la presión ilegítima, que el constituyente presume de derecho, ejercida por el funcionario público pariente de un candidato, esa voluntad no existe y

mal puede pretextarse su respeto para legitimar el vicio de nulidad que la afecta a partir del momento en el que se exprese en condiciones prohibidas por el constituyente..."

En efecto, los votos que se pide excluir para, por consecuencia lógica y jurídica, ordenar la práctica de nuevo escrutinio, no fueron depositados exclusivamente a favor del precitado Jorge Alfonso Rojas S., sino de una lista de candidatos por él encabezada. Además, de aceptar esa tesis se estaría castigando a las víctimas de la imposición que, se dice presume la Constitución, ejerció el consanguineo del candidato, cuando precisamente la sanción por esa manipulación o coaccionarle es la nulidad de la elección de aquél, que no la nulidad de los votos a favor de la lista.

Por lo demás, como atrás se vio, la nulidad de la elección demandada no tiene fundamentos en causal alguna del art. 223 del C.C.A. sino en la del 228 *ibídem*, de naturaleza subjetiva y que, por ende, no implica la práctica de nuevo escrutinio.

En atención a lo expuesto deberá la Sala declarar la nulidad del acta parcial de escrutinio de los votos para la Cámara de Representantes por la Circunscripción de Boyacá, período 1994-1998, pero sólo en cuanto declara elegido al señor Jorge Alfonso Rojas Sarmiento, quien está inhabilitado para ser congresista conforme al numeral 5. del art. 179 de la Constitución Política. Y como de la nulidad del acto declaratorio de la elección no se sigue la práctica de nuevo escrutinio ni la convocatoria a nueva elección, sino que la vacante habrá de llenarse conforme lo prevé el artículo 274 de la Ley 5a. de 1992, en concordancia con los artículos 134 y 261 de la Carta Fundamental, se despacharán en forma desfavorable las demás pretensiones, salvo la que atañe con la cancelación de la credencial de Representante a la Cámara expedida al señor Jorge Alfonso Rojas S.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el concepto de la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Declárase improcedente el incidente de nulidad propuesto al contestar la demanda por el apoderado del demandante.

2. Decláranse no probadas las excepciones de mérito que propuso el mismo apoderado.

3. Declárase la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio de votos para la Cámara de Representantes por la Circunscripción de Boyacá para el período en curso (1994-1998), pero sólo en cuanto declaró elegido al Sr. Jorge Alfonso Rojas Sarmiento. Por

consiguiente, ordénase la cancelación de la decisión a la Presidencia de la H. Cámara de Representantes y al Consejo Nal. Electoral.

4. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

5. Reconocer personería al Dr. Gustavo Humberto Rodríguez R., identificado con la cédula 40.87.808 y con tarjeta profesional de abogado No. 10.885, como apoderado sustituto del Sr. Jorge alfonso Rojas sarmiento, en los términos del mandato conferido.

6. Ejecutoriado este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Miren De La Lombana de Magyaroff, Presidente de la Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: La sentencia transcribe apartes del concepto 413 del 5 de noviembre de 1991 de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la definición de autoridad política, civil, militar. Reiteración jurisprudencial sobre la improcedencia de vacancias transitorias para que no se configure la causal de inhabilidad con parientes funcionarios que ejerzan autoridad política o civil, establecida en el proceso 0646. Actor: Guillermo Castro Daza. C.P.: Dra. Miren De La Lombana de M.

ACCION ELECTORAL/ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Diferencias/**COSA JUZGADA**-Improcedencia

"Uno es el proceso que se sigue cuando se pretende la pérdida de la investidura de congresista, siguiendo la norma constitucional del artículo 184 ya implementada en la ley, y otro el encaminado a obtener la declaratoria de nulidad de la elección, sin que importe para nada que los motivos y las partes sean las mismas, en razón a que la finalidad de cada proceso es diferente. Esta última procura la conservación del orden jurídico mediante la guarda de la legalidad del acto de elección, en tanto la primera es acción disciplinaria de la conducta del congresista a quien se acusa de haber violado el régimen de inhabilidades o incompatibilidades o por conflicto de intereses. Como se observa, ambas acciones aunque públicas son distintas en su objeto, así están fundamentadas en causales algunas veces idénticas; pero no por ello son excluyentes, pues para su ejercicio se sirven de procedimientos propios y el juez es diferente, como que de la electoral lo es la Sección V de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mientras de la pérdida de investidura lo es su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo".

ACCION ELECTORAL-Trámite/**ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Trámite

"El procedimiento señalado para la acción electoral será el utilizado cuando se demanda la nulidad de la elección del congresista con fundamento en las causales contenidas en el artículo 179 de la Constitución

Política, en tanto que el de la Ley 144 de este año será el aplicable siempre que se intente la acción pérdida de investidura, teniendo como causales las invocadas por el artículo 183 de la C.N."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Referencia: Expediente No. 1146. Actor: Daniel Mosquera.

El mandatario judicial del señor Agustín Hernando Valencia Mosquera, codemandado en el asunto de la referencia, ha propuesto incidente para que se "... declare la nulidad del proceso Contencioso Electoral de única instancia en donde el actor es el señor Daniel Mosquera y los demandados son los dos únicos Representantes a la Cámara por Circunscripción Especial para las comunidades negras doctores Zulia María Mena García y Agustín Hernando Valencia Mosquera; pero sólo en lo que se refiere a mi mandante, Dr. Agustín Hernando Valencia..."

Rituado el trámite previsto en la ley, se procede a resolver de acuerdo a los siguientes.

ANTECEDENTES

Manifiesta el actor que ante el Consejo de Estado se adelantó y terminó un proceso de Pérdida de Investidura a solicitud del ciudadano Daniel Mosquera y en contra del congresista Agustín Hernando Mosquera, con fundamento en que éste se halla inhabilitado para ser congresista por la causal 3a. del art. 179 de la Constitución Política, pues que fue contratista del municipio de Puerto Tejada, Cauca. Ese proceso concluyó con sentencia proferida el 1o. de septiembre del presente año, que denegó la pretendida pérdida de investidura previo el trámite dispuesto en la ley 144 de 1994.

Y que ante esta Sección se sigue proceso de nulidad de la elección como representante a la Cámara del Dr. Agustín Hernando Valencia Mosquera, también propuesta por Daniel Mosquera, alegando los mismos hechos sobre los cuales ya se pronunció el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por lo que no se puede continuar la tramitación de éste dado que la Sala carece de competencia para hacerlo, porque la ley 144 de 1994 señaló el juez a quien corresponde conocer cuando se demanda por violación del régimen de inhabilidades de los congresistas.

Finalmente anota que "... se está tramitando una inhabilidad por el proceso que no corresponde...", además, así como lo prevé el artículo 15 de la ley citada, no se puede alegar la misma causal y los mismos hechos en ese proceso, porque la sentencia de

pérdida de investidura hizo tránsito de cosa juzgada y, en consecuencia, por economía procesal se debe declarar la nulidad de todo lo actuado.

CONSIDERACIONES

Los hechos antes resumidos permiten al incidentalista invocar tres causales de nulidad, a saber:

a) La incompetencia del juzgador

b) Trámite procesal diferente al que corresponde

c) La cosa juzgada. Es decir, las previstas en los numerales 2, 3 y 4 del art. 140 del C. de P. Civil.

En cuanto a la de cosa juzgada cabe decir que correspondiendo en principio su alegación como excepción previa o de mérito, según lo prevé el inciso final del art. 92 del C. P. Civil, de no haber ocurrido así también podrá alegársela como la causal del numeral 3 del Art. 140 *ibídem*, entendiéndola como el revivir un proceso anterior legalmente terminado siempre que se promueva sobre el mismo objeto, con la misma causa y entre las mismas partes.

Ahora bien: se ha planteado la existencia de incompetencia del juzgador, en este de caso de la Sala Electoral del Consejo de Estado, por cuanto, dice el incidentalista, de todo proceso por violación al régimen de inhabilidades de los congresistas debe conocer, al tenor de la susodicha ley 144, el Consejo de Estado en su Sala Contenciosa.

Agrega que como se tramitó en esa forma el de pérdida de investidura contra su patrocinado, su sentencia produce los efectos de la cosa juzgada.

Pero conviene precisar que uno es el proceso que se sigue cuando se pretende la pérdida de la investidura de congresista, siguiendo la norma constitucional del artículo 184 ya implementada en la ley, y otro el encaminado a obtener la declaratoria de nulidad de la elección, sin que importe para nada que los motivos y las partes sean las mismos, en razón a que la finalidad de cada proceso es diferente.

Al respecto, es oportuno transcribir apartes de la sentencia No. AC-175, proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado dentro del proceso que por acción de pérdida de investidura se siguió contra Samuel Alberto Escrucería Manzi, con ponencia del H. Consejero Dr. Guillermo Chahín Lizcano, el 8 de septiembre de 1992:

> "... En efecto, la pérdida de la investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición

que alguna vez fue poseída por él; al paso que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o si, por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas.

Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la Sociedad Política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de nulidad acarrea de conformidad con el artículo 179 numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición y si éstos se declaran nulos, ello equivale a que nunca tuvo acceso legítimamente a la referida investidura..."

La precisión y claridad de esta jurisprudencia permite dilucidar el caso *sub-exámine*. En efecto, determinada cuál es la finalidad de la acción de pérdida de investidura y la pretendida en la acción de nulidad electoral, ha de colegirse que el incidentalista las confunde.

Esta última procura la conservación del orden jurídico mediante la guarda de la legalidad del acto de elección, en tanto la primera es acción disciplinaria de la conducta del congresista a quien se acusa de haber violado el régimen de inhabilidades o incompatibilidades o por conflicto de intereses.

Como se observa, ambas acciones aunque públicas son distintas en su objeto, así están fundamentadas en causales algunas veces idénticas; pero no por ello son excluyentes, pues para su ejercicio se sirven de procedimientos propios y el juez es diferente, como que de la electoral lo es la Sección V de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mientras de la de pérdida de investidura lo es su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto al trámite diferente dado al proceso tal como lo alega el incidentalista debe decidirse que es errado su planteamiento, pues son distintos el procedimiento especial para la acción pública electoral prescrito en el Título XXVI, Capítulo IV, Art. 223 a 251 del C.C.A. con las modificaciones introducidas por las leyes 96 de 1985, 14 de 1988 y el Dto. 2304 de 1989, del previsto e igualmente especial estipulado en la ley 144 de 1994, aplicable de manera exclusiva al trámite del de pérdida de investidura.

El procedimiento señalado para la acción electoral será el utilizado cuando se demanda la nulidad de la elección del comgresista con fundamento en las causales

contenidas en el artículo 179 de la Constitución Política, en tanto que el de la Ley 144 de este año será el aplicable siempre que se intente la acción de pérdida de investidura, teniendo como causales las invocadas por el artículo 183 de la C.N.

No sobra agregar que el art. 15 de las tantas veces mencionada Ley 144 prohíbe admitir solicitud de pérdida de la investidura de un congresista en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se haya pronunciado esta Corporación, pues que todas las sentencias en los procesos de pérdida de la investidura producen efectos de cosa juzgada.

Pero en el caso de autos no se trata de un proceso de pérdida de investidura, sino de acción contenciosa electoral sobre distinto asunto del controvertido en el proceso cuyo fallo ejecutoriado se alega para sustentar la causal de nulidad del numeral 3 del art. 140 del C. de P. Civil, así sean las mismas partes y por la misma causa.

Además, se trata de acciones diferentes, una contenciosa administrativa y la otra constitucional, con efectos también distintos pues mientras una busca invalidez un acto administrativo, la otra quitar la investidura a un congresista e inhabilitarlo de por vida para ser miembro de las Cámaras legislativas.

Por ello, entonces, no es dable admitir que se dé ninguna de las causales de nulidad que aduce el incidentalista.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

No se accede a decretar las nulidades solicitadas, en razón a los motivos aducidos en la parte considerativa de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Amado Gutiérrez Velásquez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 8 de septiembre de 1992, exp. AC-175, Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

MANDAMIENTO DE PAGO/NOTIFICACION/DERECHO DE DEFENSA/ NULIDAD PROCESAL-Improcedencia

"La entidad ejecutada fue enterada suficientemente de la existencia del juicio en su contra. En efecto, se presentó a recibir la notificación del mandamiento ejecutivo, lo hizo en calidad de representante legal; sin manifestar nada en contrario en momento en el cual se presentó en la oficina ejecutoria ni indicar en tal oportunidad quien tenía tal representación legal. Por el contrario, se notificó sin hacer manifestación alguna, recibió copia de mandamiento ejecutivo, y dio cuando ya había sido requerida la Corporación para que aclarara lo concerniente a la representación legal, un poder para que la misma fuera representada en juicio. Para la Sala es claro que en este estado de cosas no hay lugar a la alegada nulidad de la notificación. En efecto, el ahora representante legal dio lugar a la confusión inicial, sin hacer nada para aclararla. Pero de otra parte, la providencia cuya notificación se cuestiona y esta misma cumplió su cometido porque la entidad se presenta en juicio, no se vulnera su derecho de defensa puesto que la entidad propuso excepciones lo que muestra que si se impuso del adelantamiento del proceso en su contra".

TITULO EJECUTIVO/EXCEPCIONES/NULIDAD PROCESAL/PERDIDA DE LA COSA DEBIDA

"En relación con la excepción denominada "incompetencia para el cobro", reiteradamente ha dicho esta sala, que en casos como el

sub.judice, en que el título ejecutivo, dada su cobrabilidad por vía ejecutiva coactiva, tan solo pueden ser propuestas las excepciones de mérito que el art. 509 del C. de P.C. concreta en: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos del art. 140-7 del C. de P.C. y la pérdida de la cosa debida".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. primero (1) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 396. Actor: Municipio de Medellín - Tesorería de Rentas. C/ Corporación Deportiva Club Atlético Nacional. Excepciones de mérito.

Se resuelven las excepciones propuestas por la parte ejecutada contra el mandamiento de pago librado por la Tesorería de Rentas Municipales - Departamento de Ejecuciones Fiscales - Juzgado Sexto de Ejecuciones Fiscales del municipio de Medellín, el 18 de febrero de 1994 (fl. 21).

ANTECEDENTES

Mediante Resolución DIV-927, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal-División de Rentas Municipales del Municipio de Medellín, el Director de la División de Rentas Municipales ordenó el cobro de $25.457.679.oo a la Corporación Deportiva Atlético Nacional a favor del municipio de Medellín, por concepto de impuesto por rifas (impuesto a ganador) del concurso "HAGA-GOL" realizado el 5 de diciembre de 1992 (fls. 10 a 11).

A fl. 6, obra la resolución DIV-1.160 proferida por la misma autoridad donde se resuelve no reponer la resolución anterior y concede el recurso de apelación ante el señor Secretario.

El 9 de noviembre de 1993, el Secretario de Hacienda Municipal de Medellín, mediante resolución SH 19-121 resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución DIV-1160 de septiembre 6 de 1993 que ordenó no reponer la resolución No. DIV-927 de junio 27 de 1993 que liquidó y ordenó el cobro de $25.457.679 a la Corporación Deportiva Atlético Nacional a favor del municipio de Medellín, suma adeudada por concepto de Impuesto por Rifas del concurso HAGA-GOL realizado el 5 de diciembre de 1992 (fls. 2 a 5), declarando, además, agotada la vía gubernativa.

Mediante auto fechado el 18 de febrero de 1994, la Tesorería de Rentas Municipales. Departamento de Ejecuciones Fiscales.

Juzgado Sexto del municipio de Medellín resolvió librar mandamiento de pago en contra de la Corporación Deportiva Club Atlético Nacional y a favor del municipio de Medellín por la suma de $25.457.679, con sus intereses legales a razón del 3.10% mensual, desde el momento que se hizo exigible la operación, hasta que se verifique el pago de la misma y las costas del proceso (fls. 21 y 22).

El juzgado Sexto de Ejecuciones Fiscales notificó, el día 25 de febrero de 1994, al Representante Legal de la Corporación Deportiva Club Atlético Nacional (fl. 24).

Mediante apoderado debidamente constituido (fl. 33), la ejecutada propuso las siguientes excepciones contra el mandamiento de pago de 25 de febrero de 1994:

1. INEXISTENCIA DE NORMA DE CARACTER LEGAL O CONSTITUCIONAL QUE PERMITA EL COBRO DEL RESPECTIVO IMPUESTO. En virtud del inc. 5o. del art. 336 de la Constitución Nacional y de lo establecido en la ley que creó la empresa colombiana de recursos para la Salud "ECOSALUD S.A.", la Corporación Atlético Nacional canceló los impuestos a la respectiva entidad, ya que era ella la que estaba facultada para su cobro, de acuerdo a lo establecido en el inc. 2o. de la resolución 0366 de 25 de noviembre de 1992.

De antemano, ECOSALUD S.A. estableció el gravamen que era necesario cancelar a dicha Corporación, mediante el sistema de transferencias al sector salud en un 14% de los ingresos brutos totales.

De igual manera, el art. 4o. del Decreto 537 de 1974 establece que toda rifa transitoria de bienes muebles o inmuebles deberá pagar impuestos (15% sobre la totalidad del plan) al municipio que otorgue el permiso. En este caso, con la documentación anexa a la actuación administrativa, se puede constatar que este permiso no fue otorgado por el municipio de Medellín, que sería la última instancia de donde podría provenir su facultad legal de pagar el impuesto.

2. INCOMPETENCIA PARA EL COBRO. El concurso HAGAGOL fue de carácter departamental, por lo cual cualquier municipio de Antioquia estaría facultado para efectuar el cobro respectivo.

Como consecuencia de ello, la ley estableció que el gravamen se paga al municipio que conceda la autorización, y no aparece constancia de que el municipio de Medellín lo haya autorizado.

De acuerdo a lo previsto en la Constitución, los funcionarios del Estado sólo pueden realizar aquellos actos para los cuales estén facultados constitucional o legalmente, y no se encuentra ninguna norma que faculte al municipio de Medellín para efectuar ese cobro.

3. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. Al establecer el municipio de Medellín ese gravamen, rompe el principio de equidad tributaria, puesto que se está gravando un mismo acto con dos contribuciones, violando directamente el art. 363 de la Carta Magna (fls. 35 a 37).

Por último, dentro del término para proponer excepciones, pero mediante memorial presentado en escrito separado, el señor apoderado de la parte ejecutada solicita la nulidad de lo actuado con fundamento en el art. 140-8 del C. de P. C. por estimar que el mandamiento ejecutivo no fue notificado en debida forma.

Se alega que la diligencia se practicó con el Dr. Guillermo López Valencia a quien se tuvo como representante de la demandada no obstante que el 25 de febrero de 1994, fecha de la diligencia, la representación legal de la entidad estaba en cabeza del Dr. Sergio Naranjo Pérez.

Mediante auto fechado el 22 de marzo de 1994, el Juzgado Sexto ordena la remisión del expediente a esta Corporación (fls. /41 y 42), la cual le dio el trámite de rigor, sin que se presente manifestación alguna.

CONSIDERACIONES

I. En primer término, en relación con la alegada nulidad que se estudia en esta misma oportunidad, por aplicación del art. 509 del C. de P.C. para la Sala aparecen claros los siguientes hechos:

- La notificación se hizo el 25 de febrero de 1994, a quien se presentó y firmó el documento correspondiente como representante legal de la ejecutada y en tal calidad recibió copia del auto de mandamiento ejecutivo.

- La oficina ejecutora, luego de la notificación, sin que conste la razón dentro del expediente, solicitó a la División Jurídica de la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación de Antioquia certificación sobre la representación legal y existencia de la Corporación Deportiva Club Atlético Nacional (fl. 27); el jefe del Grupo de Inspección y Reconocimiento de Personerías Jurídicas (E) certificó el 28 de febrero de 1994 que el representante legal de la entidad, Sergio Naranjo Pérez, fue inscrito en calidad de presidente mediante Resolución No. 00365 del 26 de abril de 1993 y que no existía constancia de su publicación en la *Gaceta Departamental* (fl. 28).

- El funcionario ejecutor, por auto del 1o. de marzo de 1994, en el cual pone de presente la aplicación del art. 842 del Código de Comercio, resolvió solicitar a la Corporación ejecutada la aceptación de la misma y el nombramiento del Dr. Guillermo León López Valencia como representante legal, su aceptación y el acta en la cual consta su posesión como representante legal (fls. 29 y 30).

Lo anterior con base en el hecho de que al nombramiento del señor Sergio Naranjo le faltaba un requisito para tenerse como posesionado y surtiera efectos el registro frente a terceros; por su parte, el Dr. Guillermo López Valencia no había adelantado los trámites para posesionarse como presidente de la institución ejecutada.

- El 2 de marzo se libró el correspondiente oficio (fl. 31).

- El 11 de marzo de 1994, el señor Guillermo López Valencia otorga poder a un profesional del derecho para que represente la entidad proponiendo excepciones dentro del presente juicio y solicitando la nulidad de lo actuado a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo.

De la anterior relación se deduce que la entidad ejecutada fue enterada suficientemente de la existencia del juicio en su contra.

En efecto, quien se presentó a recibir la notificación del mandamiento ejecutivo lo hizo en calidad de representante legal; sin manifestar nada en contrario en el momento en el cual se presentó en la oficina ejecutora, ni indicar en tal oportunidad quien tenía tal representación legal.

Por el contrario, se notificó sin hacer manifestación alguna, recibió copia del mandamiento ejecutivo y dio, cuando ya había sido requerida la Corporación para que aclarara lo concerniente a la representación legal, un poder para que la misma fuera representada en juicio.

Para la Sala es claro que en este estado de cosas no hay lugar a la alegada nulidad de la notificación:

En efecto, el ahora representante legal dio lugar a la confusión inicial, sin hacer nada para aclararla.

Pero, de otra parte, la providencia cuya notificación se cuestiona y esta misma, cumplió su cometido porque la entidad se presenta en juicio; no se vulnera su derecho de defensa puesto que la entidad propuso excepciones lo que muestra que sí se impuso del adelantamiento del proceso en su contra.

Pero, aún en gracia de discusión, si alguna consecuencia hubiera de asignarse a la actuación adelantada no sería otra que considerar notificado el mandamiento ejecutivo no el 25 de febrero de 1994, fecha en la cual se presentó el Dr. López Valencia para notificarse en su calidad de representante legal de la entidad que ahora alega no haber tenido en dicha fecha, sino el 11 de marzo de 199,4 día en el cual, sin lugar a dudas, se manifiesta conocedor del proceso en contra de la Corporación y otorga y correspondiente poder para intervenir en juicio. En cualquier forma, la corporación

ejecutada fue enterada del proceso en su contra, el derecho de defensa no fue vulnerado y, por aplicación del art. 144 del C. de P. C. no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado como se solicita.

II. La excepción, planteada por el apoderado de la ejecutada, como la "inexistencia de norma de carácter legal o constitucional que permita el cobro del respectivo impuesto", aunque está mal denominada, es la que se conoce como excepción de pago, ya que, en el escrito, se argumenta que "la Corporación Atlético Nacional canceló los impuestos respectivos a esa entidad" (ECOSALUD) "ya que era ella la que constitucional y legalmente estaba facultada para su cobro".

En primer término se observa que la resolución 0366 de 25 de noviembre de 1992 mencionada por el demandado, no forma parte de aquellas con base en las cuales se conformó el título ejecutivo.

Pero además, el apoderado de la Corporación alega que este impuesto ya se canceló pero no aporta ninguna prueba documental que demuestre la veracidad de este hecho; no puede, en consecuencia, prosperar la excepción por no haberse probado.

En referencia a la alusión al art. 4o. del Decreto 537 de 1974, es argumento que ha debido esgrimirse en la vía gubernativa, no siendo procedente su debate en esta instancia. Por lo anterior, no prospera la excepción.

III. En relación con la excepción denominada "incompetencia para el cobro", reiteradamente ha dicho esta Sala, que en casos como el *sub-judice*, en que el título ejecutivo es una providencia administrativa que conlleva ejecución, dada su cobrabilidad por vía ejecutiva coactiva, tan sólo pueden ser propuestas las excepciones de mérito que el art. 509 del C. de P. C. concreta en: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos del art. 140-7-9 del C. de P.C. y l pérdida de la cosa debida.

Como se puede observar, la excepción alegada por la ejecutada no está dentro de las previstas por la norma, por lo cual no es procedente su estudio.

Es más, los argumentos que se plantean como fundamento de la excepción son objeto de estudio en la vía gubernativa y no del juicio por jurisdicción coactiva, por lo que no es procedente su propósito y debe denegarse.

IV. La excepción denominada "excepción de inconstitucionalidad", al igual que la anterior, no está comprendida en el art. 509 del C. de P.C. y debió ser objeto de debate en la vía gubernativa, por las mismas razones se declarará improcedente de acuerdo a lo explicado en el punto antecedente.

En este orden de ideas, la Sala considera que no están llamadas a prosperar las excepciones propuestas por el apoderado de la Corporación Deportiva Atlético Nacional.

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. Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

2. Deniégase la solicitud de nulidad de lo actuado.

3. Continúe la ejecución.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE A la Oficina Ejecutora correspondiente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

Miren De La Lombana de M., Presidente de Sala; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

MANDAMIENTO DE PAGO/ NOTIFICACION-Inexistencia

"El trámite que el funcionario ejecutor le imprimió a este proceso se apartó del procedimiento que para el mismo señalan los arts. 561 y s.s. del C. de P.C. y demás normas concordantes del Título XXVII Capítulo II (arts. 47 y s.s.) *ibídem*; ello explica que el mandamiento de pago no le fuera notificado a quien representaba los intereses de la demanda. Ahora bien, en la sentencia que se estudia se asegura que el mandamiento ejecutivo fue notificado conforme a derecho lo que no aparece sustentado en las diligencias que obran en el informativo, en las cuales se evidencia que el mandamiento ejecutivo no fue notificado en legal forma ni a la ejecutada, ni a su curador *ad-litem*".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta. Santafé de Bogotá D.C. nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejera Ponente: *Doctora Miren De La Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. 403. Actor: Fondo Municipal de Valorización de Valledupar. C/ CONST. E INVERSIONES SANTA ROSALIA. CONSULTA.

Procede la Sala a resolver la Consulta en el juicio de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de noviembre de 1993, la Tesorería del Fondo Municipal de Valorización de Valledupar, expidió el Reconocimiento No. 73 mediante el cual se

liquidó la contribución de valorización a favor de esa Tesorería y a cargo de "Construcciones e Inversiones Santa Rosalía", por la cantidad de $75.892.344.oo correspondiente al predio situado en la Calle 2 C No. 8A-10 de dicho municipio (fl. 1): el 7 de diciembre de 1993, el Fondo de Valorización mencionado decretó embargo y secuestro preventivo de un predio rural, propiedad de la ejecutada (fll. 6).

2. Con base en el documento anterior, la División de Ejecuciones Fiscales del Fondo Municipal de Valorización, resolvió, mediante providencia del 7 de diciembre de 1993 (fl. 19), librar mandamiento de pago a cargo de "Constitucciones e Inversiones Santa Rosalía" y a favor del Fondo Municipal de Valorización de Valledupar "FOMVAL", por la suma de $75.892.344.oo, más las costas del proceso y los inte-reses legales a la tasa del 4% mensual, desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando la obligación se pague según constancia secretarial, esta decisión no pudo notificarse personalmente (fls. 19 vto. y 20), razón por la cual, el Despacho ejecutor designó el 5 de enero de 1994 curador *ad-litem* para que representará a la demandada en este asunto (fl. 21).

3. El 12 de enero de 1994 se posesionó el curador *ad-litem* (fl. 22); mediante proveído del 20 de enero de 1994, el despacho ejecutor dispuso discernir y autorizarle el ejercicio del cargo (fl. 23): de esta decisión se surtió una doble notificación (por estado, el 24 de enero de 1994 y un día después, personalmente al curador) (fl. 23).

A fl. 23 vuelto, obra constancia secretarial, según la cual, a partir del día 26 de los mismos mes y año, comenzó a correr el término de 10 días para proponer excepciones, los que, según el mismo funcionario, vencieron sin manifestación de las partes.

Con fecha 8 de marzo de 1994 (fls. 24-25), el despacho ejecutor, considerando que existía una obligación clara, expresa y actualmente exigible en favor del Fondo Municipal de Valorización de Valledupar, no cancelada por la parte ejecutada; que el curador*ad-litem* omitió proponer excepciones, pese a que se le notificó el mandamiento de pago y que éste había alcanzando firmeza dado que no fue recurrido. Con base en lo anterior ordenó seguir adelante la ejecución y liquidar por Secretaría el crédito y las costas, evaluar los bienes embargados y secuestrados de propiedad del demandado para que, con su producto y una vez efectuado el remate, se pagará la totalidad del crédito; finalmente, condenó en costas a la firma demandada y dispuso la consulta para ante el Tribunal Administrativo del Cesar.

4. **La nulidad planteada**. el 14 de abril de 1994, mediante apoderado, la ejecutada solicitó la nulidad de todo el proceso y, subsidiariamente, la revocatoria de la sentencia o del mandamiento de pago con el consecuencial levantamiento de medidas cautelares (fls. 31 - 33). Fundamenta su petición en dos motivos; la ineficacia del título ejecutivo por su indebida notificación, que sentencia, en virtud de la falta de notificación de la orden de pago.

5. Mediante proveído calendado el 18 de abril de 1994 (fls. 37 -39), el Tribunal Administrativo del Cesar resolvió abstenerse de conocer el grado de consulta considerando que los decretos 2503 de 1987 y 624 de 1989 consagraron la imposibilidad de que las sentencias proferidas en esta clase de procesos fueran consultadas, en los eventos de ser adversas a quien se encontrara representado por curador *ad-litem*, por cuanto de no ser posible la notificación personal del mandamiento de pago al deudor, debía surtirse por correo.

La anterior decisión fue recurrida en reposición por el apoderado de la demanda (fls. 40 - 43), quien argumentó que esta jurisdicción sigue siendo competente para conocer del grado de consulta de las sentencias mencionadas, dictadas en los procesos que adelanten cualquiera de las entidades oficiales, excepto los que tramita la Dirección General de Impuestos Nacionales, sin embargo observó que, en razón de la cuantía del presente, la competencia funcional corresponde al Consejo de Estado y no al Tribunal.

6. Para resolver el recurso de reposición, el Tribunal del Cesar dictó providencia fechada el 6 de mayo de 1994 (fls. 49 - 54), mediante la cual dispuso revocar la decisión recurrida y, por competencia, enviar el presente proceso a esta Sección y reconocer personería al apoderado.

Tramitada la consulta ordenada la Sala procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

EL GRADO DE CONSULTA

La finalidad de este grado de competencia es determinado si en los casos previstos por la ley, concretamente para el de autos, si la providencia del ejecutor que ordena seguir adelante la ejecución adoptó conforme a derecho o si, por el contrario, aparece fundamentada en razones erradas o es consecuencia de una tramitación vaciada del proceso.

Así las cosas procede la Sala a realizar el examen correspondiente:

EL TRAMITE DEL PROCESO EJECUTIVO

El art. 564 del C. de P.C. preceptúa:

> "...Notificación del mandamiento ejecutivo. Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo, al deudor o a su apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la Oficina de Impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.

"Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador *ad-litem*, con quien se seguirá el proceso hasta aquél se presente".

El Despacho ejecutor no notificó personalmente el mandamiento de pago a la ejecutada.

Habiendo transcurrido más de los quince (15) días de que trata la norma precitada, sin que el ejecutado se hubiera presentado a recibir notificación personal del mandamiento, se le designó curador *ad-litem* a quien se autorizó ejercer el cargo. A partir de la ejecutoria de esta decisión, el ejecutor comenzó a contar el término de diez (10) día para proponer excepciones (fl. 23 vto.), desconociendo con tal procedimiento el mandato señalado en el art. 509 del C. de P. C., según el cual "... Dentro de los diez días siguientes a **la notificación del mandamiento ejecutivo o a la del auto que resuelva sobre su reposición**, confirmándolo o reformándolo, el **demandado** podrá proponer en escritos separados excepciones previas y de mérito, expresando los hechos en que se funde..." (subraya y resalta la Sala).

Según lo prevé el art. 564 del C. de P. C. hasta cuando el demandado se presente al proceso, éste se seguirá con el curador *ad-litem*, luego, por virtud de este mandato, el funcionario ejecutor tenía el deber de notificar al curador el mandamiento de pago, cumpliendo para el efecto las previsiones señaladas en la misma disposición, así permitía al curador si dentro del término legal proponía excepciones o interponía los recursos de ley contra el mandamiento (art. 46 C. de P. C.).

El trámite que el funcionario ejecutor le imprimió a este proceso se apartó del procedimiento que para el mismo señalan los art. 561 y s.s. del C. de P. C. y demás normas concordantes del Título XXVII. Capítulo II (arts. 497 y s.s.)*ibídem*; ello explica que el mandamiento de pago no le fuera notificado a quien representaba los intereses de la demandada.

Ahora bien, en la sentencia que se estudia se asegura que el mandamiento ejecutivo fue notificado conforme a derecho lo que no aparece sustentado en las diligencias que obran en el informativo, en las cuales se evidencia que el mandamiento ejecutivo no fue notificado en legal forma ni a la ejecutada, ni a su curador *ad-litem*.

Se asegura en la sentencia en cuestión que la parte ejecutada no repuso excepciones dentro del término de ley, lo cual es también incorrecto por cuanto el conteo del término no se hizo en legal forma como consecuencia de la ausencia de notificación del mandamiento ejecutivo a dicha parte.

En este orden de ideas, se observa en el presente caso que la actuación no se ajustó a la ley, presentándose la violación del derecho de defensa, según se dejó explicado desde el comienzo mismo del juicio, pues, entre otras cosas, la *litis* no se trabó conforme a derecho.

En estas condiciones, para la Sala es claro que no sólo debe improbarse la providencia sometida a consulta sino que, conforme a lo visto, debe declararse la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de notificación del mandamiento ejecutivo para que se rehaga la actuación, se trabe correctamente la *litis* y se adelante el juicio con respeto del derecho de defensa.

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

RESUELVE:

Por las razones expuestas en la parte motiva, declárase la nulidad de lo actuado desde la notificación del auto del 19 de noviembre de 1993 inclusive.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE al Tribunal de origen y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de fecha siete (7) de diciembre 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).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE ACTORES

CUARTO TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

	Página
ABSALON GARTNER TOBON	1022
ADRIANO MUÑOZ BARRERA Y OTRO	1000, 1017
AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. AVIANCA	717
AGROPECUARIA LOS CARAMBOLOS S.A. Y ACUMULADO	899
ALEJANDRO LONDOÑO TAMAYO	93
ALVARO PIÑEROS ACEVEDO	364
AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA	64
ASOCIACION DE EMPLEADOS ACUANTIOQUIA S.A.	125
BANCO ANGLO COLOMBIANO	924
BANCO COLOMBO AMERICANO	709
BANCO DEL COMERCIO	726
BANCO GANADERO	259
BEATRIZ LOPEZ DE OCAMPO	413
BELEN LUCIA BURGOS VELLOJIN	138, 144
BENIGNO ARTURO AFANADOR	37
BURSATIL DE SEGUROS LTDA.	494

	Página
CAJA DE COMPENSACION DE LA INDUSTRIA Y COMERCIO FAMILIAR DE PALMIRA "COMINDUSTRIA"	762
CALINCON LTDA.	950
CAMILO ERNESTO RAMIREZ BAQUERO	803
CAMILO JOSE PERAZA VENGOECHEA	1032
CAMILO VARGAS AYALA	671
CARLOS ALVAREZ PEREIRA Y LUIS FELIPE ARANA MADRIÑAN	16
CENTRO DE DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA "INCOLDA"	599
COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS CONTENIDOS EN EL SUBSUELO DE LAS HACIENDAS SANTA BARBARA DE LAS CABEZAS Y SAN JOSE DE MATA DE INDIOS OLA EMBOCADA, REPRESENTADA POR EL SR. JAIME TRESPALACIOS RODRIGUEZ	304
CONCONCRETO S.A.	868
CONSORCIO DE OBRAS DE INGENIERIA C.O.I. SOCIEDADES TECHINT INTERNACIONAL CONSTRUCTION CORPORACION TECNO TECHINT CIA. TECNICA INTERNACIONAL Y SPIE CAPAG.	751
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	989
CORPORACION GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA	739
COUNTRY CLUB DE BOGOTA	628
DANIEL MOSQUERA	1074
DORIS DELVY QUEVEDO CASTILLO	10
ELEAZAR ROJAS VELANDIA	340
ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A.	890
ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A.	505
ENRIQUE RAMIREZ JIMENEZ	701
FABIOLA ZULUAGA DE ZAMUDIO	158, 164

	Página
FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA	475
FERNANDO HOYOS NAVARRO	71
FONDO MUNICIPAL DE VALORIZACION DE VALLEDUPAR	1085
FONDO PARA LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE JOSE CELESTINO MUTIS EN COLOMBIA	879
FUNDACION SANTAFE DE BOGOTA	782
GINA JULIETA SANCHEZ ROZO	224
GLORIA DEL CARMEN MEJIA HUERTAS	355
GRAFICAS MARTELL LIMITADA	841
HECTOR ARIAS BRETON	217
HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE	679,820
HENRY A. HURTADO GUERRERO	237
HERMINIA ESTHER CADENA DE CHACON	171
HERNANDO PINZON AVILA	834
HOCOL S.A.	622
INGENIERIA SERVICIOS Y REPRESENTACIONES DE COLOMBIA S.A.	851
INVERSIONES RESTREPO URIBE S.A.	812
JAIME FERRUCHO SIERRA Y OTRO	166
JAIRO ALCIDES TOLOSA CANAS	179
JAIRO SAAVEDRA CHAUX	75
JORGE ELIUD VILLA TABORDA	148
JOSE ANTONIO SALAZAR RAMIREZ	1036
JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA	555
JOSE DE JESUS BECERRA GOMEZ	794
JOSE DOLCEY ZUÑIGA VARELA	38
JOSE MARIA DEL CASTILLO Y OTROS	386
JUAN MANUEL CAMARGO	863
JUAN MANUEL CAMARGO GONZALEZ	735

	Página
JULIO CESAR NAVARRO GIRALDO	246
JULIO CESAR PADILLA	45
JULIO CESAR POSADA GOMEZ	530
JULIO CESAR TEJADA PELAEZ	344
JULIO EDUARDO HERRERA GUTIERREZ	427
JUNNETTE BRINEZ ZAJIA	55
LA NACIONAL COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.	612
LAUREANO GOMEZ ROBAYO	666
LEGIS EDITORES S.A.	649
LILIAM DEL SOCORRO MARIN GOMEZ	81,88
LIVONIA GOMEZ ARRUBLA Y CIA.	518
LUIS EDUARDO HENAO CAMPIÑO	232
LUIS MARIO DUQUE	378
MARIO VEGA VAHOS	409
MARITZA PADILLA JOJOA	285
MARKETING Y REPRESENTACIONES LTDA.	941
MIGUEL PEREZ GARCIA	186
MODESTO GOMEZ ALVAREZ	102
MUNICIPIO DE MEDELLIN - TESORERIA DE RENTAS	1079
OFELIA MENDOZA DE MARTES	29
OLDEN FERNANDO CARDENAS M.	151
PABLO ENRIQUE SALCEDO ROMERO	581
RAMIRO MEJIA CORREA	111
RAUL DE J. VILLEGAS GUTIERREZ	209
RICARDO AGUDELO SEDANO	1053
ROBERTO URIBE PINTO	483
ROBERTO BELARMINO POVEDA SALAZAR	658
SINDICATO DE TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN	116

	Página
SINGER SEWING MACHINE COMPANY	192
SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL COLMOTORES S.A.	460
SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL OMEGA LTDA.	265
SOCIEDAD DESMOTADORA DEL NORTE DEL TOLIMA S.A.	562
SOCIEDAD INVERSIONES URIBE FRANCO Y CIA. S.C.	541
SORTEO EXTRAORDINARIO DE COLOMBIA "EXTRA DE COLOMBIA LTDA."	574
SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS	982
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES	977
TREFILERIA COLOMBIANA "TREFILCO S.A."	590, 637
VICENTE ENRIQUE LOPEZ ESCOBAR	933
VICTOR RAUL APONTE MONROY	969

CONSEJO DE ESTADO

INDICE TEMATICO

CUARTO TRIMESTRE DE 1994

(Segunda Parte)

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

SECCION SEGUNDA

Página

A

ABANDONO DEL CARGO 157

ACCION DISCIPLINARIA 92

ACCION DE NULIDAD 101

ACTIVIDAD COMERCIAL O INDUSTRIAL 123

ACTO ADMINISTRATIVO 44
63

ACTO DE ORDEN NACIONAL 92

ACTO DE REMOCION 151

ACUANTIOQUIA, S.A.-Naturaleza jurídica 123

AGENTE ESPECIAL 216

AJUSTE DE VALOR (Salvamento de voto) 143

AJUSTES DE VALOR-Improcedencia 138

AJUSTES SALARIALES 138

ANALOGIA-Improcedencia 81
(Salvamento de voto) 143

	Página
ANALOGIAS-Improcedencia (Aclaración de voto)	88
APORTES-Improcedencia	74
APORTES A CAJANAL-Improcedencia	37
ASAMBLEA PERMANENTE-Improcedencia	116
AUDITOR EXTERNO	216
AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION	216
AUXILIO DE CESANTIAS	13
AUXILIO DE CESANTIAS-Consignación	14
AUXILIO DE CESANTIAS-Liquidación	13
AUXILIO DE CESANTIAS-Rentabilidad	15
AUXILIO DE CESANTIAS (Salvamento de voto)	26
B	
BENEFICENCIA	224
C	
CADUCIDAD DE LA ACCION-Inexistencia	101
CALIFICACION DE SERVICIOS	69
CALIFICACION DE SERVICIOS-Aspectos	63
CALIFICACION DE SERVICIOS-Naturaleza jurídica	63
CALIFICACION DE SERVICIOS-Objeto	63
CALIFICACION INSATISFACTORIA	63
CAPACIDAD PARA SER PARTE	115
CARRERA ADMINISTRATIVA	170
CESANTIAS-Consignación	15
CESANTIAS-Liquidación	15
CESE DE ACTIVIDADES	116
CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria	116
CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES-Declaratoria	191
CLASIFICACION DE EMPLEADOS	123

	Página
CLASIFICACION DE EMPLEADOS-Límites	123
COMPETENCIA	92 101
COMUNICACION	13
CONDICIONES MENOS FAVORABLES-Existencia	29
CONFIANZA A EMPLEADO	123
CONSEJO DE ESTADO	92
CONSEJO DE FACULTAD-Funciones	179
CONSEJO DIRECTIVO	101
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA	9
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	216
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Característica	217
CONTRATO DE SERVICIOS TEMPORALES	185
CONTRATOS DE SERVICIOS TEMPORALES-Duración	185
CORPORACION ADMINISTRATIVA-Inexistencia	151
CORRECCION MONETARIA	143
COSA JUZGADA-Inexistencia	92
CUANTIA-Inexistencia	92
CUANTIA-Fijación	37 74
CULPA GRAVE-Inexistencia	81

D

DELEGACION DE FUNCIONES	55
DERECHO AL TRABAJO	164
DERECHO DE DEFENSA	69
DERECHO DE HUELGA	111
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL (Aclaración de voto)	164
DERECHOS ADQUIRIDOS	137
DESCUENTO-Improcedencia	81

	Página
DESCUENTO-Improcedencia	88
	143
DESIGNACION DE LA PARTE DEMANDADA-Error	9
DESMEJORA PRESTACIONAL-Inexistencia	166
DESPIDO DE TRABAJADORES-Causales	191
DESTITUCION	63
DESVIACION DEL PODER-Inexistencia	151
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia	81
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO-Inexistencia	88
DOCENTE	80
DOCENTE UNIVERSITARIO-Evaluación	179
DOLO-Inexistencia	81
DIRECCION GENERAL DE ADUANAS	147
DISTRITO CAPITAL-Aplicable	166
E	
EJERCICIO DE LA PROFESION DOCENTE	80
EMPLEADO DE CARRERA	137
	157
EMPLEADO DE DIRECCION Y CONFIANZA	123
EMPLEO DE DIRECCION Y CONFIANZA-Inexistencia	123
EMPLEADO DEL CONGRESO-Régimen prestacional	208
EMPLEADOS DE LA RAMA	63
EMPLEADO LOCAL	151
EMPLEADO PUBLICO	123
EMPLEADO PUBLICO-Inexistencia	81
	88
	143
	216
EMPLEADO PUBLICO NACIONAL	55
EMPLEADOS PUBLICOS DEL DISTRITO	166

	Página
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	101 123
EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES-Funcionamiento	185
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	101 224
ERRONEA INTERPRETACION NORMATIVA	81
ESCALAFON-Derechos	170
ESCALAFON ADMINISTRATIVO	170
ESCALAFON DOCENTE-Exclusión	80
ESTABILIDAD	137 170
ESTATUTOS	101
EXCEPCION DE COSA JUZGADA-Improcedencia	123
F	
FACTORES SALARIALES	37 74
FACULTAD DISCIPLINARIA	92
FERROCARRILES NACIONALES	101
FONDO DE CESANTIAS	14
FONDO DE CESANTIAS-Funciones	15
FUNCIONARIO DE CARRERA	170
G	
GOBERNADOR-Facultades	55
H	
HONORARIOS	216
HUELGA-Declaratoria	116
I	
IDENTIDAD DE CAUSA-Inexistencia	123

	Página
IMPUTABILIDAD SICOFISICA-Inexistencia	81
INADMISION DE LA DEMANDA-Improcedencia	9
INCORPORACION AL TRABAJO	191
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	81 88 143
INDEXACION	143
INFORMACION DE LA COMISION PERMANENTE	197
INTERESES A LA CESANTIA-Conclusión	14
INTERESES A LA CESANTIA-Entrega	14
INTERESES A LA CESANTIA-Régimen aplicable	13
INTERESES POR RETARDO-Improcedencia	15
INSUBSISTENCIA	63 69
INSUBSISTENCIA-Improcedencia	80
INSUBSISTENCIA CON INDEMNIZACION	137
INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Régimen aplicable	92
J	
JEFE DE DIVISION	170
JUNTA DIRECTIVA	101
JUNTA DIRECTIVA-Facultades	123 224
JUNTA DIRECTIVA-Funciones	123
JURISDICCION ROGADA	69
L	
LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA	80
M	
MESADA ADICIONAL	71
MINISTERIO DE TRABAJO-Intervención	191

	Página
MOTIVACION-Inexistencia	44
MOTIVOS SUBJETIVOS	164
MOVIL POLITICO	151

N

NACION-Representación jurídica	9
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION	154
NOMBRAMIENTO EN OTRO CARGO DE CARRERA	170
NORMAS VARIADAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION	69
NULIDAD DEL ACTO-Causa	44
NUEVO REGIMEN DE CESANTIAS-Objeto	15

P

PARO-Improcedencia	116
PARTE DEMANDADA	9
PENSION GRACIA	37 74
PERSISTENCIA EN EL PARO	191
PLAN DE RETIRO COMPENSADO	137 147 208
PLANTA DE PERSONAL-Clasificación	101
PLAZO	13
POTESTAD REGLAMENTARIA	208
POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación	13
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	208
POTESTAD REGLAMENTARIA-Objeto	26
POSESION	55
PRESCRIPCION-Improcedencia	92
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades	26 208

	Página
PREVALENCIA DEL LA FACULTAD DE VIGILANCIA	92
PROCESO DISCIPLINARIO	63
PROCESO DISCIPLINARIO-Improcedencia	157
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	92
PROVIDENCIA DE CONDENA	143
PROYECTO DE ACUERDO-Requisistos	197
R	
RAMA JUDICIAL	9
RECURSO DE APELACION-Conocimiento	69
REGIMEN ESPECIAL DE CESANTIAS-Acogimiento	13
REGIMEN PRESTACIONAL-Modificaciones	224
REMUNERACION-Concepto	37
RETIRO DEL SERVICIO PUBLICO-Causales	137
S	
SALA ESPECIAL DISCIPLINARIA	69
SANCION DISCIPLINARIA	44 63
SENTENCIA CONDENATORIA	81 88
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD	147
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1660 DE 1991	137
SERVICIO PUBLICO	111
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE	111
SINDICATO	115
SINDICATO-Representación	115
SITUACION JURIDICA CONSOLIDADA-Inexistencia	137
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS	14
SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS	123

	Página
SOCIEDAD EN LIQUIDACION	216
SUPERINTENDENTE BANCARIO	216
SUPERINTENDENTE BANCARIO-Facultades	216
SUSPENSION PROVISIONAL	71
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	224

T

TOMA DE POSESION DE EMPRESA	216
TRABAJADORES DE SERVICIOS TEMPORALES-Protección	185
TRANSITO DE LEGISLACION	170
TRASLADO	29 157
TRASLADO-Improcedencia	164
TRIBUNAL SUPERIOR	69

U

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA-Reglamento	179
USUARIOS DE SERVICIOS TEMPORALES	185

V

VACANCIA DEL CARGO	157

SECCION TERCERA

A

ACADEMIA MILITAR-Naturaleza jurídica	344
ACCION DE POLICIA	377
ACCION DE REPARACION DIRECTA	362
ACCION DE REPETICION	231 284
ACTO ADMINISTRATIVO-Características	377

	Página
ACTO ADMINISTRATIVO-Suspensión de sus efectos	378
AIU	245
ARBITRIO IUDICES	245
AUTO ADMISORIO DE DEMANDA	259
B	
BIEN INMUEBLE	363 364
BUENA FE-Inexistencia	385
C	
CADUCIDAD DEL CONTRATO	245
CADUCIDAD DE LA ACCION	362
CAMBIO JURISPRUDENCIAL	408
CARGA PROCESAL	340
CLAUSULA DE CADUCIDAD	263
CLAUSULAS EXORBITANTES	263
CLAUSULA DE CADUCIDAD	459
CLAUSULAS EXORBITANTES	460
COMPETENCIA	263 344
COMPETENCIA POR CUANTIA	408
CONCILIACION-Efectos	231
CONSEJO DE ESTADO	408
CONTRATISTA-Inhabilidades	245
CONTRATO ACCESORIO	459
CONTRATO ADMINISTRATIVO	459
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento	245
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento	245
CONTRATO DE ENSAMBLAJE-Naturaleza jurídica	459
CONTRATO DE ENSAMBLAJE-Régimen aplicable	459

	Página
CONTRATO DE EXPORTACION-Naturaleza jurídica	263 459
CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION	263 264
CONTRATO DE OBRA	426
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Improcedencia	354
CONTRATO ESTATAL-Características	377
CONTRATO PRINCIPAL	459
CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION	459 460
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	263
CONTRATOS ESTATALES	263
CONTROVERSIA CONTRACTUAL	377
CONTROVERSIAS JUDICIALES	344
COSA JUZGADA	231
CULPA GRAVE	284

D

DAÑO EMERGENTE-Determinación	364
DAÑO ANTIJURIDICO	412 237
DERECHO DE POSESION-Pérdida	364
DERECHO DE POSESION-Protección legal	363
DERECHO DE PROPIEDAD	303
DERECHOS ADQUIRIDOS	303
DERECHOS ADMINISTRATIVOS	385
DESVIACION DE PODER	354
DETENCION ILEGAL	237
DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA-Respeto	412
DOLO	284

	Página
E	
ECONOMIA PROCESAL	231
EMPRESA PRIVADA	344
ESTADO SOCIAL DE DERECHO	303 412
EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS-Procedimiento	385
EXPROPIACION	362 363
F	
FALLA DEL SERVICIO	363
FALLA DEL SERVICIO DE CAJANAL	284
FALLA DEL SERVICIO PENITENCIARIO	412
FALLA EN EL SERVICIO DEL EJERCITO	237
FUNCION ADMINISTRATIVA	354
FUERO DE ATRACCION	344
G	
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA	408
H	
HEREDERO-Inaplicación	363
HIDROCARBUROS	303 384
I	
INCORA	362 363 364
IGUALDAD DE LAS PARTES	264
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS	363
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Inexistencia	362

	Página
INDEMNIZACION POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD	237
INMUEBLE-Desafectación	363
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO	259
INTERPRETACION DE AUTORIDAD	303
J	
JUEZ DEL CONTRATO-Facultades	264
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	263 344
L	
LAUDO ARBITRAL	475
LEGISLADOR-Atribuciones	303
LEGITIMACION EN LA CAUSA	363
LEY INTERPRETATIVA-Consecuencias	303
LIQUIDACION DEL CONTRATO	426
LITIS CONSORCIO NECESARIO	259
LL	
LLAMAMIENTO EN GARANTIA	231 284
M	
MULTAS	263
MULTAS-Imposición	264
MULTAS-Improcedencia	460
N	
NORMA CONSTITUCIONAL	384 412
NORMA CONSTITUCIONAL-Interpretación	378

	Página
NOTIFICACION-Expensas	340
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO	377
NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO-Declaración de oficio (Aclaración de voto)	472
NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL-Régimen aplicable	475
NULIDAD PROCESAL	259

O

OPERACION ADMINISTRATIVA-Existencia	362
OPERACION ADMINISTRATIVA-Irregular	363
OPERACION ADMINISTRATIVA IRREGULAR	364

P

PARTE DEMANDANTE	340
PERENCION DEL PROCESO	340
PERJUICIO MATERIAL-Reparación	364
PERJUICIOS MATERIALES	245
PERJUICIOS MORALES EN CONTRATOS-Tasación	245
PERSONAL DOCENTE	354
PODER COACTIVO	263
PODER EXORBITANTE	460
POSESION DE INMUEBLE	362 363
POSEEDOR	363
POTESTAD REGLAMENTARIA	384
POTESTAD REGLAMENTARIA-Ejercicio	384
PRINCIPIO DE LA MUTABILIDAD INTERTPRETACION DE LA CONDUCTA HUMANA	246
PRINCIPIO *IURIT-NOVIT CURIA*-Aplicación	363
PROCESO CIVIL	362

	Página
PROCESO DE UNICA INSTANCIA	408
PROPIEDAD DEL ESTADO	384

R

RECURSO DE APELACION-Improcedencia	408
RECURSO DE ANULACION DE LAUDO-Requisitos	475
RECURSO DE ANULACION DE LAUDO-Sustenctación	475
REEMBOLSO DE GASTOS	245
RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	363
RESPONSABILIDAD DIRECTA	284
RESTITUCIONES DE INMUEBLE-Inexistencia	362

S

SENTENCIA INHIBITORIA	362 363
SENTENCIAS CONDENATORIAS-Causa	412
SUBSUELO PETROLIFERO	303 385
SUSPENSION DEL CONTRATO	426
SUSPENSION PROVISIONAL	378

V

VIOLACION DIRECTA	384

Y

YACIMIENTO DE HIDROCARBURO	303
YACIMIENTO DESCUBIERTO-Definición legal	303
YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS-Descubrimientos	385

SECCION CUARTA

Página

A

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia 735

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO 581

ACTA DE INSPECCION CONTABLE-Valor probatorio 948

ACTA OFICIAL DE FACTURACION 700

ACTIVIDAD DE DESMOTE DE ALGODON-Naturaleza 562

ACTIVIDAD DE EDICION DE LIBROS Y REVISTAS 649

ACTIVIDAD DE LOS HOSPITALES 781

ACTIVIDAD DE SERVICIOS 649

ACTIVIDAD DE SERVICIOS-Improcedencia 562

ACTIVIDAD DE SERVICIOS NO SUJETA 628
781

ACTIVIDAD DE SERVICIOS PUBLICOS 889

ACTIVIDAD EXENTA-Vigencia 562
627

ACTIVIDAD INDUSTRIAL 649

ACTIVIDAD NO SUJETA 889

ACTIVIDAD SIN ANIMO DE LUCRO 855

ACTIVIDADES EXENTAS DEL NEVADO DEL RUIZ 561

ACTO ADMINISTRATIVO 792
867

ACTO ADMINISTRATIVO-Ineficacia 750

ACTO ADMINISTRATIVO-Fundamento legal 750

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación 750

ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR 580

ACTO RESOLUTORIO DEL RECURSO-Validez 932

ADMINISTRACION TRIBUTARIA 923

AJUSTE POR INFLACION AL PATRIMONIO 665

AJUSTES POR INFLACION-Inaplicabilidad 666

	Página
AJUSTE POR INFLACION A ACCIONES Y APORTES	819
AJUSTE POR INFLACION DE ACTIVO FIJO	819
APLICACION DE LA LEY TRIBUTARIA	819
APODERADO ESPECIAL-Actuación	932
APORTES AL SENA-Base de liquidación	770 771

B

BANCO DE LA REPUBLICA	950
BASE GRAVABLE	750
BASE GRAVABLE DEL IVA	762
BASE PARA AJUSTE DE PATRIMONIO	665
BENEFICIO NETO-Destinación	598
BENEFICIO NETO O EXCEDENTE	878
BONIFICACION HABITUAL	770

C

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR	855
CAPITAL SOCIAL	493
CAPTACION DE RECURSOS EN MONEDA EXTRANJERA	708
CARGA DE LA PRUEBA	994
CAUSACION DE INGRESO	933
CAUSACION PARA DEMANDAR	793
CAV-Obligaciones	738
CERT-Otorgamiento	940
CERTIFICADO DEL BANCO DE LA REPUBLICA	898
CIRCULAR DE SERVICIO	735
COMERCIANTE-Obligaciones	700
COMPETENCIA ADMINISTRATIVA	867

	Página
CONCEJO MUNICIPAL	481 483
CONCEJO MUNICIPAL-Delegación	481
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	833
CONCEPTO ADMINISTRATIVO	724
CONCEPTOS DE LA DIAN	863
CONCEPTOS DE LA DIAN-Alcance	735
CONCEPTO DE LA DIAN-Publicación	863
CONTRIBUCION AL FONDO NACIONAL DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION	867
CONTRIBUCION DE VALORIZACION	555 481 483
CONTRIBUCION DE VALORIZACION-Buga	481
CONTRIBUYENTE-Deberes	923
CONTRIBUYENTE DECLARANTE	678
CONTRIBUYENTE NO DECLARANTE	678
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA-Obligaciones	738
COSTO-Comprobación	657
COSTO DE ACTIVO FIJO ENAJENADO	819
COSTO DE ACTIVO FIJO MOVIBLE ENAJENADO	588
COSTO FISCAL DE ACCIONES Y APORTES	819
COSTO PRESUNTO-Objeto	529
COSTO PRESUNTO-Aplicación	529
COSTOS-Comprobación	517
COSTOS-Determinación	589
COSTOS-Rechazo	517 529
COSTOS-Relación de caducidad	529
CLUB SOCIAL	627
CLUB SOCIAL Y DEPORTIVO	628

Página

D

DEBIDO PROCESO 516

DECLARACION DE IVA 666

DECLARACION DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 540

DECLARACION TRIBUTARIA-Anexos 657

DECRETACION DE OBRA DE VALORIZACION 483

DECLARACION DE RENTA 948
949

DECLARACION DE RETENCION EN LA FUENTE-
Diligenciamiento 850

DECLARACION DE VENTAS-Requisitos 762

DECLARACION DE VENTAS NO PRESENTADA-Improcedencia 762

DEDUCCION-Comprobación 657

DEDUCCIONES-Comprobación 657

DEDUCCIONES EN IMPORRENTA-Oportunidad 811

DEDUCCION POR HONORARIOS 896

DEDUCCION POR INTERESES-Improcedencia 811

DEDUCCION POR PAGOS MENORES-Requisitos 898

DEDUCCION POR SERVICIOS 897

DEDUCCION POR SERVICIOS-Requisitos 897

DEMANDA-Admisión 867

DEMANDA-Corrección 847

DEMANDA-Requisitos 555
840

**DERECHO DE ACCEDER A LA ADMINISTRACION
DE JUSTICIA** 792
793

**DERECHO DE ACCEDER A LA ADMINISTRACION
DE JUSTICIA**-Objeto 793

DERECHO DE DEFENSA 750
840
889

	Página
DEROGATORIA DE NORMA LEGAL	621
DEROGATORIA TACITA-Inexistencia	627
DESCUENTO TRIBUTARIO POR CAT-Requisitos	898
DESCUENTO TRIBUTARIO POR CORRECCION A DECLARACION-Renuncia	621
DESVALORIZACION DEL ACTIVO FIJO	819
DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR	940
DIAN-Facultades	940
DICTAMEN PERICIAL-Ineficacia	898
DOCUMENTO	700
DOCUMENTO EQUIVALENTE	802

E

EMBARGO-Devolución	581
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO	889
ENTIDAD ADSCRITA AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	781
ENTIDAD CONTRIBUYENTE	573
ENTIDAD DEL REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL	598
ENTIDAD NO CONTRIBUYENTE	573
ENTIDAD VINCULADA AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	781
ERROR ARITMETICO-Inexistencia	573 850
EXCEPCIONES PARA NO FACTURAR	802
EXCEPCION PREVIA-Oportunidad	847
EXENCION DEL BENEFICIO NETO	878
EXPORTACION	940
EXPORTADOR-Obligaciones	716 940

F

FACULTAD IMPOSITIVA	481

	Página
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	482
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Delegación	482
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL-Restricción	833
FACULTAD DE FISCALIZACION	923 948
FACTURA	700
FACTURA DE VENTAS-Expedición	700
FACTURA-Obligatoriedad	802
FISCALIZACION EN EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS-Restricción	589
FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DEL DISTRITO CAPITAL	833
FUNDACION SIN ANIMO DE LUCRO	598
G	
GARANTIA CON POLIZA DE SEGUROS-Validez	793
GARANTIA DE COMPAÑIA DE SEGUROS	611
H	
HECHO GENERADOR DEL IVA	589
HOSPITAL VINCULADO AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	781
I	
IMPUESTO A LOS MOTELES	833 834
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	834
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Pasto	855
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Valledupar	889
IMPUESTO DE INSCRIPCION DE IMPUESTO	834
IMPUESTO DE DELINEACION	750
IMPUESTO DE DELINEACION Y CONSTRUCCION	750

	Página
IMPUESTO DESCONTABLE-Oportunidad	540
IMPUESTO DESCONTABLE-Contabilización	540
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO	627 628 649 781
IMPUESTO DE RENTA-Prescripción	580
IMPUESTO SOBRE LA RENTA	529 561 678
IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS-Causación	540
IMPUESTOS INTERNOS EN EXPORTACIONES-Cumplimiento	940
INCOMEX	716
INDICIO EN CONTRA DEL CONTRIBUYENTE	529
INGRESO-Realización	933
INGRESO LABORAL GRAVABLE	932
INFORMACION EN MEDIOS MAGNETICOS	724 923
INFORMACION TRIBUTARIA	923
INSTRUCCION GUBERNATIVA-Alcance	724
INTERES COMERCIAL-Procedencia	581
INVENTARIO FINAL DE MERCANCIA-Determinación	588
INVERSION EN BONOS DE INTERES SOCIAL	738
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	820
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA	504
IVA	589

J

JUEGOS ELECTRONICOS	802
JUEZ-Interpretación (Salvamento de voto)	847
JUNTA DE VALORIZACION	482 483

	Página
JUNTA DIRECTIVA DE VALORIZACION	481
JURISDICCION COACTIVA	580

L

LEY PROCEDIMIENTAL	621
LEY SUSTANCIAL	621
LIBRO DE REGISTROS DE OPERACIONES DIARIAS	802
LIBROS DE CONTABILIDAD-No presentación	529
LIBROS DE CONTABILIDAD-Valor probatorio	517
LIQUIDACION DE CORRECCION ADUANERA-Requisitos	793
LIQUIDACION DEL CONTRATO DE TRABAJO	932
LIQUIDACION DE REVISION	516
LIQUIDACION OFICIAL	896
LIQUIDACION OFICIAL-Motivación	516
LIQUIDACION OFICIAL DE IMPUESTOS	889
LIQUIDACION PRIVADA	932

M

MANDAMIENTO DE PAGO-Reforma o adición	580
MATERIA IMPONIBLE	855

N

NOMINA MENSUAL DE SALARIOS	771
NORMA PROCESAL	840
NOTIFICACION PERSONAL	580 932
NOTIFICACION POR ESTADO	580
NULIDAD TRIBUTARIA-Causales	896
NULIDAD TRIBUTARIA-Inexistencia	516

Página

O

OBLIGACION TRIBUTARIA 580
OBLIGACION TRIBUTARIA-Elementos 504
OBLIGACION TRIBUTARIA-Extinción 580
OBRA DE INTERES PUBLICO 481
OFICINAS DE REPRESENTACION DE ENTIDADES FINANCIERAS DEL EXTERIOR 708
OPERACION EXENTA DEL IVA 940
OPERACION RESUELTA 850

P

PAGO 581
PAGO DE DIVISAS 716
PARTES-Designación 840
PASIVOS-Comprobación 657
PASIVO CON ACREEDOR DEL EXTERIOR 949
PATRIMONIO BRUTO-Determinación 665
PATRIMONIO LIQUIDO 665
PATRIMONIO LIQUIDO-Determinación 665
PERDIDAS DE INVENTARIO 588
PERIODO GRAVABLE 627
PERSONA NATURAL NO RESIDENTE 949
POLIZA DE GARANTIA-Término de vigencia 611
POTESTAD REGLAMENTARIA 678
PRESCRIPCION DE OBLIGACIONES 611
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Prohibición impositiva 678
PRESTAMOS NUEVOS DE CAV-Destinación 738
PRESUNCION DE LEGALIDAD 867, 949
PRESUNCION DE VERACIDAD 949

	Página
PRESUNCION POR DIFERENCIA DE INVENTARIOS	589
PRESUNCIONES EN IVA	589
PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS	481
PRIMA DE VACACIONES-Naturaleza	771
PRINCIPIO DE IMPOSICION CON REPRESENTACION-Objeto	482
PRINCIPIO DE IGUALDAD	793
PRINCIPIO DE LA *REFORMATIO IN PEJUS*	725
PRINCIPIO DE LEALTAD ENTRE LAS PARTES	555
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	792
PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO	504
PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL	847
PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-Inaplicabilidad	840
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	735
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	896
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	889
PRINCIPIO *SOLVE ET REPETE*	792 793
PROVEEDOR FICTICIO	517
PRUEBA DOCUMENTAL-Ineficacia	700

R

RECURSO DE APELACION-Contenido	555
RECURSO DE APELACION ADUANERO	793
RECURSO GUBERNATIVO-Resolución	896
RECURSO DE REPOSICION ADUANERO	793
RECURSO DE SUPLICA-Improcedencia	863
REGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL	878
RENTA EXENTA PARA EMPRESA AEREA	897
RENTA EXENTA POR ACTIVIDAD EN EL NEVADO DEL RUIZ	562

	Página
RENTA LIQUIDA	529
REQUERIMIENTO ESPECIAL	573
REQUERIMIENTO ESPECIAL-Contenido	516
REQUERIMIENTO ESPECIAL-Requisitos	948
RESERVA LEGAL	493
REINTEGRO DE DIVISAS-Ampliación del plazo	716
REINTEGRO DE DIVISAS-Concepto	716
REPRESENTACION DE ENTIDAD DEMANDADA	840
RETEFUENTE POR HONORARIOS	896
RETEFUENTE POR SERVICIOS	897
RETEFUENTE POR SERVICIOS-Improcedencia	897
RETENCION EN LA FUENTE	678
RETENCION EN LA FUENTE-Valores negativos	850
RETENCION EN LA FUENTE POR SALARIOS	932
RETENCION EN LA FUENTE POR PATRIMONIO	949
RETENCION POR INGRESOS DEL EXTERIOR	678
REVOCATORIA DIRECTA-Improcedencia	580

S

SANCION DE ENTIDAD FINANCIERA	923
SANCION A OFICINA DE REPRESENTACION DE ENTIDADES FINANCIERAS DEL EXTERIOR	708
SALARIO	770
SANCION POR DEFECTO EN INVERSION DE BIENES-Doble imposición	738
SANCION POR DEFECTO EN INVERSION DE BONOS	738
SANCION POR ENVIO DE INFORMACION TRIBUTARIA	923
SANCION POR FACTURACION-Procedencia	658
SANCION POR INEXACTITUD-Improcedencia	540
SANCION POR INFORMACION EXTEMPORANEA DE ENTIDAD FINANCIERA	724

	Página
SANCION POR INFORMACION EXTEMPORANEA DE ENTIDAD FINANCIERA-Cuantificación	725
SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD-Improcedencia	637
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	867
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA	504
SERVICIO PUBLICO DE SALUD	781
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO-Efecto	867
SISTEMA DE INVENTARIO PERMANENTE	588
SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS	588
SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS-Obligación	493
SOCIEDAD CORREDORA DE SEGUROS-Vigilancia	493
SISTEMA NACIONAL DE SALUD-Definición	781
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	493
SUSTRACCION DE MATERIA	666

T

TARIFA DE IMPORRENTA PARA NO DECLARANTES-Aumentos	678
TARIFA DE RETENCION EN LA FUENTE	678
TARIFA DE RETENCION POR HONORARIOS	896
TARIFA DE RETENCION POR SERVICIOS	897
TARIFA PARA SERVICIOS	504
TERMINO DE REVISION OFICIOSA	932
TESTIMONIO-Inadmisibilidad	657
TESTIMONIO-Oportunidad	657
TITULO EJECUTIVO-Conformación	611

V

VACACIONES-Naturaleza	771
VALOR PATRIMONIAL DE ACCIONES Y APORTES	819
VALORIZACION DE ACTIVO FIJO	819

	Página
VENTA-Causación	589
VENTA GRAVADA	589
VIGENCIA DE LA LEY TRIBUTARIA	820
VIGENCIA FISCAL	627

SECCION QUINTA

A

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Diferencias	1073
ACCION DE PERDIDA D ELA INVESTIDURA-Trámite	1073
ACCION ELECTORAL	1073
ACCION ELECTORAL-Trámite	1073
ACTO ADMINISTRATIVO-Ejecutoria	982
ACTO ELECTORAL-Anulación	1051
ADMINISTRACION CENTRAL NACIONAL-Organismo	977
AGENTE DEL MINSITERIO PUBLICO	1032
ALCALDE	998
ALCALDE-Elección	1016
ALCALDE-Incompatibilidad	999
ALCALDE-Nombramiento	999 1016
ALCALDE OFICIAL DE LA POLICIA	999
AUTONOMIA (Salvamento de voto)	1016
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA	1053
AUTORIDAD CIVIL	1052
AUTORIDAD CIVIL	1053

C

CAPACIDAD ELECTORAL	1021
CARGA DE LA PRUEBA	969

	Página
CAUCION-Efectos	1047
CAUSAL DE INHABILIDAD-Inaplicación	1021
CAUSAL DE INELEGIBILIDAD-Clases	1051
CAUSAL OBJETIVA-Consecuencias	1051
CAUSAL OBJETIVA-Consecuencias	1051
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-Aplicación	995
COMISION PERMANENTE-Efectos	999
COMPETENCIA FUNCIONAL-Inexistencia	989
CONGRESISTA	1051
CONGRESISTA-Inhabilidad	1052
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	989
CUOCIENTE ELECTORAL-Definición	1036
COSA JUZGADA-Improcedencia	1073

D

DEBIDO PROCESO	982
DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Presupuestos	1047
DERECHO DE DEFENSA	1078
DIPUTADO	1021
DIPUTADO	1022

E

EJERCICIO DE DOS CARGOS PUBLICOS-Inexistencia	999
ENTIDADES TERRITORIALES-Facultades	1016
ESCRUTINIO-Realización	1035
ESTADO CIVIL-Prueba	1052
ESTADO SOICAL DE DERECHO	1016
EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-Improcedencia	1047
EXCEPCIONES PREVIAS INCIDENTE-Improcedencia	1047

Página

F

FALTA ABSOLUTA-Provisión 1051
FIJO EXTRAMATRIMONIAL PRESUNCION DE MATERNIDAD 1052
FONDO AERONAUTICO NACIONAL-Naturaleza jurídica 976
FUERZA PUBLICA-Miembro 999

G

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA 989

I

IMPEDIMENTO-Causales 1032
INEJECUTIVIDAD 977
INHABILIDAD 1022
INTENDECIAS Y COMISARIAS 1035

J

JURISDICCION COACTIVA-Improcedencia 977

M

MANDAMIENTO DE PAGO 1078
1085
MANDAMIENTO DE PAGO-Ejecutoria 982
MINISTERIO DE TRANSPORTE-Organización 977
MUERTE 998

N

NOTIFICACION 1078
NOTIFICACION-Inexistencia 1085
NUEVO ESCRUTINIO-Improcedencia 1078
NUEVOS DEPARTAMENTOS 1035
NUEVO ESCRUTINIO-Procedencia 1051

	Página
NULIDAD ELECTORAL	1051
NULIDAD ELECTORAL-Causal	1035
NULIDAD ELECTORAL-Improcedencia	1036
NULIDAD PROCESAL	977 1078
NULIDAD PROCESAL-Causales	982
O	
OFICIALES DE LA POLICIA	999
P	
PARENTESCO-Demostración	969 1052
PARTICIPACION EN POLITICA	999
PENA ADMINISTRATIVA D ELA LIBERTAD	1022
PENA IMPRESCRIPTIBLE-Inexistencia	1022
PERDIDA DE LA COSA DEBIDA	1078
POLICIA NACIONAL-Miembro	999
PRERROGATIVA NACIONAL	977
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Extralimitación de funciones	1016
PRINCIPIO DE LA ELEGIBILIDAD	1021
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD	982
PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	1052
PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA	989 995 1047
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION-Elección	1032
PRUEBA DE OFICIO-Improcedencia	969
R	
RECLAMACION ELECTORAL-Causales	1036

	Página
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia	995
REGIMEN DE INHABILIDADES	1021
REGISTRO APOCRIFO-Diferencias	1035
REGISTRO FALSO	1035
RELACION DE DEPENDENCIA	1032
S	
SEPARACION DEL PODERES	1000
SEPARACION DEL CARGO	999
T	
TITULO EJECUTIVO	1078
U	
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL	976
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL	977
V	
VACANCIA ABSOLUTA-Causales	998
VACANCIA ABSOLUTA-Régimen aplicable	1016

CONSEJO DE ESTADO

INDICE DE NORMAS DEMANDADAS, SUSPENDIDAS Y ANULADAS

CUARTO TRIMESTRE DE 1994

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 05 ARTICULOS 1o. a 3o. y 5o. a 7o. DEL 1o. DE MARZO DE 1994, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, por medio del cual se suprime de la estructura orgánica del Distrito de Cartagena, del nivel descentralizado por servicios, a la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena, se ordena su disolución y liquidación, se reasume por parte del Distrito su gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos, se conceden facultades al Alcalde Mayor y se dictan otras disposiciones relacionadas con la materia.

Providencia : Auto de 28 de octubre de 1994
Expediente : 3093
Actor : ALCIDES ARRIETA MEZA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 15 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por el cual se dictan disposiciones en materia de impuestos distritales y **RESOLUCION 1393 DE 1990,** expedida por el Secretario de Hacienda de Bogotá Distrito Especial, "por medio de la cual se elevan los valores absolutos del impuesto sobre juegos permitidos".

Providencia : Sentencia de 5 de diciembre de 1994
Expediente : 5253
Actor : LUIS MARIO DUQUE
Ponente : DELIO GOMEZ LEYVA
Anuladas.

ACUERDO 16 ARTICULO 4o. PARAGRAFOS 1o., 2o., 3o. y 5o. DE 1990, por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo 7 de 1987 y se desarrolla el concepto de valorización por beneficio general en el Distrito Especial de Bogotá; **ACUERDO 14 ARTICULO 1o. NUMERALES 2o. y 3o. DE 1992,** por el cual se determina la financiación y contratación para el Plan de Obras Viales 1993-1994, se modifica parcialmente el Acuerdo 16 de 1990 y se dictan otras disposiciones; expedidos por el Concejo de Bogotá, y **DECRETO 656 ARTICULOS 2o., 3o. y 4o. DE 1992,** expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, por el cual se establecen los porcentajes de absorción del monto distribuible de la valorización por beneficio general y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 18 de octubre de 1994
Expediente : 5714
Actor : JOSE CIPRIANO LEON CASTAÑEDA
Ponente : DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigentes.

ACUERDO 28 PARAGRAFO 1o. DEL ARTICULO 11 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., por el cual se reestructura el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá, D.C.

Providencia : Sentencia de 28 de noviembre de 1994
Expediente : 5792
Actor : HERNANDO PINZON AVILA
Ponente : DR. JAIME ABELLA ZARATE
Anulado.

ACUERDO 29 APARTES DEL ARTICULO 13 DEL 7 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Concejo de Santafé de Bogotá, por medio del cual se dictan algunas normas sobre Consejo Distrital de Justicia, Inspecciones de Policía y otras materias de Policía.

Providencia : Auto de 9 de diciembre de 1994
Expediente : 3137
Actor : JIMMY PEÑA MARIN
Ponente : YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDOS 001 DEL 11 DE ENERO DE 1973, 010 DEL 4 DE JUNIO DE 1991 Y 002 DEL 25 DE MAYO DE 1992, expedidos por el Concejo Municipal de Montería, mediante los cuales se modifica la organización de las Empresas Públicas Municipales y se dictan otras disposiciones, se crean Auditorías Fiscales y se determinan sus estructuras ante los entes descentralizados del orden municipal y se crea la Auditoría ante el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana respectivamente.

Providencia : Sentencia de 28 de octubre de 1994
Expediente : 2997
Actor : JOAQUIN NEGRETTE SEPULVEDA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anulados.

ACUERDO 04 ARTICULO 1o. DEL 18 DE AGOSTO DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Montería, en la parte que dice: "y restablézcanse (sic) la vigencia de las normas que él modificaba".
Providencia : Sentencia de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 3052
Actor : JOAQUIN NEGRETTE SEPULVEDA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Anulado.

ACUERDO 09 DEL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Tabio, por medio del cual se declaran algunas zonas de reserva forestal en el Municipio de Tabio y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 2 de diciembre de 1994
Expediente : 3138
Actor : CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LOS RIOS DE BOGOTA, UBATE Y SUAREZ
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 014 ARTICULOS 2o. y 6o. LITERAL e) DEL 27 DE MAYO DE 1981, expedido por el Concejo Municipal de Guadalajara de Buga, por medio del cual se reforma el Acuerdo 1 de 1974 relacionado con el Estatuto del Departamento Administrativo de Valorización del Municipio de Buga.
Providencia : Sentencia de 7 de octubre de 1994
Expediente : 5641
Actor : ROBERTO URIBE PINTO
Ponente : DR. JAIME ABELLA ZARATE
Anulado.

ACUERDO 35 INCISO 3 DEL ARTICULO 73 Y PARAGRAFO UNICO DEL ARTICULO 74 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1985, del Concejo Municipal de Santiago de Cali.
Providencia : Sentencia de 7 de octubre de 1994
Expediente : 5724
Actor : JORGE IVAN GARCIA MARMOLEJO Y OTROS
Ponente : DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS
Vigente.

ACUERDO 35 ARTICULO 16 Y PARAGRAFO UNICO DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 1985, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, por el cual dictó en desarrollo de las atribuciones conferidas por la Ley 97 de 1913, 81 de 1915 y 14 de 1983, el Régimen del Impuesto de Industria y Comercio y sus complementarios de Avisos y Tableros. En el artículo 15 se refirió a la Matrícula de Identificación Tributaria de los contribuyentes, y el artículo 16 señaló el valor a pagar por tal concepto.

Providencia : Sentencia de 28 de noviembre de 1994
Expediente : 5298
Actor : JORGE IVAN GARCIA MARMOLEJO Y OTROS
Ponente : DR. DELIO GOMEZ LEYVA
Anulado.

ACUERDO 042 ARTICULO 1o. DEL 8 DE JUNIO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Florencia, por medio del cual se dictan unas disposiciones relacionadas con el valor de la matrícula de los nuevos vehículos de servicio taxi urbano que se vinculen a Florencia.

Providencia : Sentencia de 14 de octubre de 1994
Expediente : 2948
Actor : CARLOS E. JIMENEZ LAPIDA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Anulado.

ACUERDO 082 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, mediante el cual se estableció la escala salarial, la planta de personal y las asignaciones civiles de los empleados y obreros de esa municipalidad para la vigencia fiscal de 1992.

Providencia : Sentencia de 30 de noviembre de 1994
Expediente : 7823
Actor : GERMAN BARBERI Y OTRO
Ponente : DR. ALVARO LECOMPTE LUNA
Anulado.

ACUERDO 082 DE 1992, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, por el cual se establece la planta de personal, la escala salarial y las asignaciones civiles a los empleados y obreros de ese municipio para la vigencia fiscal de 1992.

Providencia : Sentencia de 6 de diciembre de 1994
Expediente : 8129
Actor : LUZ STELLA AYALA DE RUBIO
Ponente : DR. ALVARO LECOMPTE LUNA
Anulado.

ACUERDO 082 DE 1992, proferido por el Concejo Municipal de Ibagué, y **OFICIO SUSCRITO POR EL CONTRALOR MUNICIPAL,** por el cual se suprime un

cargo de Jefe de División Administrativa de la Contraloría Municipal.
Providencia : Sentencia del 29 de noviembre de 1994
Expediente : 8471
Actor : LUZ STELLA RAMIREZ GOMEZ
Ponente : DR. DIEGO YOUNES MORENO
Anulados.

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 003 ARTICULO 33 DEL 3 DE MAYO DE 1993 Y DECRETO 461 DE 1994, expedidos por el Seguro Social.
Providencia : Auto 24 de octubre de 1994
Expediente : 10226
Actor : YESID A. AROCHA ALARCON
Ponente : DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Vigentes.

ACUERDO 005 ARTICULOS 51 Y 52 DEL 15 DE OCTUBRE DE 1992, por el cual se modifica el reglamento de la H. Corte Constitucional.
Providencia : Auto de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 3006
Actor : HECTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

ACUERDO 26 LITERAL b) DEL ARTICULO 58 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 1986, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, sobre evaluación del personal docente.
Providencia : Sentencia del 25 de noviembre de 1994
Expediente : 5886
Actor : JAIRO ALCIDES TOLOSA CAÑAS
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

ACUERDO 34 DEL 13 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de la carrera.
Providencia : Auto de 31 de octubre de 1994
Expediente : 10339
Actor : ORLANDO BERNAL MORALES
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

ACUERDOS 34 DEL 13 DE ABRIL DE 1994, por medio del cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial y **070 DEL 27 DE JUNIO DE 1994,** por el cual se convoca un concurso de méritos; expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Providencia : Auto de 22 de noviembre de 1994
Expediente : 10350
Actor : LUIS MARIANO ZABALA ESQUIVEL Y OTROS
Ponente : DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Vigentes.

ACUERDOS 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 convocá 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 22 de noviembre de 1994
Expediente : 10224
Actor : LUIS FERNANDO CAICEDO
Ponente : DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

ACUERDO 046 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1984, expedido por la Junta Directiva de la Beneficencia del Valle del Cauca, por medio del cual se modificó el régimen de los empleados de dicha entidad.

Providencia : Auto de 5 de diciembre de 1994
Expediente : 9446
Actor : GINA JULIETA SANCHEZ ROZO
Ponente : DR. DIEGO YOUNES MORENO
Vigente.

ACUERDO 54 ARTICULOS 1o. ALGUNOS APARTES, Y DE SU PARAGRAFO Y 3o. y 5o. DEL 24 DE MAYO DE 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se fijan los requisitos para el funcionamiento de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Providencia : Auto de 11 de noviembre de 1994
Expediente : 3084
Actor : JAIME ENRIQUE LOZANO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

ACUERDO 70 DEL 27 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- por el cual convoca a un concurso de méritos.
Providencia : Auto de 31 de octubre de 1994
Expediente : 10506
Actor : JUAN MANUEL RODRIGUEZ OCHOA
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigente.

ACUERDO 175 DEL 25 DE FEBRERO DE 1988, expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales, y el **DECRETO 510 DEL 23 DE MARZO DEL MISMO AÑO,** proferido por el Presidente de la República, aprobatorio del anterior; por los cuales se modificó el artículo 27 del Decreto 1242 de 25 de julio de 1970, que estableció que todas las personas vinculadas a los Ferrocarriles Nacionales a excepción del Gerente, tenían la calidad de trabajadores oficiales.
Providencia : Sentencia de 26 de octubre de 1994
Expediente : 5441
Actor : MODESTO GOMEZ ALVAREZ
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO
Vigentes.

CIRCULARES EXTERNAS

CIRCULAR EXTERNA 008 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1993, NUMERAL 1o. DEL CAPITULO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LA REVISORIA FISCAL, expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, por la cual se resaltan las responsabilidades, incompatibilidades de la Revisoría Fiscal.
DECRETA LA NULIDAD DEL NUMERAL 1o. DEL CAPITULO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DEL ACTO ACUSADO.
Providencia : Sentencia del 11 de octubre de 1994
Expediente : 2824
Actor : JAIRO LEONARDO VELOZA RODRIGUEZ
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO

CIRCULARES EXTERNAS 016 DEL 28 DE FEBRERO DE 1994, relativa a naturaleza contable de las reservas autorizadas y de utilidades pendientes de giro, y **17**

DEL 2 DE MARZO DE 1994, referente a apropiación y/o reservas técnicas autorizadas y cálculo del valor de las utilidades a transferir para los servicios públicos de la salud, expedidas por el Superintendente Nacional de Salud.

Providencia : Sentencia de 1o. de diciembre de 1994
Expediente : 2975
Actor : CESAR CASTRO GARCES
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

CIRCULAR EXTERNA 050 APARTES DEL 27 DE OCTUBRE DE 1993, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por la cual se imparten algunas instrucciones contables a representantes legales, revisores fiscales, contadores de sorteos extraordinarios, loterías ordinarias y beneficencias que administren loterías.

Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 2756
Actor : LUCY CRUZ DE QUIÑONES
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 0098 ARTICULOS 1o. y 4o. DEL 30 DE MARZO DE 1993, expedido por la Alcaldía Municipal de Montería, por medio del cual se ordena la liquidación de la Empresa Pública Municipal de Montería y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 2698
Actor : EDUARDO NEGRETE DORIA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 415 ARTICULOS 1o. y 3o. INCISOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO, DEL 11 DE JULIO DE 1994, expedido por la Alcaldía Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, por medio del cual se dictan normas para la protección de menores.

Providencia : Auto de 9 de diciembre de 1994
Expediente : 3139
Actor : DEFENSORIA DEL PUEBLO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO EXTRAORDINARIO MUNICIPAL 431 DEL 4 DE ABRIL DE 1991, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Control Físico

Municipal y **DECRETO 1643 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1993,** por el cual se asignan funciones especiales; expedidos por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali.
Providencia : Auto de 1o. de diciembre de 1994
Expediente : 3136
Actor : LUIS MARIO DUQUE
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 443 DE 1992, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, por medio del cual crea el establecimiento público denominado Instituto para el Manejo Integral para la Cuenca del Río Medellín y sus Quebradas Afluentes.
Providencia : Auto de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 3127
Actor : ARGIRO A. GIRALDO
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 3 de noviembre de 1994
Expediente : 3043
Actor : CARLOS ALBERTO HERNANDEZ
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

DECRETOS 0528 DEL 15 DE JULIO DE 1992, "por medio del cual se reasignan unas funciones y se modifica una asignación civil", **0563 DEL 4 DE AGOSTO DE 1992,** por medio del cual se asignan unas funciones dentro de la estructura administrativa del Departamento, **0666 DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 1992,** por medio del cual se incrementa la asignación civil, del Tesorero General del Departamento y, **0673 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 1992,** por la cual se expide el Estatuto Básico de Organización de la administración del Departamento y se dictan otras disposiciones; expedidos por el Gobernador del Departamento del Quindío.
Providencia : Sentencia de 28 de octubre de 1994
Expediente : 2949
Actor : JOSE JESUS LAVERDE OSPINA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 0613 ULTIMA PARTE DEL NUMERAL 6o. DEL ARTICULO 10 Y EL PARAGRAFO 5o. DEL MISMO ARTICULO DEL 4 DE MARZO DE 1992, expedido por el Gobernador de Cundinamarca, por medio del cual se modifica integralmente el Estatuto Básico de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, contenido en el Decreto Ordenanzal 3938 de noviembre 7 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 2 de diciembre de 1994
Expediente : 3014
Actor : JORGE CARRILLO ESPINOSA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO 0106 DEL 13 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se expide el régimen salarial de los funcionarios del Poder Judicial.

INADMITIO DEMANDA.

Providencia : Auto de 22 de noviembre de 1992
Expediente : 10410
Actor : PEDRO EDGAR PULIDO GAMBA
Ponente : DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

DECRETO 593 DEL 30 DE MARZO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establece la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Providencia : Sentencia de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 2634-2669 (acumulados)
Actor : ARMANDO NOVOA GARCIA Y OTRO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 838 ARTICULO 7o. DEL 28 DE MAYO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1a. de 1991, modificado por el Decreto 1131 de 16 de junio de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

DECRETA LA NULIDAD DE LAS EXPRESIONES: "quiénes serán los usuarios y específicamente"y "El plazo para el que se desea la concesión" CONTENIDAS EN LOS NUMERALES 3 Y 6 DEL ARTICULO 7o. DEL ACTO ACUSADO.

Providencia : Sentencia de 3 de octubre de 1994
Expediente : 2613

Actor : GERMAN ALFONSO OLIVEROS CASTRO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO

DECRETO 1133 DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se fijó el Régimen Prestacional de los Empleados Públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas.
Providencia : Auto de 22 de noviembre de 1994
Expediente : 10509
Actor : JAIME FERRUCHO SIERRA Y OTRO
Ponente : DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Vigente.

DECRETO 1133 DEL 1o. DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fija el Régimen Prestacional de los Empleados Públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas.
Providencia : Auto de 6 de diciembre de 1994
Expediente : 10502
Actor : MARIA BETTY CUERVO ZARRATE
Ponente : DR. ALVARO LECOMPTE LUNA
Vigente.

DECRETO 1227 DEL 13 DE JUNIO DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre la facultad de inspección y vigilancia en las instituciones de educación superior, y contra el **ACUERDO 172 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1989,** expedido por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "ICFES", por el cual se reglamenta la suspensión de funciones de que trata el artículo 2o. de Decreto 1227 de 1989.
MEDIANTE AUTO DE FECHA 2 DE DICIEMBRE DE 1994, SE CONCEDE PARA ANTE LA SALA PLENA DE LA CORPORACION, EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.
Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 2719
Actor : JUAN DE JESUS FRANCISCO RODRIGUEZ VARGAS
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 1319 INCISO OCTAVO DEL ARTICULO 1o. DEL 9 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la expedición de licencias de construcción, urbanización y parcelación y de los permisos de que trata el capítulo VI de la Ley 9a. de 1989.
Providencia : Sentencia de 1o. de noviembre de 1994
Expediente : 2864

Actor : JOSE ALBENDEA PABON
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 1330 ARTICULOS 1o., 3o. y 5o. DEL 11 DE AGOSTO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan algunas disposiciones relacionadas con el Plan de Retiro Compensado adoptado mediante Decreto 1076 de 1992, en relación con los empleados del Congreso de la República.
Providencia : Sentencia de 30 de noviembre de 1994
Expediente : 7392
Actor : RAUL DE J. VILLEGAS GUTIERREZ
Ponente : DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 56, 129, 130-8, 155, 156, 157, 159, 163, 164 INCISOS SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO, 165, 166, 167 Y 168 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 9 de diciembre de 1994
Expediente : 2902
Actor : LUIS ALFONSO VELASCO PARRADO Y OTRO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1572 DEL 12 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen las restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos.
SE INHIBE PARA CONOCER DE LA DEMANDA DE NULIDAD EN CUANTO A LOS ARTICULOS 3o. Y 4o. DE DICHO DECRETO DECLARANDO LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA Y DENIEGA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RESPECTO DEL RESTO DEL ARTICULADO DEL CITADO DECRETO.
Providencia : Sentencia de 19 de diciembre de 1994
Expediente : 2816
Actor : CONSUELO CHAVARRO GARZON
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

DECRETO 1635 DEL 19 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se crea la Notaría Segunda en el Círculo Notarial de Chinchiná en el Departamento de Caldas.
Providencia : Sentencia de 9 de noviembre de 1994
Expediente : 2769

Actor : LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1768 INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 22 Y PARAGRAFO TRANSITORIO DEL ARTICULO 18 DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se desarrolla parcialmente el literal h) del artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de Régimen Especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993.
Providencia : Auto de 10 de noviembre de 1994
Expediente : 3103
Actor : REYNALDO CHAVARRO BURITICA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 1902 ARTICULOS 1o. A 5o. DEL 5 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan los artículos 39 y 190 de la Ley 115 de 1994 sobre subsidio familiar para educación no formal y programas de educación básica y media de las Cajas de Compensación Familiar.
Providencia : Auto de 27 de octubre de 1994
Expediente : 3086
Actor : RAIMUNDO EMILIANI ROMAN
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2026 DEL 27 DE AGOSTO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se promulga el acuerdo sobre transporte aéreo entre la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Bogotá, el 8 de mayo de 1991.
Providencia : Sentencia de 16 de noviembre de 1994
Expediente : 2828
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS 2049 DE 1993 Y 2290 DE 1993, expedidos por el Gobierno Nacional; actos administrativos de la Administración Nacional, Nación, Gobierno Nacional y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en cuanto limitaron la oferta de la totalidad de las acciones del banco del sector social solidario de la economía, y el acceso de los demandantes a la propiedad de las acciones del Banco de Colombia y derechos de suscripción de acciones, en la proporción originalmente solicitada por estos en su primera oferta en el proceso de enajenación de las citadas acciones y derechos que adelantaron la Nación, el Gobierno Nacional y el Fondo.

REVOCA PARCIALMENTE EL AUTO APELADO, Y EN SU LUGAR, ADMITE LA DEMANDA RESPECTO DE LOS ARTICULOS 1o., 2o., 4o., 10o. NUMERALES 1o. a 6o., 13, 15 INCISO 3o. Y 24 DEL DECRETO 2049 DE 1993, EXPEDIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL; Y LOS ARTICULOS 1o., 2o., NUMERAL 9o., y 14 DEL DECRETO 2290 DE 1993, EXPEDIDO POR LA MISMA ENTIDAD. Partes el auto apelado.

Providencia : Auto de 11 de octubre de 1994
Expediente : 2950
Actor : LUIS JAIME POSADA GARCIA PEÑA Y OTROS
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO 2110 ARTICULO 89 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedidos por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

Providencia : Sentencia de 28 de octubre de 1994
Expediente : 2587
Actor : CORPORACION COLECTIVO DE ABOGADOS
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO 2117 ARTICULO 116 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fusiona la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias.

Providencia : Sentencia de 28 de octubre de 1994
Expediente : 2825
Actor : ADRIANA VARGAS MORA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2131 PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 54 DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las zonas francas industriales de bienes y servicios y **DECRETO 971 ARTICULO 28 INCISO 3o. DE 1993,** por el cual se modifica parcialmente el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones.

Providencia : Sentencia de 25 de noviembre de 1994
Expediente : 2924
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2158 ARTICULOS 1o. Y 2o. DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre el servicio de radiodifusión sonora.
Providencia : Auto de 11 de noviembre de 1994
Expediente : 3102
Actor : CESAR AUGUSTO SANCHEZ MARTINEZ
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2158 ARTICULO 1o. DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre el servicio de radiodifusión sonora.
Providencia : Auto de 19 de diciembre de 1994
Expediente : 3156
Actor : ROMAN ABAD GUTIERREZ MORALES
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2162 LITERAL c) DEL ARTICULO 44 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Defensa Nacional y otras entidades adscritas o vinculadas al mismo.
Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 3073
Actor : PEDRO PABLO CAMARGO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2200 DEL 7 DE SEPTIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se interviene en las actividades del Banco Central Hipotecario.
Providencia : Sentencia de 9 de diciembre de 1994
Expedientes : 1159, 1148 y 1488
Actor : ROBINSON RICARDO RADA GONZALEZ, CESAR AUGUSTO JIMENEZ QUICENO Y JORGE GARCIA MERLANO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

DECRETO 2357 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los requisitos para la obtención de la licencia de funcionamiento de las empresas de transporte que creen los empleados y exfuncionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y del INTRA.
Providencia : Sentencia de 9 de diciembre de 1994
Expedientes : 2767-2803

Actor : RUBIEL VALENCIA COSSIO Y JOSE YESID RODRIGUEZ HERNANDEZ
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO 2423 ARTICULO 5o. 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 9 de noviembre de 1994
Expediente : 3110
Actor : FEDERACION NACIONAL DE PRODUCTORES DE SEGUROS "FENALPROSE"
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Suspendido.

DECRETO 2540 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fija la cuantía y forma de pago del déficit actuarial a cargo de las empresas de servicios aéreos comerciales y a favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles -CAXDAC-.
Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 3038
Actor : FABIO ANTONIO CARDENAS ZORRO Y OTRO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO 2724 ARTICULO 8o., NUMERAL 8o. DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y se determinan sus funciones.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LA PARTE DEL NUMERAL 8o., DEL ARTICULO 8o. QUE DICE: "...y suscribir acuerdos con ellas y con terceros países sobre la materia".
Providencia : Auto de 27 de octubre de 1994
Expediente : 3092
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

OTROS DECRETOS

DECRETO 004 DEL 2 DE ENERO DE 1992, expedido por el Municipio de Soacha, por el cual se adopta el Presupuesto de Rentas e Ingresos y de Apropiaciones de dicho municipio para la vigencia fiscal comprendida entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1992.

Providencia : Sentencia de 11 de noviembre de 1994
Expediente : 2984
Actor : MARCO ALFREDO BOGOTA CHIA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETO REGLAMENTARIO 0020 ARTICULOS 1o. Y 4o. 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 y **RESOLUCION 828 DEL 2 DE MARZO DE 1994,** suscrita por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Providencia : Sentencia de 5 de de diciembre de 1994
Expediente : 5974
Actor : WALTER CAICEDO ORREGO
Ponente : DR. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Vigentes.

DECRETO REGLAMENTARIO 110 DEL 14 DE ENERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen criterios para la inspección y vigilancia respecto a los derechos pecuniarios en las instituciones de educación superior de carácter privado.

Providencia : Sentencia de 9 de diciembre de 1994
Expediente : 2989
Actor : MARIO SUAREZ MELO Y OTRA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

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 : Sentencia de 14 de octubre 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 : Sentencia de 18 de octubre de 1994
Expediente : 2907
Actor : FRANCISCO FLOREZ
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 171 INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 1o. DEL 26 DE ENERO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 6o. del Decreto 2651 de 1991.
Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 2905
Actor : ALFONSO CRUZ ZAMORA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
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.
DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA. SE INHIBE PARA PROFERIR PRONUNCIAMIENTO DE FONDO.
Providencia : Sentencia de 7 de diciembre de 1994
Expediente : 3012
Actor : EUDORO FABIAN VALLEJO CABRERA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

DECRETO REGLAMENTARIO 401 ARTICULOS 2o. Y 3o. DEL 18 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.
ANULO EL ARTICULO 2o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO DEMANDADO.
Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 5612
Actor : LAUREANO GOMEZ ROBAYO
Ponente : DR. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

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 18 de octubre de 1994
Expediente : 9825
Actor : FERNANDO PABON SANTANDER
Ponente : DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 692 INCISO 2o. DEL ARTICULO 43 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 pensionados.
Providencia : Auto del 21 de noviembre de 1994
Expediente : 9791
Actor : NESTOR MORENO GUTIERREZ
Ponente : DR. ALVARO LECOMPTE LUNA
Suspendida.

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 pensionados.
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, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996".
Providencia : Auto de 11 de octubre de 1994
Expediente : 10223
Actor : FERNANDO HOYOS NAVARRO
Ponente : DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

DECRETO REGLAMENTARIO 0768 ARTICULO 1o. NUMERAL 4o., ARTICULO 3o. INCISO 1o., ARTICULO 4o. INCISO 2o. *IN FINE* DEL 23 DE ABRIL DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario de los artículos 2o. literal f) del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del C.C.A. y el artículo 16 de la Ley 38 de 1989.
Providencia : Sentencia de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 2798
Actor : JOSE A. PEDRAZA PICON
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 836 ARTICULO 21 INCISO 2o. DE 1991, expedido por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Sentencia de 18 de noviembre de 1994
Expediente : 5294
Actor : CAMILO E. RAMIREZ
Ponente : DR. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1000, APARTES DEL ARTICULO 2o. Y LA TOTALIDAD DEL INCISO 2o. DEL ARTICULO 11 DEL 24 DE ABRIL

DE 1984, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 67 de 1983.
Providencia : Sentencia de 14 de octubre de 1994
Expediente : 2944
Actor : FEDERACION NACIONAL DE CACAOTEROS
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1176, ARTICULOS 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o. DEL 6 DE MAYO DE 1991, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 98 y el artículo 99 dela Ley 50 de 1990. **DECLARA LA NULIDAD DE LA FRASE "con una anticipación no inferior a un (1) mes", CONTENIDA EN EL ARTICULO 1o., ARTICULOS 4o. y 6o. DEL MENCIONADO DECRETO.**
Providencia : Sentencia de octubre 11 de 1994
Expedientes : 5908 y 5983
Actor : CARLOS ALVAREZ PEREIRA Y OTRO
Ponente : DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ

DECRETO REGLAMENTARIO 1231 ARTICULO 2o. DEL 17 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982.
Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 3034
Actor : RAIMUNDO EMILIANI ROMAN
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1231 ARTICULOS 1o. y 2o. DEL 17 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.
Providencia : Auto de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 3097
Actor : MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1402 ARTICULOS 1o., 2o. y 3o. DEL 31 DE MAYO DE 1991; DECRETO REGLAMENTARIO 1085 ARTICULO 1o. DEL 1o. DE JULIO DE 1992 Y DECRETO 1217 ARTICULO 3o. DEL 16 DE JUNIO DE 1994, expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales fijó la tarifa de retención en la fuente del 3%; incrementándola posteriormente al 10% para

los ingresos provenientes del exterior en moneda extranjera por concepto de salarios, servicios, comisiones, honorarios, arrendamientos, regalías, donaciones y transferencias y estableció requisitos para acreditar el carácter de "no declarante" para efectos de aplicar la tarifa para este grupo de contribuyentes.

DECLARO LA NULIDAD DEL ARTICULO 1o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1085 DE 1992 Y DEL ARTICULO 3o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 1217 DE 1994.

Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 5692
Actor : HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE
Ponente : DR. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

DECRETO REGLAMENTARIO 1403 ARTICULOS 1o., 5o. y 6o. DEL 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1992.

Providencia : Auto de 2 de diciembre de 1994
Expediente : 3145
Actor : CESAR AUGUSTO OTALVARO SANCHEZ
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1678, APARTES DE LOS ARTICULOS 1o. a 6o. DEL 26 DE AGOSTO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el artículo 13o. de la Ley 74 de 1926, sobre fomento a la agricultura y a la inmigración.

Providencia : Sentencia de 11 de noviembre de 1994
Expediente : 2730
Actor : CAMILO VARGAS AYALA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1697, APARTES DE LOS ARTICULOS 1o., 2o., 6o., 13o., 17o., 24o., 25o., 28o. y 37o. DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el servicio postal.

Providencia : Auto de 10 de octubre de 1994
Expediente : 3056
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1697 LITERAL b) DEL ARTICULO 24 DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el servicio postal.

Providencia : Auto de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 3056
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1707 ARTICULOS 2o. y 9o. DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario de la Ley 50 de 1990, **DECLARA NULO EL ARTICULO 9o. DEL DECRETO DEMANDADO Y NIEGA LA NULIDAD DE LA FRASE ACUSADA DEL ARTICULO 2o.**
Providencia : Sentencia de 26 de octubre de 1994
Expediente : 6038
Actor : JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO

DECRETO REGLAMENTARIO 1707 FRASES SUBRAYADAS DE LOS ARTICULOS 2o. y 9o. DEL 4 DE JULIO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, reglamentario de la Ley 50 de 1990.
DECLARA NULO EL ARTICULO 9o. DEL DECRETO DEMANDADO Y NIEGA LA NULIDAD DE LA FRASE ACUSADA DEL ARTICULO 2o.
Providencia : Sentencia de 30 de noviembre de 1994
Expediente : 6362
Actor : MIGUEL PEREZ GARCIA
Ponente : CLARA FORERO DE CASTRO

DECRETO REGLAMENTARIO 1753 ARTICULOS 17 Y 38 EN SUS INCISOS 2o., 3o. Y PARAGRAFO DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL APARTE "excepto la importación de las sustancias, los materiales o los productos de que trata el numeral 8 y lo que trata el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, además de la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos", CONTENIDO EN EL NUMERAL 1o. DEL ARTICULO 17 DEL DECRETO DEMANDADO.
Providencia : Auto de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 3094
Actor : CARLOS ALBERTO MANTILLA GUTIERREZ
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

DECRETO REGLAMENTARIO 1860 ARTICULOS 14 NUMERALES 4, 5, 8 Y 13; 17 NUMERAL 8; 18 ULTIMO INCISO; 19 INCISOS 3 Y 4; 20 PARAGRAFO; 23 PARAGRAFO Y 59 DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expe-

dido por el Presidente de la República, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales.
Providencia : Auto de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 3099
Actor : JUAN MANUEL CHARRY ARUEÑA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1916 DEL 5 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 105 de 1993.
Providencia : Auto de 10 de octubre de 1994
Expediente : 3057
Actor : ALVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1994 DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la Ley 20 de 1969.
Providencia : Sentencia de 17 de noviembre de 1994
Expedientes : 6072-5942-5959-6117-6140-6321 y 6364
Actor : JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA Y OTROS SIETE
Ponente : DR. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 2591 ARTICULOS 2o. NUMERAL 3 ULTIMO INCISO, 3o. y 4o. NUMERAL 7 INCISO 2o., DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional. Estatuto Tributario.
Providencia : Sentencia de 25 de noviembre de 1994
Expediente : 5328
Actor : HECTOR RAUL CORCHUELO NAVARRETE
Ponente : DR. DELIO GOMEZ LEYVA
Vigente.

ORDENANZAS

ORDENANZA 04 ARTICULOS 2o., 3o. y 4o. DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, por la cual se amplía un plazo y se fija un nuevo cupo de entendimiento para la Administración Departamental.
Providencia : Sentencia de 27 de octubre de 1994
Expediente : 2981

Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

ORDENANZA 14 ARTICULO 1o. INCISO 2 DE 5 DE DICIEMBRE DE 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, por la cual se establece que el Contralor actuará como representante legal de la Contraloría en todos sus actos y contratos.
Providencia : Sentencia de 9 de noviembre de 1994
Expediente : 2685
Actor : AQUILES TORRES BRETON
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA
Vigente.

ORDENANZA 015 APARTE FINAL DEL ARTICULO 1o., LITERAL b) DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío, por medio de la cual se adopta el Plan Regional de Inversiones en Servicios Sanitarios y se dictan otras disposiciones.
DECLARA LA NULIDAD DE LA EXPRESION "... prohibiendo el cultivo de coníferos en las áreas de reserva natural de la Cuenca del Río Quindío, conforme al Código de Recursos Naturales", CONTENIDA EN EL ACTO ACUSADO.
Providencia : Sentencia de 11 de noviembre de 1994
Expediente : 2900
Actor : LUIS CARLOS SACHICA APONTE
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

RESOLUCIONES

RESOLUCIONES 5-0138 Y 5-0806, expedidas en su orden por el Minminas y Energía los días 24 de febrero y 30 de junio de 1992.
Providencia : Sentencia de noviembre de 1994
Expediente : 7933
Actor : LUIS REINALDO BERNAL
Ponente : DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Vigentes.

RESOLUCION 14 DEL 1o. DE AGOSTO DE 1994, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por la cual se reglamenta la prestación de los servicios por telefonía básica de larga distancia nacional en la frase que dice "El nú-

mero de concesionarios de larga distancia nacional será fijado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones".
Providencia : Auto de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 3072
Actor : BRUNO CAMARGO GIRALDO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 34 DEL 28 DE MARZO DE 1994, expedida por el Gobierno Nacional, por la cual se modifica el artículo 1o. de la Resolución Ejecutiva 0209 de 9 de diciembre de 1991, expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que declaró de utilidad pública e interés social una zona de terreno necesaria para las obras del proyecto de embalse de San Rafael, de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.
Providencia : Auto de 28 de octubre de 1994
Expediente : 3091
Actor : JUANA SARMIENTO JARAMILLO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCIONES 0095 DEL 11 DE MAYO DE 1993, por la cual se ordena el registro ante la Veeduría del Tesoro de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, que perciban recursos provenientes del Tesoro Público o del exterior; y **000293 DEL 25 DE OCTUBRE DE 1993,** por la cual se ordena el registro de los candidatos a las Corporaciones Públicas, para ejercer inspección y vigilancia sobre los recursos del Tesoro Público y los provenientes del exterior con el fin de impedir que se utilicen en campañas electorales; expedidas por la Veeduría del Tesoro.
Providencia : Sentencia de 14 de octubre de 1994
Expediente : 2715
Actor : FERNANDO ARTAVIA LIZARAZO
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Anuladas.

RESOLUCIONES 000098 DEL 17 DE ENERO DE 1994, por medio de la cual se ordena paralizar una obra y se impone una sanción; y **SIN NUMERO DEL 14 DE ABRIL DE 1994,** por medio de la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada; expedidas por la Alcaldía Municipal de Valledupar.
Providencia : Auto de 11 de octubre de 1994
Expediente : 3059
Actor : IVAN JOSE CASTRO MAYA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 134 ARTICULOS 1o., 2o. y 4o. DEL 18 DE ABRIL DE 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, por la cual se reglamenta el procedimiento para otorgar personería jurídica a los partidos y movimientos políticos.

Providencia : Auto de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 3112
Actor : EDGAR PIÑEROS RUBIO
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCION 191 DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 1988, expedida por la Alcaldía del Municipio de Duitama, por la cual se ordena la venta forzosa de cemento Portand-Gris, en la ciudad de Duitama, y no se condena al Municipio de Duitama a pagar perjuicio alguno y contra las **RESOLUCIONES** expedidas por la misma Alcaldía **192 Y 193 DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 1988,** por las cuales se ordena la venta forzosa de cemento Portand Gris en la ciudad de Duitama.

DECLARA LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 192 Y 193.

Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
Expediente : 2965
Actor : CEMENTOS BOYACA S.A.
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO

RESOLUCION 237 DEL 11 DE AGOSTO DE 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto por ellas se determina el monto de las cauciones que deben otorgar los candidatos a: Gobernadores, Alcaldes, Asambleas Departamentales, Concejos de Distritos o Municipios y a Juntas Administradoras Locales del D.C. de Santafé de Bogotá, que se postulen sin el aval de partidos y movimientos políticos con personería jurídica, así como las sanciones que pagarán los partidos y movimientos políticos que avalen a candidatos que no obtengan la votación mínima requerida para tener derecho a los gastos de reposición.

Providencia : Auto de 3 de noviembre de 1994
Expediente : 3104
Actor : HECTOR HUMBERTO GUERRA SUAREZ
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 435, ARTICULO 8o. DEL 5 DE ABRIL DE 1993, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se determinan los libros que deben llevar las Cámaras de Comercio para efectos del Registro Mercantil y se señala el procedimiento.

DECLARA LA NULIDAD DE LA PALABRA "expresamente" CONTENIDA EN EL ARTICULO 8o. DE LA RESOLUCION ACUSADA.

Providencia : Sentencia de 3 de octubre de 1994

Expediente : 2838
Actor : JORGE HERNAN GIL ECHEVERRI
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO

RESOLUCION 587 DEL 31 DE JULIO DE 1992, expedida por la Mesa Directiva del 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 : Sentencia de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 2959
Actor : HERNANDO PINZON AVILA
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 0855 DEL 30 DE OCTUBRE DE 1992, expedida por el Gobernador del Departamento del Valle, por la cual se otorga un permiso para circular y venta de una lotería extranjera.
Providencia : Sentencia de 4 de noviembre de 1994
MEDIANTE AUTO DE FECHA 2 DE DICIEMBRE DE 1994, SE CONCEDE PARA ANTE LA SALA PLENA LA CORPORACION, EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.
Expediente : 2521
Actor : SOCIEDAD ECOSALUD S.A.
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Anulada.

RESOLUCION 1363 ARTICULOS 1o. y 2o. DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1990, expedida por Dimar, por medio de la cual se confirma parcialmente la resolución inicialmente enunciada.
Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 3075
Actor : CARLOS SALAS NARANJO Y OTRA
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 1885 PARAGRAFOS 1 Y 2 DEL ARTICULO 7o. DEL 9 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el Consejo Superior de dicha universidad, por medio de la cual se reglamenta de manera transitoria la elección de los miembros del Consejo Superior Universitario.
Providencia : Auto de 24 de noviembre de 1994
Expediente : 3128
Actor : ASOCIACION DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA Y OTROS

Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Suspendida.

RESOLUCION 3415 DE 27 DE AGOSTO DE 1991, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio del cual se invitó a los funcionarios de la Dirección General de Aduanas a acogerse a un plan colectivo de retiro compensado.
Providencia : Sentencia de 21 de noviembre de 1994
Expediente : 6195
Actor : JORGE ELIUD VILLA TABORDA
Ponente : DRA. CLARA FORERO DE CASTRO
Anulada.

RESOLUCION 5889 NUMERAL 5o. DEL ARTICULO 10 DEL 20 DE AGOSTO DE 1993, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por la cual se reglamenta la visita conyugal en los centros de reclusión de todo el país.
Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 3062
Actor : JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Suspendida.

RESOLUCIONES 008797 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, mediante la cual se conforma un comité para trabajar por la formación de docentes y **008911 DE 19 DE MAYO DEL MISMO AÑO,** por la cual se aclara y adiciona una disposición; expedidas por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia.
Providencia : Auto de 16 de diciembre de 1994
Expediente : 3157
Actor : FUNDACION UNIVERSITARIA CEIPA
Ponente : DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Vigente.

RESOLUCION 010911 ARTICULOS 4o.; 5o. PARAGRAFO 3; 7o. Y PARAGRAFO; 8o. Y 9o. DEL 26 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 11 de noviembre de 1994
Expediente : 2908
Actor : LEONARDO OSCAR ARANGO MORA
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

RESOLUCION 012818 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1985, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se concede el registro de la marca "Colsubsidio".

Providencia : Auto de 9 de noviembre de 1994
Expediente : 3007
Actor : CARLOS ADOLFO CHAVES FABRE
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

RESOLUCION 013860 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1994, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se concede el registro de la marca Edwin.

Providencia : Auto de 14 de octubre de 1994
Expediente : 2745
Actor : SOCIEDAD KABUSHIKI KAISHA EDWIN, EDWIN Co. LTDA.
Ponente : DR. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Vigente.

OTROS ACTOS

CAPITULOS V Y VII del reglamento de servicios adoptados por la Electrificadora de Santander S.A.

Providencia : Sentencia de 1o. de diciembre de 1994
Expediente : 2891
Actor : ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER
Ponente : DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Vigentes.

CONCEPTO CON ALCANCE GENERAL 019984 DEL 4 DE OCTUBRE DE 1993, emitido por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Providencia : Auto de 18 de noviembre de 1994
Expediente : 5761
Actor : MARINO SALAZAR HURTADO
Ponente : DR. DELIO GOMEZ LEYVA

FAX DE 19 DE MARZO DE 1993, emanado de la Superintendencia de Sociedades y contra el acto administrativo presunto surgido como consecuencia del silencio administrativo configurado por no haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el acto administrativo antes citado.

Providencia : Sentencia de 28 de octubre de 1994

Expediente : 2492
Actor : UNION DE BANANEROS DE URABA S.A. "UNIBAN"
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.

OFICIO OP-002362 DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 1992, expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, referente a las rutas que cubren la región de Antioquia hasta el 31 de enero de 1994; las siguientes**RESOLUCIONES** expedidas por la misma entidad: **000001 DEL 18 DE ENERO DE 1994 Y 00278 DEL 28 DEL MISMO MES Y AÑO,** por medio de las cuales se resuelven unos recursos de reposición y apelación, respectivamente, y ordena su remisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por ser de su competencia.
Providencia : Auto de 28 de octubre de 1994
Expediente : 3055
Actor : AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA S.A. "ACES"
Ponente : DR. YESID ROJAS SERRANO
Vigente.