

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLII
SEGUNDA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO

1995

Relatoras:

Doctora: María del Pilar Espinosa Salazar
Doctora: María del Pilar Veloza Parra

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLII

SEGUNDA PARTE

ENERO - FEBRERO - MARZO
1995

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED EN COLOMBIA

Por Biblioteca Jurídica Diké

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

ENERO - FEBRERO - MARZO

1995

Presidente
Dr. Diego Younes Moreno

Vicepresidente
Dr. Daniel Suárez Hernández

Secretaria General
Dra. Mercedes Tovar de Herrán
(hasta 12 de marzo)
Dra. Nubia González Cerón
(desde 13 de marzo)

SECCION PRIMERA

Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente

Dr. Yesid Rojas Serrano
Dr. Miguel González Rodríguez
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora
Presidente

Dra. Clara Florero de Castro
Dr. Alvaro Lecompte Luna
Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr. Diego Younes Moreno

Dra. Myriam Cecilia Viracachá Sandoval
Secretaria (encargada)

SECCION TERCERA

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

Dr. Daniel Suárez Hernández
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
Presidenta

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño
(hasta 15 de marzo)
Dra. Denisse Duviau de Puerta
(desde 16 de marzo)

Dr. Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
Dra. Nubia González Cerón
(hasta 12 de marzo)
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza
(desde 13 de marzo)

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 Rodríguez
5a. Dr. Edne Cohen Daza
6a. Dra. Inés Hurtado Cubides
7a. Dra. Margarita Olaya de Obando
8a. Dr. Jaime Ossa Arbeláez
9a. Dra. Luz Stella Pena de Mendez
10a. Dra. Alicia Rubiano Amézquita

RELATORAS

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
(licencia por maternidad desde el 18 de febrero hasta el 12 de mayo)
Dra. Claudia Angela Navarro Acevedo
(desde 7 de marzo - hasta 12 de mayo)
Dra. María del Pilar Veloza Parra (desde 6 de marzo)

SECCION
SEGUNDA

PENSION DE JUBILACION. Requisitos. **EDAD. EMPLEADO DEPARTAMENTAL. NORMA NACIONAL** - Aplicación

La Ley 6a. de 1945, art. 17 literal b) estableció para los empleados y obreros nacionales la pensión vitalicia de jubilación con el lleno de dos requisitos a saber: 1) 50 años de edad, y 2) 20 años de servicio sean continuos o discontinuos. A su vez la Ley 33 de 29 de enero de 1985, en el parágrafo 23 dispuso que para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá D.C., enero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia Expediente No. 8251. Autoridades Nacionales. Actor Neftali Antonio Solano Alvarez

Desata la Sala el grado de consulta contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 1993, por el Tribunal Administrativo de Sucre mediante la cual declaró la existencia del silencio administrativo respecto a la petición y el recurso de reposición interpuesto por el actor; como consecuencia declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual la Caja Nacional de Previsión Social negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, y ordenó el pago en cuantía de $24.346.75 desde la fecha de su desvinculación (8 de octubre de 1986) con reajustes y mesadas adicionales reconocidas en la ley.

LA DEMANDA

En el libelo (fls. 2-5) se pidió la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo de las entidades demandadas con respecto a las peticiones presentadas por el actor el día 30 de julio de 1991, y la nulidad del acto presunto resultante de no resolver unos recursos en al vía gubernativa interpuestas el día 5 de noviembre de 1991.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condenar solidariamente a las entidades demandadas a pagar al actor pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 8 de octubre de 1986, en cuantía mensual de $24.319,93 junto con los reajustes legales del caso.

Como hechos que sustentan esas pretensiones se dijo que el demandante laboró en diferentes Entidades Públicas durante más de veinte años así: La Nación (Ministerio de Obras Públicas) 2 años, 2 meses; Municipio de Sincelejo, 3 años, 9 meses, 24 días. Servicio de Salud de Sucre, 15 años, 1 mes, 5 días, para un total de tiempo laborado de 21 años, 1 mes y 29 días.

El trabajador nació el 7 de abril de 1935, o sea que cumplió 50 años el 7 de abril de 1985.

La última Entidad donde el demandante prestó sus servicios fue el Servicio de Salud de Sucre, de donde fue desvinculado el 7 de octubre de 1986, por lo que al momento del retiro reunía los requisitos de edad y tiempo de servicios para gozar de una pensión de jubilación.

El literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, aplicable a los Empleados Departamentales y Municipales, estableció que los empleados públicos tendrían derecho a adquirir pensión de jubilación, al cumplir los 50 años de edad.

La anterior norma estuvo vigente hasta al expedición de la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1, parágrafo 2, dispuso que los empleados que a la fecha de promulgación de esa ley, tuvieran más de 15 años continuos o discontinuos al servicio del Estado, se les aplicarían las normas sobre edad que regían con anterioridad, o sea, para el caso del peticionario la Ley 6 de 1945.

NORMAS VIOLADAS:

Ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985.

LA SENTENCIA

El *a-quo* en sentencia de 26 de marzo de 1993, accedió a las pretensiones de la demanda, considerando que en el *sub-lite* le es aplicable la Ley 6 de 1945, artículo 17 literal b), en concordancia con el parágrafo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985; es decir que el demandante podía jubilarse con la edad de 50 años siempre y cuando en enero de 1985 tuviera más de 15 años al servicio del estado.

Como no se observa causal de nulidad que invalida lo actuado, procede la Sala a desatar la consulta, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

Con las probanzas arrimadas a folios 12-15 quedó demostrado que el actor trabajo en diversos empleos al servicio del Estado por espacio de 20 años, 1 mes y 22 días. Lo que quiere significar que cumple con uno de los requisitos establecidos por la ley para el otorgamiento de una pensión de jubilación como es el tiempo de servicio.

La controversia radica en determinar si el actor como Empleado Público Departamental y dando aplicación a la normatividad vigente puede ser beneficiario de la pensión de jubilación con la edad de 50 años.

Con esta finalidad se acompañó al proceso (fl. 11) la partida de nacimiento, el cual tuvo ocurrencia el 7 de abril de 1935; es decir que al momento en que el actor realizó la solicitud de pago de pensión de Subdirector de Prestaciones Económicas (Cajanal) por estar afiliado a este ente prestacional (fl. 7) ya tenía cumplidos más de 50 años de edad.

La Ley 6 de 1945 en el artículo 17, literal b) preceptúa:

"Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) ...

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero, haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuos, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de ($30) ni exceder de doscientos pesos ($200) en cada mes..."

Fluye de la disposición en cita que la Ley 6/45 art. 17 literal b) estableció para los empleados y obreros nacionales la pensión vitalicia de jubilación con el lleno de dos requisitos a saber:

1) 50 años de edad, y

2) 20 años de servicio sean continuos o discontinuos.

A su vez la Ley 33 de 29 de enero de 1985, en el parágrafo 2 dispuso que para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad y la presente Ley.

Como está probado en el *sub-exámine* con las documentales aportadas, que el demandante había cumplido más de quince años de servicio al Estado, al momento de entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, ello es el 29 de enero, significa lo anterior, que para efectos de al pensión de jubilación le es aplicable lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945; razón por la cual tenía derecho al otorgamiento de la pensión vitalicia de jubilación al momento de cumplir 50 años de edad y veinte años de servicio.

Ahora bien, como el actor nació el 7 de abril de 1935 (fl. 11) los cincuenta años de edad los completó el 7 de abril de 1985; y los veinte años de servicio se cumplieron el 7 de octubre de 1986 (fl. 13) el derecho a la pensión vitalicia de jubilación se hizo exigible a partir del 8 de octubre de 1986.

Empero, con el actor reclamó solamente el 30 de julio de 1991, con el escrito de reclamación visible a folio 7, el reconocimiento se hará a partir del 30 de julio de 1988. En consecuencia, al sentencia habrá de modificarse en este aspecto.

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 del 26 de marzo de 1993, del Tribunal Administrativo de Sucre, con la aclaración de que el derecho pensional se hará afectivo a partir del 30 de julio de 1988.

Cópiese, nofíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 12 de diciembre de 1994.

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

Myrian C. Viracachá Sandoval. Secretaria (E).

SENTENCIA. Modificación. **REINTEGRO**

Los argumentos no tienden a la aclaración del fallo sino a su modificación, pues con ellos se pretende que el reintegro se ordene al cargo del cual fue desvinculada la actora y no a aquel en que se encontraba inscrita: ello implicaría una reforma de la providencia, lo cual está prohibido al juez que dictó la sentencia, según lo establece la norma antes transcrita.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia. Expediente No. 6069 Autoridades Nacionales. Actor: Herminia E. Cadena de Chacón.

Mediante escrito obrante a folios 156 y 157, la parte actora solicita la aclaración de la sentencia proferida dentro de este proceso el 24 de noviembre de 1994.

Afirma el memoralista que procede aclarar la sentencia pues habiéndose considerado ilegal el acto acusado, la actora debe ser reintegrada al cargo que ocupaba en el momento en que fue retirada del servicio y no a otro, como lo ordena la providencia, ya que anulado el acto de desvinculación, la situación laboral de la demandante vuelve al estado en que se encontraba; en consecuencia los salarios y prestaciones que ha de reconocerse deben ser los que correspondan al cual se le declaró insubsistente y no otros.

Agrega que la sentencia resulta inequitativa, pues si se tratara de un funcionario de libre nombramiento y remoción el reintegro se ordenaría al cargo que ocupaba; que en el expediente aparece la solicitud de la actora en torno a la actualización de su inscripción en el escalafón y que la actora es una "distinguida profesional" y no puede verse perjudicada con el reintegro a un cargo de inferior categoría al que ocupaba al momento de su retiro.

Para resolver se CONSIDERA:

El artículo 309 del C.P.C. establece:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, **podrán aclararse en auto complementario, los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda,** siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella..." (Subraya la Sala).

En el presente caso considera la Sala que la decisión adoptada en la sentencia no ofrece duda alguna; por el contrario, tanto para el juzgador como para la parte actora, es claro que el reintegro ordenado lo es al cargo en el cual se encontraba inscrita en carrera la señora Cadena de Chacón y no al que ocupaba en el momento del retiro, y la razón de ser de esa decisión está suficientemente explicada en la parte motiva de la providencia.

Los argumentos no tienden a la aclaración del fallo sino a su modificación, pues con ellos se pretende que el reintegro se ordene al cargo del cual fue desvinculada la actora y no a aquel en que se encontraba inscrita; ello implicaría una reforma de la providencia, lo cual está prohibido al juez que dictó la sentencia, según lo establece la norma antes transcrita.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

No acceder a la aclaración de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1994 dentro del proceso iniciado por Herminia Esther Cadena de Chacón contra la Administración Postal Nacional.

En firme regreso el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada en la Sala de 19 de Enero de 1995.-

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Myriam Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

Expediente No. 6069- actor: Herminia Esther Cadena de Chacón.-

TRABAJADOR PARTICULAR. CONTRATO DE TRABAJO. PENSION DE VEJEZ. PROCESO DE CARACTER LABORAL. CONTRATO DE TRABAJO. JURISDICCION ORDINARIA. COMPETENCIA. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

En el caso que nos ocupa la jurisdicción contenciosa no puede conocer de la demanda incoada pues el actor estuvo vinculado con el Instituto Bogotá mediante contrato de trabajo, según se afirma en la demanda, y en razón de esta relación laboral solicitó el reconocimiento de la pensión o de la indemnización sustitutiva de aquella, y los conflictos que surjan con ocasión del reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores privados son de competencia de la justicia ordinaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia.: Expediente No. 10408. Actor: José Jaime Torres Morales

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE JAIME TORRES MORALES contra el auto de 22 de abril de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 2a., Subsección "C", mediante el cual se inadmitió la demanda por él presentada.

El Tribunal inadmitió la demanda por falta de jurisdicción argumentando que de conformidad con el artículo 131 numeral 6 de C.C.A., los Tribunales conocen de las acciones de restablecimiento del derecho cuando la controversia no provenga de un contrato de trabajo y como en el caso de autos el actor estaba vinculado

por contrato de trabajo al Instituto Bogotá, entidad de derecho privado, el conocimiento de la demanda correspondía a la justicia ordinaria.

El recurrente argumenta que deben tenerse en cuenta la naturaleza de los actos demandados y el ente que los expide, es decir, que son actos administrativos emanados de un ente oficial como es el Instituto de Seguros Sociales; hace especial mención de los hechos planteados en la demanda y de los conceptos de violación de las disposiciones legales y constitucionales que regulan las prestaciones sociales que atiende el I.S.S. y que forman un todo por la *causa petendi;* solicita un debido proceso a su favor y la aplicación preferente del derecho sustancial como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Nacional; agrega que se incurrió en denegación de sus derechos siendo procedente un proceso que culmine con sentencia de mérito que resuelva las pretensiones conforme a la ley y a las pruebas aportadas.

Para resolver se CONSIDERA:

Según se desprende de la demanda el actor prestó sus servicios al Instituto Bogotá, establecimiento de carácter privado en calidad de Secretario - pagador y vinculado mediante contrato de trabajo. En razón de esta vinculación fue afiliado al I.S.S. por la directora del mencionado establecimiento.

Demandó los actos administrativos emanados del I.S.S. - Seccional Cundinamarca, mediante las cuales le niega la indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Es sabido que la pensión de jubilación es una prestación social que adquiere el trabajador que ha cumplido con los requisitos de tiempo y edad exigidos por la ley y que dicha prestación se genera en virtud de que el beneficiario ha estado vinculado laboralmente a una entidad ya sea de Derecho Privado o Público.

Si bien es cierto que el artículo 82 del C.C.A. establece que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituída para juzgar las controversias originadas en la actividad de los entes públicos, también lo es que esta órbita de competencias encuentra excepciones expresamente señaladas por la ley.

Es el caso de los artículos 131 y 132 del C.C.A., que atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos en única y primera instancia, y en el numeral 6 se refieren a los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, pero excluyen expresamente los litigios que se deriven de un contrato de trabajo.

En el caso que nos ocupa la jurisdicción contenciosa no puede conocer de la demanda incoada pues el actor estuvo vinculado con el Instituto Bogotá mediante contrato de trabajo, según se afirma en la demanda, y en razón de esta relación laboral solicitó el reconocimiento de la pensión o de la indemnización sustantiva de aquella, y los conflictos que surjan con ocasión del reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores privados son de competencia de la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

Confirmar el auto de 22 de abril de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección 2a. Subsección "C ".

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de enero de 1995.

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

Myriam Viracachá Sandoval, Secretaria (E).

RENUNCIA. Aceptación. **FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. PROCESO DISCIPLINARIO. COACCION. CATEGORIA DEL EMPLEO**

Tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, que como el actor desempeñaba un cargo de jefe de división, la petición de la renuncia por la autoridad nominadora no es violatoria de la ley, ya que dada la discrecionalidad para mantener a esta clase de funcionarios en el servicio público, la solicitud no tiene el propósito de hacer esguince a la ley, sino por el contrario, la de dar una oportunidad decorosa al empleado para que deje en libertad a la administración de disponer del cargo, cuando las conveniencias administrativas así lo exijan, como hubiera podido suceder en este asunto, para solucionar el enfrentamiento que se había generado entre el subgerente de la zona franca y el demandante, pues conflictos de esta naturaleza en nada contribuyen a la buena marcha de la administración, como lo ha expresado la Corporación en diferentes oportunidades, y que justifican en un momento dado la utilización de la facultad discrecional, sin que se requiera para que se produzca el retiro del servicio en estos eventos adelantar proceso disciplinario previo. De otro lado, es preciso anotar que, si se tiene en cuenta el cargo que ocupaba el demandante y su experiencia administrativa, éste contaba con suficiente criterio y plena libertad para presentar su renuncia, puesto que no es lógico que quién desempeñaba un empleo como el que ejercía el actor, alegue presiones para desvincularse del servicio por renuncia, toda vez que se supone que su preparación intelectual y su recto criterio lo colocan en situación muy distinta a la de otra clase de servidores del Estado. Hubiera podido el demandante en el caso *sub-judice* abstenerse de dar tramite a la dimisión ante el señor gerente de la zona franca, si su verdadera intención no era la de retirarse de la administración, para que ésta adoptara la decisión administrativa que considerara oportuna en este asunto,

así fuera la de hacer uso de la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia.: Expediente No. 5407. Autoridades Nacionales. Actor: Alvaro Becerra Rodríguez.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la cual fueron negadas las peticiones de la demanda.

En el libelo correspondiente (folios 13 a 24 cuad. ppal), se solicitó, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", la declaratoria de nulidad de la resolución No. 755 de 31 de octubre de 1986 expedida por la zona franca industrial y comercial "Manuel Carvajal Sinisterra", mediante la cual se acepta la renuncia presentada por el actor de cargo de jefe de división, servicios operativos, código 2040, grado 09.

Como restablecimiento del derecho, se pide en el escrito demandatorio, se reintegre al demandante en el cargo que ocupaba o a otro equivalente en la ciudad de Cali; el pago de los sueldos y prestaciones que haya dejado de percibir, más el valor de los gastos por servicios médicos, odontológicos, hospitalarios y quirúrgicos en que hubiere incurrido el actor durante su desvinculación del servicio; asimismo, que para efectos de liquidación de cesantía y Pensión de Jubilación, cuando a ello hubiere lugar, se tenga en cuenta el tiempo de retiro del demandante de la administración, como si nunca estuviere separado del empleo que desempeñaba.

LA SENTENCIA APELADA

El *a-quo* en el fallo recurrido, negó las pretensiones del libelo (folios 95 a 102 cuad. ppal.), pues consideró que de la prueba testimonial recaudada no se puede concluir que la renuncia presentada por el actor fuera el resultado de la coacción o de la limitación de su voluntad por parte del gerente de la zona franca "Manuel Carvajal Sinisterra" en su condición de autoridad nominadora; que acorde con el acervo probatorio traído al proceso no está demostrado que la renuncia hubiera

sido solicitada por el referido funcionario, en quien recae la facultad de nombramiento y remoción; que más parece que en el caso *sub-judice* lo sucedido fue el resultado del temperamento del demandante, agudizado por el incidente personal que tuvo con el doctor Gómez Mejía, y ante la petición que este hiciera de su remoción, lo que agrava su estado de ánimo; que la tesis expuesta por la parte actora, consistente en estimar que la renuncia se produjo para evitar la declaración de insubsistencia de su nombramiento, a petición del nominador por interpuesta persona, no está probada en el proceso.

FUNDAMENTACION DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 104 a 107 cuad. ppal), la parte demandante solicita se revoque el fallo recurrido y se acceda a las súplicas del libelo, puesto que el *a-quo* hace un análisis de los testimonios aportados al proceso muy acomodado, colocando en boca de los declarantes cosas que jamás afirmaron; que si bien es cierto que en este asunto no todos los hechos quedaron probados, de las declaraciones se puede inferir fácilmente la ocurrencia del suceso narrado en los hechos de la demanda y que unido a la prueba documental constituye plena prueba: que es viable establecer que la renuncia del demandante no estuvo rodeada de las garantías legales que debían acompañarla; que en lo atinente al memorando interno No. 4362 de 29 de octubre de 1986, que no obra en el proceso, según el tribunal, en el numeral décimo de las pruebas documentales aportadas con el escrito demandatorio, aparece este documento, que aunque fue aportado en copia simple, la parte demandada lo aceptó, habiendo tenido la oportunidad de controvertirlo, por lo que constituye plena prueba; que en cuanto a la carta de renuncia del actor, por no constar en el expediente, se dijo que este no la había presentado personalmente y por esa circunstancia no quedó copia; que la entidad demandada debió presentar la carta de renuncia, en copia autentica, cuando envió los antecedentes administrativos del demandante; que existe la resolución No. 755 de 31. de octubre de 1986, en la cual se acepta la renuncia, por lo que debe presumirse que el documento contentivo de ésta si existe y así lo aceptó el apoderado de la entidad demandada, al dar respuesta al libelo y no hacer ningún comentario en contra; que al elaborar la renuncia el actor debía estar libre de cualquier hecho externo o interno, toda vez que la presión sicológica es interna, la cual lo llevó a renunciar del cargo, y esta circunstancia es lo que hace anulable el acto impugnado; que por ende, la administración no debió aceptar la dimisión presentada por el demandante y como si lo hizo desvió el cauce y desconoció las normas que garantizan la libertad del administrado para dejar su empleo cuando lo desee; que faltó hacer comparecer para declarar en el proceso al doctor Helber Arango Correa, testigo y actor de los hechos y de las presiones.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Novena del Consejo de Estado en su concepto de 19 de noviembre de 1991 (folios 156 a 162 cuad. ppal), manifiesta que asiste toda la razón al *a-quo* cuando deniega las súplicas del escrito demandatorio por falta de pruebas, pues en realidad las que se practicaron en primera instancia, no alcanzan a ser demostrativas de los hechos en que se fundamentan las extensiones del libelo; que empero, el testimonio recibido en la segunda instancia, es determinantes para el éxito de éstas, razón por la cual el fallo apelado deberá revocarse y atenderse las súplicas del actor, en cuanto sean conformes a derecho.

De esta suerte, al no hallar vicio alguno que incida en lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite*, si la resolución No. 755 del 31 de octubre de 1986 dictada por el señor gerente de la zona franca industrial y comercial Manuel Carvajal Sinisterra, mediante la cual se aceptó la renuncia al demandante del empleo de Jefe de la división de servicios operativos, código 2040, grado- 09, se ajusta a derecho, cargo que pertenecía al nivel ejecutivo, según la clasificación de empleos establecida por el Decreto 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan.

Ahora bien, el señor Alvaro Becerra Rodríguez era funcionario de libre nombramiento y remoción, puesto que no está acreditado en el proceso que gozara de periodo fijo o se encontrara inscrito en la carrera administrativa, por lo que el nombramiento en el cargo que desempeñaba podía ser declarado insubsistente en cualquier momento por la autoridad nominadora, sin necesidad de motivar la providencia.

Como se determina de los planteamientos formulados en el libelo y de lo expuesto en el escrito contentivo del recurso de apelación, la renuncia presentada por el demandante no constituyó una manifestación libre y espontánea para desvincularse del empleo que desempeñaba en la zona franca industrial y comercial Manuel Carvajal Sinisterra, toda vez que la dimisión fue producto de la presión ejercida por el señor gerente de esta entidad descentralizada al actor para que se desincorporara de la administración, en virtud de los entrenamientos que se habían producido entre éste y el señor subgerente administrativo del organismo, como consecuencia del cambio de las claves de las puertas de entrada a las bodegas de la institución.

Analizado el acervo probatorio allegado al proceso en la primera instancia y que sirvió de fundamento al *a-quo* para denegar las pretensiones del escrito demandatorio, la Sala esta de acuerdo con lo sostenido sobre el tópico por la agencia del Ministerio Público, respecto de que las pruebas practicadas no son demostrativas en cuanto que la renuncia presentada por el demandante, cuyo texto se desconoce por no constar dentro del expediente, hubiera sido solicitada o exigida por el señor gerente del mencionado instituto descentralizado.

En efecto, los señores Pedro Rodríguez Murgueitio R. y Nelson Ramiro Trujillo C. en sus declaraciones (folios 46 a 48, 72 y 73 cuad. ppal), afirman no tener conocimiento directo de los hechos y que de lo sucedido se enteraron por conducto del demandante, por lo que son testigos de oídas: al tanto que el señor Carlos Augusto Duque Carvajal en su declaración (folios 74 a 76 *Ibídem*), expresa que él no pidió la renuncia del actor y desconoce qué personas la solicitaron a éste. Tampoco es lógico inferir en estas circunstancias que del incidente presentado entre el subgerente administrativo y el demandante exista un nexo de causalidad entre la renuncia presentada por éste y una posible presión ejercida por el señor gerente de la zona franca para que el señor Alvaro Becerra R. tramitara su dimisión.

En cuanto a la declaración del señor Helber Arango Correa recepcionada en la segunda instancia (folio 147 a 150 *ibídem*), lo dicho por el testigo no coincide con lo manifestado por la parte actora en los hechos de la demanda, según la cual el declarante como miembro de la Junta Directiva de la zona franca se hizo presente en la oficina del demandante y "se sentó a la maquina de escribir, y redactó la renuncia para el Dr. Alvaro..." y añade luego que "...a pesar de que había firmado la carta, no la presentó personalmente, sino que fue llevada desde esta oficina hasta donde el gerente por el intermediario, puesto que jamás estuvo de acuerdo ni con renunciar ni con la redacción de la pastoral." (Folio 17 *ibídem*).

Al respecto el señor Helber Arango Correa sostiene en su testimonio que en razón del conflicto presentado entre el actor y el subgerente administrativo, el gerente de la zona franca lo llamó a ver si podía intervenir en su solución y que para él era muy incómoda la situación, y que si el demandante no renunciaba le iba a declarar insubsistente su nombramiento (folio 148 *ibídem*). Y más adelante añade el declarante que "trate de hacerlo en este problema en esa forma sin presionar a nadie mucho menos al señor gerente o al empleado Alvaro Becerra porque ambos entendía poseían un fuero, tenían unos derechos y era de su autonomía el tomar o no la decisión que considerase pertinente." (Folio 149 *ibídem*).

Y luego afirma el testigo:

"Lo único que me consta en esa circunstancia aludida es que cuando yo llegué a la oficina de Alvaro Becerra me tocó esperarlo un rato, cuando el llegó abrió un sobre que estaba en el escritorio y me dijo que le habían enviado de gerencia la renuncia, pero no me consta sobre esa circunstancia, porque después de eso no volví a hablar del tema con el doctor Duque ... me tocó esperar porque el doctor Becerra no estaba y después me mostró un sobre cuando llegó pero no debe quedar duda en el hecho de que delante de mi firmó y me manifestó que le habían enviado la renuncia desde la gerencia... no sé si la llevó, o quién la llevó, porque Alvaro estaba bastante incómodo y el principal objeto de mi presencia allí como las idas a la zona franca en torno a ese problema era el de tratar de conciliar el conflicto. Alvaro estaba bastante enojado incluso yo le insistí en alguna ocasión de que eran problemas normales dentro de la administración, pues uno de empleado público está sujeto al libre nombramiento y remoción... y yo le insistía en que hiciésemos lo posible en conciliar ese conflicto, si era necesario pedir excusas, se pedía, que yo incluso quería colaborar todo lo posible, pero él siempre me insistía que él tenia la razón, y frente a estos atenuantes, fue imposible programar una entrevista entre las partes, es todo." (Folios 149 y 150 *ibidem*).

Y concluye así el declarante:

"Mi ánimo no fue el de presionar a ninguna de las partes para que ejerciera algún acto administrativo, máxime que tenía que cuidarme mucho de esos comportamientos pues estaba de por medio de que yo era el representante del gobernador. Es todo." (Folio 150 *ibidem*).

Sin embargo, no obstante lo expresado de que en el caso *sub-lite* no coincide lo expuesto por el declarante Helber Arango Correa con lo sostenido por la parte demandante en el libelo, en cuanto a la forma como se sucedieron los hechos para la tramitación de la carta de renuncia por parte del actor ante el señor gerente de la zona franca, así pudiera inferirse que este funcionario indujo al demandante a que presentara su dimisión, según los planteamientos de la agencia fiscal, en concepto de la Sala, esta circunstancia no configura la desviación de poder alegada, pues tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, que como el actor desempeñaba un cargo de Jefe de división, la petición de la renuncia por la autoridad nominadora no es violatoria de la ley, ya que dada la discrecionalidad para mantener a esta clase de funcionarios en el servicio público, la solicitud no tiene el propósito de hacer esguince a la ley, sino, por el contrario, la de dar una oportunidad decorosa al empleado para que deje en libertad a la administración de disponer del cargo, cuando las conveniencias administrativas así lo exijan, como hu-

biera podido suceder en este asunto, para solucionar el enfrentamiento que se había generado entre el subgerente de la zona franca y el demandante, pues conflictos de esta naturaleza en nada contribuyen a la buena marcha de la administración, como lo ha expresado la Corporación en diferentes oportunidades, y que justifican en un momento dado la utilización de la facultad discrecional, sin que se requiera para que se produzca el retiro del servicio en estos eventos adelantar proceso disciplinario previo.

De otro lado, es preciso anotar que, si se tiene en cuenta el cargo que ocupaba el demandante y su experiencia administrativa, éste contaba con suficiente criterio y plena libertad para presentar su renuncia, puesto que no es lógico que quien desempeña un empleo como el que ejercía el actor, alegue presiones para desvincularse del servicio por renuncia, toda vez que se supone que su preparación intelectual y su recto criterio lo colocan en situación muy distinta a la de otra clase de servidores del Estado. Hubiera podido el demandante en el caso *sub-júdice* abstenerse de dar trámite a la dimisión ante el señor gerente de la zona franca, si su verdadera intención no era la de retirarse de la adminnistración, para que ésta adoptara la decisión administrativa que considerara oportuna en este asunto, así fuera la de hacer uso de la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento.

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 apelada de septiembre 3 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por el señor Alvaro Becerra Rodríguez en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 755 de 31 de octubre de 1986 dictada por el señor gerente de la zona franca industrial y comercial "Manuel Carvajal Sinisterra", mediante la cual se aceptó la renuncia presentada por el demandante del cargo de jefe de división, servicios operativos, código 2040, grado 09.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase. La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sección celebrada el día 19 de enero de 1995.

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

Miryam C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

INSUBSISTENCIA. PROCESO DISCIPLINARIO. FACULTAD DISCRECIONAL

Para la Sala la sola circunstancia de que en la misma época en que el demandante fue declarado insubsistente, la administración dispuso realizar diligencias preliminares en orden a decidir si abría o se abstenía de iniciar investigación disciplinaria, no prueba plenamente que ésta haya sido la razón de su retiro. Pero además, ya en forma reiterada ésta Corporación ha sostenido que la facultad discrecional de la autoridad nominadora para desvincular de la administración a un empleado sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido dicho empleado, y que la comisión de una falta no genera el privilegio de la inamovilidad en el cargo.

INSUBSISTENCIA. PROCESO DISCIPLINARIO. AUDITOR. BUEN SERVICIO - Razones. CARGOS INFUNDADOS - Inexistencia. VEHICULO OFICIAL - Uso. Indebido.

Consta en el plenario que la administración ordenó la realización de unas diligencias preliminares con el objeto de comprobar si el empleado había usado estando en vacaciones un vehículo oficial y si se había apropiado de un televisor ganado en una rifa por una empleada de la administración, según queja que al respecto se presentó. Producida la insubsistencia se decide formalmente abrir investigación disciplinaria formulando un pliego de cargos al actor, lo cual indica que la facultad discrecional se utilizó de manera independiente de la potestad disciplinaria, y que no se aplicó la insubsistencia a manera de sanción. Lo que sí puede colegirse es que la inconformidad que el segundo hecho causó entre los empleados de la administración contra la Auditoría pudo influir en el nominador para ordenar el retiro del Auditor, razón que no puede considerarse contraria al

buen servicio, máxime cuando se trata de un organismo de control. Por el contrario, aparece como una medida razonable si se tiene en cuenta que no obra en autos constancia de que el disciplinario hubiere concluido ordenando el archivo de las diligencias por falta de mérito como lo dice la sentencia, pues lo que aparece es una recomendación de destitución del funcionario investigador, auto del Jefe de la Oficina de Control Interno acogiendo la recomendación y petición de la Comisión de Personal de realizar un detenido estudio del expediente; es decir que no se allegó prueba alguna que permita aseverar que los cargos imputados hubieran resultado infundados.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá D.C., enero treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia Expediente No. 7829. Autoridades Nacionales. Actor: Edilberto Soto Sandoval

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, en el proceso promovido por EDILBERTO SOTO SANDOVAL contra la Contraloría General de la República, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declarara la nulidad de la Resolución No 00411 de enero 28 de 1988 proferida por el Contralor General de la República, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Auditor Regional Nivel Ejecutivo Grado 4 de la Auditoría Regional antela Penitenciaría Central de "La Picota" de Bogotá. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ser reintegrado al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración en esta ciudad; se ordene el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; se le reconozca que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo; y que la sentencia se cumpla dentro del término señalado por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

2. El *a quo* negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes fundamentos:

Según la demanda con la declaratoria de insubsistencia del actor se pretermitió el procedimiento disciplinario para dictar una desvinculación con claros visos de destitución, ya que simultáneamente se iniciaba una investigación sin embargo, esto no se demostró. Con posterioridad a la presentación de la demanda el actor fue absuelto de unos cargos que le imputaron, quedando por ese hecho disuelta la argumentación de la relación de causalidad entre la investigación y la declaratoria de insubsistencia.

Existen antecedentes jurisprudenciales, según los cuales la decisión de declarar insubsistente un nombramiento no persigue sancionar disciplinariamente sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio; lo contrario significaría que la administración no podría remover de su cargo a un empleado de libre nombramiento y remoción sólo porque haya cometido hechos que pudieran dar lugar a una investigación disciplinaria, se estén o no investigando, es decir adquiriría un fuero de relativa inamovilidad, lo cual es inaceptable.

3. El actor expresa su inconformidad con el anterior fallo apoyándose en lo expresado en los tres salvamentos de voto y presentando las siguientes alegaciones:

Las citas jurisprudenciales en las cuales se basó el Tribunal se produjeron antes de la nueva Constitución; según este ordenamiento los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial.

La administración violó el debido proceso al producir el acto acusado. En un Estado social de derecho como el nuestro las competencias de las distintas jurisdicciones se encuentran regladas, con lo cual se busca proteger a las personas de las arbitrariedades y abusos de las autoridades en el ejercicio del poder.

4. El señor procurador cuarto Delegado ante esta Corporación solicitó la revocatoria del fallo apelado por cuanto comparte los razonamientos expuestos en los salvamentos de voto citados. Dice que el proceso disciplinario otorga al acusado el derecho de defenderse de los cargos que se le imputan, de lo cual se deriva el derecho a permanecer en el cargo hasta tanto se defina su situación. De tal manera que tratándose de un empleado de libre remoción no puede ser desvinculado cuando se ha tenido conocimiento de la comisión de una falta, porque la averiguación disciplinaria no es discrecional sino que es una competencia reglada y obligatoria.

Y los derechos consagrados en favor del acusado en el proceso disciplinario existen en cuanto se refieren a un empleado público y no a un exempleado. De lo contrario no podrían cumplirse cuando ya ha sido retirado del servicio. Además los estatutos disciplinarios prevén términos breves para el procedimiento, y existe la figura cautelar de la suspensión provisional cuando se trata de faltas graves. Lo que significa que la investigación debe realizarse mientras el empleado se halla en servicio.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En el presente proceso se encuentra establecido:

a) El actor estuvo vinculado a la Contraloría General de la República en el cargo de Auditor Regional Nivel Ejecutivo Grado 4 de la Auditoría Regional ante la penitenciaria Central "La Picota" en Bogotá (fl. 39, c. 2 y fl. 46, c. 3). No se encuentra acreditado que dicho empleado gozara del privilegio de relativa estabilidad que concede la ley a quienes se encuentran inscritos en carrera o tienen período fijo. En consecuencia, el actor era un empleado de libre nombramiento y remoción.

b) La administración a través del Jefe de Sección Quejas y Reclamos ordenó en enero 25 de 1988 realizar indagaciones preliminares, a raíz de una queja presentada por una empleada de la Cárcel La Picota en contra del demandante (fl. 29, c. ppal.).

c) Mediante Resolución No. 00411 de enero 28 de 1988, que constituye el acto acusado, el Contralor General de la República declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo antes citado (fl. 4, c. ppal.).

d) Por la misma época un funcionario comisionado procedió a realizar diligencias preliminares (fl. 30, c. ppal.), que culminaron con la decisión de abrir investigación disciplinaria en contra del actor (fl. 23, c.3).

2. El motivo fundamental de inconformidad del recurrente con el fallo apelado, es el que no se haya reconocido la violación del debido proceso en que incurrió la administración al producir el acto acusado, por cuanto en su sentir existe un nexo inexorable entre dicha decisión y la investigación disciplinaria adelantada en su contra.

Empero, para la Sala la sola circunstancia de que en la misma época en que el demandante fue declarado insubsistente, la administración, dispuso realizar diligencias preliminares en orden a decidir si abría o se abstenía de iniciar investigación disciplinaria, no prueba plenamente que ésta haya sido la razón de su retiro. Pero además, ya en forma reiterada esta Corporación ha sostenido que la facultad discrecional de la autoridad nominadora para desvincular de la administración a un empleado sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido dicho empleado, y que la comisión de un falta no genera el privilegio de la inamovilidad en el cargo.

De tal manera que no es posible confundir la medida discrecional de la insubsistencia con la sanción disciplinaria, que es la culminación de un proceso cuidadosamente reglado, debido precisamente a que poseen naturalezas jurídicas diferentes.

De allí que no sea posible admitir que en el caso *sub júdice* con el acto acusado se haya violado el debido proceso disciplinario, como si dicha decisión constituyera una sanción anticipada por hechos irregulares cometidos por el censor.

Consta en el plenario que la administración ordenó la realización de unas diligencias preliminares con el objeto de comprobar si el empleado había usado estando en vacaciones un vehículo oficial y si se había apropiado de un televisor ganado en una rifa por una empleada de la administración, según queja que al respecto se presentó. Producida la insubsistencia se decide formalmente abrir investigación disciplinaria formulando un pliego de cargos al actor, lo cual indica que la facultad discrecional se utilizó de manera independiente de la potestad disciplinaria, y que no se aplicó la insubsistencia a manera de sanción. Lo que sí puede colegirse es que la inconformidad que el segundo hecho causó entre los empleados de la administración contra la Auditoría pudo influir en el nominador para ordenar el retiro del Auditor, razón que no puede considerarse contraria al buen servicio, máxime cuando se trata de un organismo de control. Por el contrario, aparece como una medida razonable si se tiene en cuenta que no obra en autos constancia de que el disciplinario hubiere concluido ordenando el archivo de las diligencias por falta de mérito como lo dice la sentencia, pues lo que aparece es una recomendación de destitución del funcionario investigador, auto del Jefe de la Oficina de Control Interno acogiendo la recomendación, petición de la Comisión de Personal de realizar un detenido estudio del expediente; es decir, que no se allegó prueba alguna que permita aseverar que los cargos imputados hubieran resultado infundados.

En conclusión, considera la Sala que el demandante no ha logrado demostrar el quebramiento de la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, con lo cual se debe confirmar el fallo apelado.

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

CONFIRMASE la sentencia de junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el proceso promovido por el señor EDILBERTO SOTO SANDOVAL contra la Contraloría General de la República, la cual se abstuvo de acceder a las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de enero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Myrian C. Viracachá Sandoval. Secretaria (E)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CADUCIDAD. ACTOS ADMINISTRATIVOS. PUBLICACION. COMUNICACION. EJECÚCION. SUPRESION DEL CARGO.

El artículo 136 inc. 2°. del C.C.A. prescribe que la acción de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Vale decir, que la caducidad comienza a contarse desde la fecha en que el interesado tenga conocimiento de la decisión de la administración, o lo que es lo mismo, desde cuando por haber sido enterado del acto está en posibilidad de demandarlo ante la jurisdicción contenciosa. Advierte la Sala que el acto acusado que dio por terminado el vínculo legal y reglamentario del demandante como consecuencia de la supresión de cargos con motivo de la expedición del Decreto 1009 de 1993, no es de aquellos que para ponerlos en conocimiento del interesado deben publicarse o notificarse y, por ende. el término de caducidad, en este evento, debe computarse a partir de su comunicación, que fue el medio por el cual fue enterado el actor, ya que sólo podría tenerse en cuenta la fecha de su ejecución en el evento de que no hubiera sido enterado previamente por medio de los otros medios señalados en la ley para el efecto. La caducidad debe contarse a partir de la fecha en que el interesado fue enterado de la decisión, y no a partir de la ejecución, cuando ésta ha sido posterior.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., febrero primero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia Expediente No. 10485. Apelación interlocutorios. Actor: Alirio Anibal Bernal Burgos

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por Alirio Aníbal Bernal Burgos, mediante apoderado, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de abril de 1994, por medio del cual se inadmitió la demanda.

El Tribunal decretó en la providencia recurrida la inadmisión de la demanda por haberse dado el fenómeno de la caducidad de la acción, pues de conformidad con lo estatuido en el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A., se observa que el término está más que cumplido, lo que indica que tal fenómeno irremediablemente operó en este asunto; que la resolución No. 1133 de 10 de Junio de 1993, mediante la cual se dió por terminado el vínculo legal y reglamentario al actor fue comunicada al destinatario el 11 de Junio del mismo año (fl. 2) Exp. No. 10485 y la demanda fue instaurada el 29 de octubre de 1993 (fl. 10) que para efectos del término de caducidad de cuatro meses establecido en el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A.; se debe tener en cuenta el 11 de Junio de 1993, fecha en la cual fue comunicada la resolución acusada, y que es la base para el cómputo de dicho término; que en estas condiciones se produjo el fenómeno de caducidad de la acción; que en el caso *subjúdice* la cuantía del negocio excede la suma de $980.000, para la fecha de presentación del libelo, estatuida por el Decreto 597 de 1988, en concordancia con el artículo 131 del C. C . A. y por lo tanto se trata de un proceso de primera instancia (fls. 58 a 60 cdno. ppal.).

En el escrito de sustentación de la alzada (fls. 61 a 63 *ibídem*), sostiene el apoderado del demandante que disiente del criterio de inadmitir la demanda en los términos expuestos por el Tribunal, teniendo en cuenta que con la reforma al Código Contencioso Administrativo introducida por el Decreto 2304 de 1989, se suprimió la expresión "comunicación", consagrando solamente las acepciones publicación, notificación y ejecución del acto; que de acuerdo con lo anterior, para efectos de la caducidad de las acciones de restablecimiento del derecho el término de 4 meses se cuenta a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto; que como en el caso *sub-lite* el acto administrativo demandado no fue publicado ni notificado personalmente ni por edicto, debe concluirse que dicho término se debe contar a partir de la fecha de ejecución del acto, es decir, desde el lo. de julio de 1993; que de conformidad con el artículo 27 del C.C. se debe desatender su tenor literal; que además las normas procesales son de riguroso e imperativo cumplimiento para el juez y las partes en litigio; que la resolución acusada debio cumplir con las exigencias del C.C.A. en lo pertinente a su notificación; que la simple comunicación de la resolución, lo cual no está probado dentro del proceso que el demandante la haya recibido el mismo día de su expedición, no puede suplir un requisito legal; que además sin el lleno de los requisitos señalados en los artículos 44, 45, 46 y 47 del C.C.A., no se tendrá por hecha la notificación ni producirá

efectos legales la decisión, de conformidad con el artículo 48 del estatuto contencioso.

Destaca asimismo el apelante que sí existen dos situaciones como lo aduce el tribunal, una relacionada con el enteramiento o comunicación y la otra con la ejecución del acto, debía aplicarse el principio de la favorabilidad, por tratarse de dos conceptos que son semántica, legal y jurídicamente distintos, generando por tal motivo duda en su aplicación.

Para resolver se considera:

1. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi profirió el 10 de Junio de 1993 la resolución No. 1133 mediante la cual se desvinculó, entre otros, al demandante (fl. 26), acto que fue comunicado el 11 de Junio del mismo año por medio de oficio suscrito por el Jefe de la División Administrativa del citado organismo, cuya copia obra a folio 56 del expediente con firma del destinatario, sin que obre prueba que acredite haber sido entregado en fecha diferente.

2. El artículo 136 inciso 2o. del C.C.A. prescribe que la acción de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a apartir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Vale decir que la caducidad comienza a contarse desde la fecha en que el interesado tenga conocimiento de la decisión de la administración, o lo que es lo mismo, desde cuando por haber sido enterado del acto está en posibilidad de demandarlo ante la Jurisdicción contenciosa.

3. Advierte la Sala que el acto acusado que dio por terminado el vínculo legal y reglamentario del demandante fl. 15 como consecuencia de la supresión de cargos con motivo de la expedición del Decreto 1009 de 1993, no es de aquellos que para ponerlos en conocimiento del interesado deben publicarse o notificarse y, por ende, el término de caducidad, en este evento, debe computarse a partir de su comunicación, que fue el medio por el cual fue enterado el actor, ya que solo podría tenerse en cuenta la fecha de su ejecución en el evento de que no hubiera sido enterado previamente por medio de los otros medios señalados en la ley para el efecto.

4. No es útil a la parte demandante el hecho de que el retiro del servicio se hubiera producido con posterioridad a la fecha en que fue enterada de la decisión, el 1°. de Julio de 1993, porque a partir del 11 de Junio tuvo la oportunidad de demandar la decisión que le comunicó la entidad y, si así no lo hizo, solo a ella le corresponde asumir las consecuencias de su conducta omisiva.

Tiene en cuenta la Sala igualmente, que en momento alguno el actor ha sostenido, y menos probado, que el oficio le haya sido entregado con posterioridad al 11 de Junio; simplemente se limita a afirmar en el recurso, que no se demostró que la comunicación le hubiera sido entregada el 11 de junio, cuando en realidad como ya se anotó, aparece a folio 56 su firma como constancia de recibo del original, sin que hubiera consignado fecha diferente a la del propio oficio. De ello deduce la Sala que sí fue enterado de la decisión en la fecha que tuvo en cuenta el Tribunal para comenzar a computar el término de caducidad de la acción, por lo cual habrá de confirmarse la decisión recurrida.

No está por demás recordar finalmente, que tanto esta sección como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo han considerado que la caducidad debe contarse a partir de la fecha en que el interesado fue enterado de la decisión, y no a partir de la ejecución, cuando ésta ha sido posterior. Fué así, como la Sala Plena señaló este derrotero en sentencia del 21 de noviembre de 1991, cuando con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, expresó dentro del proceso S-122; sobre la caducidad de la acción.

> "La caducidad, ha dicho la doctrina y la Jurisprudencia, es una institución jurídica que límita en el tiempo la ejecución de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el solo transcurso del tiempo. Su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley la que al señalar el término y el momento de su iniciación, indica el término final invariable o *dies fatalis*.
>
> El artículo 83 del antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) disponía que la acción contencioso subjetiva "prescribía" al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, sin referirse en forma alguna a su ejecutoria, como sí lo hacía en el artículo 273 para el Juicio de impuestos, para el cual el término de "prescripción" era de tres meses contados "desde la fecha de ejecutoria de la última decisión".

El nuevo Código (D. 01/84) dispuso la misma regla, adicionándola solamente con la comunicación, expresión que fue suprimida luego por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989.

De manera que, salvo lo que antes se disponía para el Juicio de impuestos, el legislador invariablemente ha partido para el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, de la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de estas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia.

Y si el texto de la ley es tan claro, no le es permitido al intérprete deducir de otras normas (arts. 63 y 51) una fecha distinta de iniciación del plazo, ni extenderlo, por consideraciones que no fueron previstas por la ley.

Para que se de el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Iniciado el termino con la publicación, notificación o comunicación (hoy no se habla de comunicación) lo que ocurra de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado por la ley. El término se cumple inexorablemente.

Por ello, la firmeza del acto, que es una circunstancia diferente y posterior a su conocimiento, no incide en el cómputo del plazo. Tampoco tiene incidencia la ejecución, a menos que se tome ésta como figura sustitutiva á falta de publicación, comunicación o notificación. Legalmente informado el acto, empieza a contarse el término para que el afectado pueda accionar, independientemente de su firmeza o de que se ejecute o no, sin que pueda entenderse prorrogado por el término que debe correr para que quede en firme ni interrumpido por su ejecución.

Queda así rectificada la Jurisprudencia de la Sala contenida en las sentencias de 7 de marzo y 21 de septiembre de 1988.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de abril de 1994, mediante el cual inadmitió la demanda instaurada por Alirio Aníbal Bernal Burgos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de enero de 1995.

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

Myriam C. Varicachá, Secretaria (E).

Referencia: Expediente No. 10485. Apelación interlocutorios. Actor: Alirio Aníbal Bernal Burgos.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera sobre el tema de la caducidad de la acción la sentencia de 21 de noviembre de 1991, Exp. S-122, Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Y se rectifica la jurisprudencia de las sentencias de 7 de marzo y 21 de septiembre de 1988.

PROCESOS DE CARACTER LABORAL. CUANTIA. PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA. REINTEGRO

Tratándose de una petición de reintegro, la acción tiene cuantía, ya que las reclamaciones de tipo pecuniario constituyen el objeto mismo y la finalidad de aquella y debe anotarse que, los procesos donde se controvierten tales actos, no todos tienen iguales características ni tampoco los intereses en conflicto son los mismos ya que algunos tienen una mayor relevancia y un mayor valor que otros. La cuantía refleja entonces aquella realidad indiscutible y su concreción es razonable y se justifica plenamente. Con fundamento en las disposiciones del C.P.C. está determinada sobre bases objetivas referidas al monto o valor de la pretensión tomada sobre unos factores deducibles al tiempo de presentación de la demanda entre los dos extremos señalados. No es de aplicación del anterior sistema declarado inexequible por la Corte en la cual sólo se tenía en cuenta la asignación mensual y por lo mismo, no son iguales los elementos adoptados para su fijación, luego del fallo de la Corte. La cuantía es un factor determinante de la competencia que no está en contradicción con los principios de la Carta y en el C.C.A. como en el C.P.C. se consagran excepciones al mismo y estas disposiciones se encuentran vigentes y hasta tanto no haya un pronunciamiento que las invalide, rigen los procesos a efectos de determinar la competencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., febrero dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 10580. Recurso de Queja. Actor: Stella Casas Castañeda.

Decide la Sala el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto del 14 de julio de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio del cual negó el de apelación interpuesto contra el proveído de 27 de junio anterior que había decretado la perención del proceso.

El Tribunal señaló en la providencia que se impugna que para la fecha de desvinculación de la accionante, ocurrida el 5 de mayo de 1992, devengaba un sueldo mensual de $103.750, por lo que el proceso es de única instancia (fl. 18).

Al desatar el recurso de reposición, mediante auto de 3 de agosto del mismo año , explicó el *a-quo* que la demandante a la fecha de la desvinculación devengaba un salario básico de $97.000, luego los cuatro meses de sueldo y prestaciones reclamados desde cuando fue separada del servicio hasta la presentación de la demanda no superan la cantidad de $980.000,oo que exige el artículo lo. del Decreto 597 de 1988 para que el proceso tenga doble instancia (fl. 19)

El apoderado de la parte actora manifiesta que son suficientemente conocidos los planteamientos de la Corte Constitucional en sentencia C-345/93 y que los mismos constituyen doctrina constitucional que es criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrector de la jurisprudencia vigente hasta la fecha de promulgación del Decreto Ley 2067 de 1991, artículo 23.

Manifiesta igualmente que fueron recordados por el señor Consejero Joaquín Barreto Ruiz en salvamento de voto, que transcribe la dicisión del 8 de febrero de 1994, en el cual se sostiene, a raíz de la sentencia de inexequibilidad de 26 de agosto de 1993, que la competencia para conocer de los actos que impliquen el retiro del servicio es de los Tribunales Administrativos en primera instancia como consecuencia de la aplicación del tercer inciso del numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A. Así mismo señala que en esta oportunidad estuvo secundado por el Consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna, cuyo salvamento transcribe (fls. 21-23).

SE CONSIDERA:

Para la fecha en que fue presentada la demanda, el 11 de agosto de 1992 (fl. 13), los Tribunales Administrativos conocían en única instancia de aquellos procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral tratándose de actos que implicaran el retiro del servicio, como es el caso del *sub-lite*, cuando la asignación mensual del cargo no excediera de $170,000 de acuerdo a los reajustes del Decreto 597 de 1988 en concordancia con el artículo 131 del C.C.A., numeral 6), literal b) inciso segundo o en primera cuando excediera tal valor conforme al 132 *ibidem*.

La sentencia de la Corte que se cita, declaró inexequibles las normas que regulaban la cuantía con fundamento en la asignación mensual en referencia de manera que hoy no son aplicables tales disposiciones para efectos de determinar la cuantía de los procesos. Tampoco significa lo anterior que cuando se enjuician tales actos de desinvestidura, sean de conocimiento de los Tribunales en primera instancia ya que los procesos tienen cuantía y es posible su determinación por aplicación de las disposiciones contenidas en el C.P.C., artículo 20, numerales 1-2 por remisión del 267 C.C.A. y en este caso, teniendo en cuenta para la determinación no solo la asignación básica sino además, aquellos otros factores de remuneración del empleado, como las primas y la cesantía, entre la fecha de separación del cargo y la presentación de la demanda.

Tratándose de una petición de reintegro, la acción tiene cuantía, ya que las reclamaciones de tipo pecuniario constituyen el objeto mismo y la finalidad de aquella y debe anotarse que, los procesos donde se controvierten tales actos, no todos tienen iguales características ni tampoco los intereses en conflicto son los mismos ya que algunos tienen una mayor relevancia y un mayor valor que otros. La cuantía refleja entonces aquella realidad indiscutible y su concreción es razonable y se justifica plenamente con fundamento en las disposiciones del C.P.C. está determinada sobre bases objetivas referidas al monto o valor de la pretensión tomada sobre unos factores deducibles al tiempo de presentación de la demanda entre los dos extremos señalados. No es la aplicación del anterior sistema declarado inexequible por la Corte en la cual sólo se tenía en cuenta la asignación mensual y por lo mismo, no son iguales los elementos adoptados para su fijación, luego del fallo de la Corte.

En relación con la misma ha dicho la Sala que es un factor de regulación y ordenación de los distintos procesos de acuerdo a un rango de valores a fin de determinar la competencia; atiende intereses superiores dentro de la organización del sistema y de agilidad en los procedimientos y su concreción no pondría entenderse como un elemento en contra de los eventuales accionantes.

Sobre la procedencia de la misma ha señalado la Corte Constitucional en reciente fallo del 4 de agosto pasado, con motivo de la demanda promovida contra los artículos 131,132 y 133 del C.C.A, entre otros, disposiciones que regulan la cuantía, estos conceptos de especial relevancia:

> "En esta oportunidad la censura ataca no sólo la constitucionalidad de los procesos de única instancia -que se examinó en el acápite precedente -, sino la distribución de competencias en la justicia contencioso-admnistrativa a partir del factor cuantía.

En este punto debe la Corte señalar que yerran los actores cuando, para sustentar la pretendida inconstitucionalidad de las cuantías prevista en las normas en comento pretenden equipararlas a "la asignación básica mensual" correspondiente al cargo, con fundamento en la cual se determinaba la competencia de los Tribunales Administrativos en única o en primera instancia en materia contencioso-laboral, según los apartes de los artículos 131 y 132 del C.C.A. que se declararon inexequibles por sentencia C- 345 de 1993.

El contenido normativo de las disposiciones cuya constitucionalidad se controvierte no se semeja ni siquiera remotamente al de las partes declarados inexequibles. En éstos el referente para la determinación de la competencia es "la cuantía de la pretensión". En aquéllos era "la asignación básica mensual correspondiente al cargo".

No tratándose del mismo supuesto, de entrada debe desecharse la supuesta analogía, de las que los demandantes pretenden derivar; respecto de las normas sobre cuantías que ahora se demandan, el predicado de inconstitucionalidad que la Corporación, en la sentencia C- 345/93 atribuyera a un criterio para la determinación de la cuantía y no a la cuantía en sí misma considerada.

Esclarecido lo anterior, es del caso poner de presente que en la propia decisión que se cita, la Corte constitucional dejó claramente establecida la constitucionalidad del factor cuantía como elemento determinante de la competencia, cuando se fundamenta en un criterio general, abstracto e impersonal como el del monto global de la pretensión".

La Constitución de 1991 en el artículo 31 consagra el principio según el cual, toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada "salvo las excepciones que consagre la ley" y ello indica en forma nítida que el constituyente previó también que no todas aquellas decisiones pueden ser objeto del recurso o la consulta y defirió a la ley la regulación de los casos en que éstas no proceden.

Conviene recordar en este punto el pronunciamiento de la Corte en el mismo fallo que se cita, al reiterar la jurisprudencia que sobre aspectos constitucionales del principio de la doble instancia consignó en la sentencia C-345 de 1993. Dijo la Corporación en este aparte:

"La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la doble instancia, a través de la apelación o la consulta, no es parte esencial del debido proceso, y la Constitución no la ordena como exigencia del juicio adecuado.

Empero, la tesis jurisprudencial que se menciona tiene hoy un carácter relativo pues si bien es cierto que la Constitución no establece la doble instancia como un principio del debido proceso, de manera abstracta y genérica, no lo

es menos que la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias si es un derecho que hace parte del núcleo esencial del debido proceso. En otros términos, una norma que impida impugnar las sentencias condenatorias sería inconstitucional por violación del debido proceso. **En todos los demás casos, la doble instancia es un principio constitucional cuyas excepciones pueden estar contenidas en la ley. (Art. 31 de la C.N.).**

"En síntesis: La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, -pues le ley puede consagrar excepciones-, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas, según el artículo 29 de la Carta" (negrillas fuera de texto).

"Así pues, el artículo 31 superior establece el principio de la doble instancia, de donde se deduce el de la apelación de toda sentencia pero con las excepciones legales como lo dispone la norma constitucional. Excepciones que se encuentran en cabeza del legislador para que sea él quien las determine, desde luego, con observancia de los derechos, valores y postulados axiológicos que consagra la Carta, particularmente con observancia del principio de igualdad, que no permite conferir un tratamiento desigual cuando no sea razonable o justo".

La cuantía es un factor determinante de la competencia que no está en contradicción con los principios de la Carta y en el C.C.A. como en el C.P.C. se consagran excepciones al mismo y estas disposiciones se encuentran vigentes y hasta tanto no haya un pronunciamiento que las invalide, rigen los procesos a efectos de determinar la competencia.

En el caso sometido a estudio, fue allegado un oficio de la Contraloría Departamental del Tolima No. STA-222 de noviembre 24 pasado en el que se informa que la última asignación mensual de la accionante fue de $83.000, sin subsidio de transporte ni bonificaciones. Igualmente por oficio DAAF-550 de la misma entidad y de la misma fecha se indica que estuvo laborando desde el 23 de diciembre de 1988 al 5 de mayo de 1992 (fls. 30 y 32).

Ahora bien, de acuerdo a la anterior información, el término entre los dos extremos, desvinculación y presentación de la demanda, es de 3 meses 6 días y la cuantía estaría determinada en forma aproximada así: sueldos $265.600, cesantía $24.900, prima de Navidad $23.055 y prima de servicios $11.527, factores que sumados no exceden de 980.000 para que el proceso tenga doble instancia. Y es de observar que, aun cuando para la determinación se tomara como asignación la indicada en la demanda por valor de $103.750, la cuantía no excedería tampoco el tope señalado.

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

RESUELVE:

Estímase bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia fue aprobada en Sala en su sesión del día 19 de enero de 1995.

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

Miryam C. Viracachá Sandoval, Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. 10580. Recurso de Queja. Actor: Stella Casas Castañeda

Con el debido respeto por el criterio mayorista, considero que debió prosperar el recurso de queja, por las siguientes razones:

1a. La sentencia de inexequibilidad de agosto 26 de 1993 respecto de los artículos 131 y 132 del C.C.A., afectó la totalidad del tercer inciso - numeral 6o. de la Primera disposición, y **sólo la frase final** del inciso tercero -numeral 6o. de la segunda norma, no pudiéndose en consecuencia por vía de interpretación, pretender dejar sin vigencia una norma que no ha sido derogada ni declarada contraria a la Constitución Política.

2a. Lo anterior, determina que la competencia para conocer de los actos que impliquen retiro del servicio es de los Tribunales Administrativos en **primera instancia**, como consecuencia de la aplicación del tercer inciso -numeral 6o.- del precitado artículo 132, que sin su frase final declarada inexequible queda del siguiente tenor:

"...Artículo 132. En primera instancia.- Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:

...

6o.) De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, de que trata el numeral 6°. del artículo 131, cuando la cuantía exceda de quinientos mil pesos ($500.000). En este caso, la cuantía se determinará en la forma prevista en los ordinales a) y b) de la misma norma.

Sinembargo, de los procesos en los cuales se controviertan actos que impliquen destitución, declaración de insubsistencia, revocación de nombramiento o cualesquiera otros que impliquen retiro del servicio, conocerán los tribunales administrativos en primera instancia,".

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Excepciones. **PENSION GRACIA.** Compatibilidad. **PENSION DE JUBILACION. PERSONAL DOCENTE**

De conformidad con el artículo 64 de la Carta de 1886, existe incompatibilidad para percibir más de una asignación del Tesoro Público, salvo las excepciones previstas en la ley, dentro de las cuales no está consagrada la compatibilidad de dos pensiones de carácter nacional. Según lo dispone el numeral 3o. del artículo 4o. de la Ley 114 de 1913 el disfrute de la "pensión gracia" no obsta para que un docente pueda recibir al mismo tiempo pensión de un departamento, es decir, que para los maestros existe disposición legal que los exceptúa de la prohibición constitucional señalada en el artículo 64 de la Constitución Política anterior cuando dice "salvo lo que para casos especiales determinen las leyes".

PERSONAL DOCENTE DEPARTAMENTAL - Régimen Aplicable. **PENSION DE JUBILACION** - Requisitos. **PRESTACIONES SOCIALES**

Por tratarse de un docente que prestó sus servicios a una entidad territorial, no es dable aplicar el Decreto 1848 de 1969, que rige de manera exclusiva a los empleados y trabajadores del orden nacional. Debe aplicarse, por ende, lo establecido en el literal b) del artículo de la Ley 6a. de 1945 que determina los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 2267 de 1945 que hace extensivo a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la referida Ley 6a. La Ley 43 de 1975 ordena que, a partir de su vigencia, las prestaciones sociales que se causen a favor de los docentes serán atendidas por la Nación, pero no modificó los requisitos legales exigibles para tener derecho a dichas prestaciones. Unicamente la Ley 33 de 1985 comprendió a los docentes de cualquier orden al aludir expresamente en su artículo 1o.

al "empleado oficial" en forma genérica, sin distinguir entre servidores del orden nacional, departamental o municipal. Pero la Ley 33 de 1985 no es aplicable en este asunto, porque el parágrafo 2o. del artículo 1o. preceptúa que para los empleados oficiales que a la fecha de esta ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las normas sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la misma. Y como la disposición que regía para los docentes de orden departamental antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985 era la Ley 6a. de 1945, que en su artículo 17, literal b) dispuso como requisito para percibir pensión de jubiliación , 50 años de edad y 20 años de servicios, condiciones que acredita el actor como se infiere de los propios actos acusados, debe concluirse que el 8 de mayo de 1968, fecha en que cumplió los 50 años edad, adquirió el *status* que le da derecho a percibir la pensión de jubilación.

AJUSTE DE VALOR. Improcedencia. **PRESTACIONES PERIODICAS** - Reajuste

No resulta procedente el ajuste de valor solicitado en la demanda , por tratarse del reconocimiento de una prestación periódica sujeta a los reajustes anuales que ordena la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C, Febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 7191 Autoridades Nacionales. Actor: José Nelson Castaño Salazar.

José Nelson Castaño Salazar, mediante apoderado interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 25 de mayo de 1992.

ANTECEDENTES:

El demandante solicito ante el Tribunal la nulidad de las resoluciones Nos. 09317 del 19 de septiembre de 1989, 004723 de 14 de mayo de 1990 y 5235 del 31 de agosto del mismo año expedidas por la Caja Nacional de Previsión, mediante las cuales se le negó el derecho a la pensión de jubilación departamental a contrato de Caldas; que se declare el derecho que le asiste a la citada prestación, en virtud de contrato celebrado entre la entidad demandada, el departamento de Cal-

das y el Ministerio de Educación Nacional a partir del 8 de mayo de 1988 fecha de cumplimiento del *status* de pensionado y sin que se requiera, demostrar el retiro por ser funcionario docente.

Asimismo, la parte actora pide condenar a CAJANAL a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación, por los servicios prestados a la docencia oficial en el Departamento de Caldas, en cuantía del 75% de los promedios de sueldos, primas y demás adehalas al salario percibidos en el año de cumplimiento del *status* de pensionado con efectos fiscales a partir del 9 de mayo de 1988, día siguiente al cumplimiento de la formalidad de la edad, más los reajustes ordenados por la ley a partir del año de 1989 y los que se causen a la fecha de ejecutoria del fallo o de inclusión en nómina de pensionados; que el derecho demandado con provisión de pago se ordene con cargo a CAJANAL para su efectividad dentro del plazo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A., con el ajuste al valor que determina el artículo 178 *ibidem* y con la consecuencia de que la Tesorería General de la Nación se encuentra obligada a garantizar y hacer efectivo el pago si la entidad de seguridad social no dispone su ejecución dentro del término legal, por la solidaridad de la Nación de los derechos salariales y prestaciones de los funcionarios (folios 10 y 11 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido negó las pretensiones del escrito introductorio (folio 48 *ibidem*).

Manifiesta el *a-quo* que es incuestionable que por medio de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó el servicio de la educación primaria y secundaria oficiales; que una de las consecuencias inmediatas de dicha nacionalización es la de que los educadores adquirieron el carácter de empleados públicos del orden nacional; que perfeccionado el proceso de la nacionalización de la educación el 31 de diciembre de 1980 todas las prestaciones están a cargo de la Nación; que para la fecha de solicitud de la pensión de jubilación el demandante ya había obtenido el carácter de empleado público del orden nacional por trabajar con el Departamento de Caldas y, teniendo tal calidad, las prestaciones sociales como la que se reclama, están regladas por las disposiciones que fijan las prestaciones a los funcionarios del orden nacional y no de acuerdo con el régimen prestacional existente para otros entes territoriales como lo es el departamento; que asiste razón a CAJANAL para negar la pensión solicitada por la condición de empleado nacional del docente cuyas prestaciones están consagradas en el Decreto 1848 de 1969 y demás normas concordantes; que hay que destacar el hecho de que el actor al formular su solicitud el 21 de julio de 1988 tenía una edad de 50 años 1 mes y 13 días, lo cual sig-

nifica que no cumplía con uno de los requisitos exigidos por el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, como la edad de 55 años para el varón y 50 años si es mujer; de lo anterior: concluye que el demandante no adquirió el *status* de pensionado a cargo del departamento con antelación a la nacionalización de la educación a que alude la Ley 43 de 1975; por ende, el actor nunca adquirió dicho *status* en el orden departamental, si se tiene en cuenta que la suma los requisitos para obtener esa prestación se cumplieron cuando había adquirido la calidad de empleado público nacional, es decir, cuando el patrón era una persona distinta al departamento, que para el caso particular es la Nación (folios 45 a 48 *ibidem*).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El apoderado del actor, en el escrito contentivo del recurso de apelación (fl. 51 a 57 *ibidem*) solicita se revoque la sentencia recurrida (folio 57 *ibidem*) manifestando su inconformidad en el hecho de haberse anticipado al fallo a la vigencia de la Ley 91 de 1989, respecto del *status* de pensionado o fecha de cumplimiento de las formalidades de ley del demandante, para acceder a la pensión de jubilación departamental por los sevicios prestados en el sector docente del Departamento de de Caldas; que si bien la Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria oficiales, ella dispuso un proceso de graduación que terminó con la Ley 91 de 1989, la cual comenzó a regir a partir del 1o. de enero de 1990, pasando por los decretos que regularon el proceso de la nacionalización de la educación, la Jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 26 de mayo de 1983, y en la ponencia para segundo debate del proyecto No. 159 de 1989 que originó la Ley 91 del mismo año, apuntan al respeto del régimen prestacional que regía para los docentes al momento de cumplir su *status* de pensionado, modificándose únicamente para los docentes que cumplan dicho *status* a partir de la vigencia de la referida ley; que la variación de condiciones o formalidades sólo se contrae a la creación del nuevo ente de seguridad social, respetándose el régimen jurídico que traía el docente antes de la afiliación forzosa al nuevo organismo, tal como la edad de 50 años y 20 años de servicios para los docentes nacionalizados; que en el caso *sub-exámine* es la Ley 6 de 1945 invocada en la demanda, la que debe aplicar CAJANAL por un compromiso contractual adquirido con el Departamento de Caldas; que mal puede la entidad de seguridad social comprometida por un convenio contractual, modificar los requisitos legales; los actos impugnados lo único que objetan es la situación del actor de contar con 50 años de edad y no con 55, requisito este que no contempla la Ley 6 de 1945, que es el vínculo jurídico soporte del derecho; que el contrato de servicios médico-prestacionale pretende modificar, derogar y desconocer las formalidades establecidas en la Ley 6a de 1945; agrega que la posición de la entidad de seguridad social y la decisión del Tribunal, dejan en el limbo los derechos prestacionales del demandante y de todos

los docentes del Departamento de Caldas que hubieren cumplido la formalidad de los 50 años de edad antes del 29 de diciembre de 1989.

Admitido el recurso de apelación (folio 66 *ibídem*) cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Como se observa en autos, la Caja Nacional de Previsión mediante los actos administrativos acusados denegó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a contrato de Caldas.

Según la resolución No 09317 de 1989, de conformidad con el artículo 64 de la Carta de 1886, existe incompatibilidad para percibir más de una asignación del Tesoro Público, salvo las excepciones previstas en la ley, dentro de las cuales no está consagrada compatibilidad de dos pensiones de carácter nacional; y en el caso *sub-lite* al actor le fue reconocida por resolución 05638 del 25 de mayo de 1989 pensión de jubilación en los términos de la Ley 114 de 1913. De otra parte, las resoluciones Nos. 4723 y 5235 de 1990 al proceder a confirmar la resolución No. 09317, expresan que si bien es cierto que el contrato celebrado entre CAJANAL y el Departamento de Caldas fechado 16 de diciembre de 1968 está vigente, y que el actor acredita más de 26 años de servicio a esta entidad territorial y comprueba haber nacido el 8 de mayo de 1938, el Decreto 1848 de 1969 exige para el reconocimiento de pensión de Jubilación la edad de 55 años de edad si es varón, requisito que no cumple el demandante, norma de acuerdo con la cual se elaboró el referido contrato, siendo procedente aplicar las mismas disposiciones de los afiliados forzosos de CAJANAL a los afiliados facultativos.

Sobre los fundamentos jurídicos que sirvieron a CAJANAL para negar el reconocimiento de pensión de jubilación al demandante en virtud del contrato celebrado con el Departamento de Caldas, a que hacen referencia las resoluciones impugnadas, dirá la Corporación, en primer lugar, que según lo dispone el numeral 3o. del artículo 4o. de la Ley 114 de 1913, el disfrute de la "pensión gracia" no obsta para que un docente pueda recibir al mismo tiempo pensión de un departamento, es decir, que para los maestros existe disposición legal que los exceptúa de la prohibición constitucional señalada en el artículo 64 de la Constitución Política anterior cuando dice "salvo lo que para casos especiales determinen las leyes." Y en el caso *sub-lite* no habría incompatibilidad por esta razón para reconocer al actor la pensión de jubilación solicitada, no obstante gozar de la pensión gracia, pues aquella prestación sería reconocida por CAJANAL en desarrollo del

contrato celebrado con el Departamento de Caldas, en virtud del cual este organismo se obligó a liquidar y pagar a favor de los trabajadores departamentales todas las prestaciones económicas a su cargo, según señala la resolución enjuiciada No. 4723 de 1990 (folio 4 *ibidem*), es decir, que lo que se reconocería en este evento sería una pensión de carácter departamental.

De otro lado, por tratarse de un docente que prestó sus servicios a una entidad territorial, no es dable aplicar el Decreto 1848 de 1969, que rige de manera exclusiva a los empleados y trabajadores del orden nacional. Debe aplicarse, por ende, lo establecido en literal b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 que determina requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 2767 de 1945 que hace extensivo a los empleados y obreros al servicio de los departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la referida Ley 6a.

La Ley 43 de 1975 ordena que, a partir de su vigencia, las prestaciones sociales que se causen a favor de los docentes serán atendidas por la Nación, pero no modificó los requisitos legales exigibles para tener derecho a dichas prestaciones. Únicamente la Ley 33 de 1985, comprendió a los docentes de cualquier orden al aludir expresamente en su artículo 1o. al "empleado oficial" en forma genérica sin distinguir entre servidores del orden nacional, departamental o municipal.

Pero la Ley 33 de 1985 no es aplicable en este asunto, porque el parágrafo 2o. del artículo 1o. preceptúa que para los empleados oficiales que a la fecha de esa ley hayan cumplido 15 años contínuos o discontínuos de servicios continuarán aplicándose las normas sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la misma. Y como la disposición que regía para los docentes del orden departamental antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985 era la Ley 6a. de 1945, que en el artículo 17, literal b) dispuso como requisitos para percibir pensión de jubilación, 50 años de edad y 20 años de servicios, condiciones que acredita el actor como se infiere de los propios actos acusados, debe concluirse que el 8 de mayo de 1988, fecha en que cumplió los 50 años de edad, adquirió el *status* que le da derecho a percibir la pensión de jubilación.

La Sala deberá por tanto revocar la sentencia apelada y, en su lugar acceder a las súplicas del escrito introductorio sin que resulte procedente el ajuste de valor solicitado en la demanda por tratarse del reconocimento de una prestación periódica sujeta a los reajustes anuales que ordena la ley.

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. Revócase la sentencia apelada.

2o. Declárase la nulidad de las resoluciones Nos. 09317 del 19 de septiembre de 1989, 004723 del 14 de mayo de 1990 y 5235 del 31 agosto del mismo año expedidas por CAJANAL, mediante las cuales se negó al señor José Nelson Castaño Salazar el derecho a la pensión de jubilación departamental a contrato de Caldas.

3o. Como consecuencia de lo anterior, se ordena a CAJANAL, en virtud de lo dispuesto en el citado contrato, reconocer y pagar a José Nelson Castaño Salazar, la pensión de jubilación cuya liquidación se hará con base en el sueldo devengado durante el último año en el cual se causó el derecho pensional y a partir del 8 de mayo de 1988, más los reajustes legales correspondientes.

4o. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen. La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de enero de 1995.

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

Myriam C. Viracachá S., Secretaria (E)

FUNCIONARIO DE PERIODO- Remoción. **CONCEJO MUNICIPAL**. Facultades. **CONTRALOR MUNICIPAL. PERIODO**

El Concejo Municipal de Malambo removió al demandante del cargo de Contralor, *motu proprio*, siendo que su período constitucional no había vencido, pues estaba comprendido entre el lo. de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994. "Los Contralores, personeros, tesoreros, auditores y revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión Judicial o de la Procuraduría General de la Nación". De suerte que en el caso de autos el Concejo Municipal no podrá válidamente remover al actor porque no existió la orden Judicial o del Ministerio Público, que así lo ordenara, apartándose entonces de los mecanismos consagrados en la ley, razón por la cual evidentemente se presentó una violación ostensible de la ley en la expedición de los actos acusados, y así la sentencia objeto de la alzada merece por este aspecto ser confirmada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995),

Consejero ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 8651. Asuntos municipales. Actor: Farid Arroyo Herrera

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia de 23 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual accedió a las súplicas incoadas en su demanda por el señor FARID ARROYO HERRERA.

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 al Municipio de Malambo y pidió la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 33 de 29 de agosto y 34 de septiembre 3 de 1992, proferidas por el Concejo Municipal de Malambo; la primera de ellas removió de su cargo de Contralor al demandante, y en la segunda se encargó del cargo a Kelvis Meriño de la Victoria.

Consecuente con lo anterior se solicita el restablecimiento del derecho lesionado, ordenando su reintegro en el cargo de Contralor; junto con el pago de los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones sociales a que tiene derecho desde la fecha en que fue separado del cargo, hasta tanto se le reintegre en el mismo.

Que se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; comunicádose tal determinación a los funcionarios a quienes corresponda .

Como hechos de la demanda narra los que se sintetizan así por la Sala:

El Concejo Municipal de Malambo en sesión del 15 de mayo de 1992, eligió de la terna enviada por el Honorable Tribunal Superior de Barranquilla y Atlántico al actor para el cargo de Contralor, para el período Constitucional del lo. de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

El Doctor Arroyo Herrera tomó posesión del cargo el día 29 de mayo de 1992.

Mediante Resolución No. 33 de agosto 29 de 1992 de la Presidencia del Concejo Municipal se removió del cargo de Contralor al demandante y se encargó del mismo a Jaime Morales García, hasta tanto esa Corporación eligiera en propiedad su reemplazo.

Por Resolución No. 34 de 3 de septiembre de 1992 proveniente del mismo Concejo Municipal, se encarga de la Contraloría al señor Kelvis Meriño, por no haber aceptado el Dr. Morales García.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas con los actos acusados se citan: Artículo 103 del Decreto Ley 1333 de 1986.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento le puso fin a la primera instancia (fls. 70-76), declarando la nulidad de los actos acusados y ordenando el reintegro del actor al cargo de Contralor de Malambo, junto con el pago de los salarios dejados de percibir.

El *a-quo* fundamentó la anterior decisión en la violación del precepto de carácter nacional y de mayor jerarquía consagrado en el artículo 103 del Código de Régimen Municipal que establece que los Contralores nombrados en legal forma para el respectivo período Constitucional sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento por Orden Judicial o del Ministerio , cosa que no ocurrió en el *sub-exámine*.

EL RECURSO

Contra la providencia del *a-quo* interpusieron recurso de apelación por intermedio de Procurador Judicial el Presidente del Concejo Municipal (fl. 109) de Malambo; a folio 115 lo hizo el Contralor Municipal de Malambo. Empero el Tribunal mediante proveído de 4 de agosto de 1993 (fl. 98 y ss.) consideró que el medio de impugnación solo debía concederse al señor Alcalde Municipal de Malambo, con las razones que allí se indican.

A folio 91 del informativo se encuentran la sustentación del recurso que se admitió y el cual persigue que revoque la sentencia en todas sus partes y en su lugar se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se decrete la caducidad de la acción incoada por el demandante.

Esta nulidad la hace consistir en que el artículo 131 del C.C.A. en su numeral 6o. determina que en todo proceso de restablecimiento del derecho por retiro del servicio, en la demanda se debe señalar la asignación mensual del cargo ocupado como cuantía de la demanda y para determinar las instancias. Este requisito no se cumplió, y debe rechazarse conforme en el artículo 143 *ibídem*.

En igual sentido el artículo 137 del C.C.A. indica que en toda demanda ante lo contencioso administrativo deben señalarse las partes y sus representantes, pero en la demanda el actor no señaló contra quienes está dirigida y mucho menos ordenó tener como parte demandada al Concejo Municipal de Malambo ni a su representante legal, por lo que no se impetró en debida forma el contradictorio, lo que constituye causal de nulidad conforme con los numerales octavo y noveno del artículo 140 del C.P.C.

En igual sentido se omitió el trámite de la etapa de conciliación lo que genera igualmente nulidad.

EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación, en el escrito que corre a folios 116- 120, sostiene que la legalidad de los actos acusados logró ser desvirtuada, debiéndose en consecuencia acceder a las súplicas de la demanda, confirmando la sentencia apelada.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Aunque la demanda no es un modelo de técnica, la Sala encuentra que en realidad su redacción sí permite deducir contra quién se dirige y cuáles son las pretensiones que persigue. Por esta razón los planteamientos hechos por la parte demandada resultan en extremo formalistas y no pueden llegar a configurar una nulidad como la planteada. Así pues, procede el estudio de fondo.

En lo que tiene que ver con el sueldo devengado por el actor para efectos de cuantía y fijar la competencia observa la Sala que a folio 27 obra certificación en tal sentido, por lo que la nulidad propuesta no es de recibo .

Basta agregar que no encuentra la Sala justificación para que la entidad demandada presente tales argumentaciones en esta etapa procesal, con la única finalidad de soslayar un pronunciamiento de fondo en esta instancia, sobre la base de una nulidad inexistente.

Este razonamiento es ilógico, con el cual la Sala no puede estar de acuerdo porque entraña un procesalismo exagerado.

En concordancia con lo anterior la Sala entra al estudio de fondo de la cuestión planteada a continuación.

Las pruebas obrantes en autos demuestran lo siguiente:

1. Que el Tribunal Superior de Barranquilla envió al Presidente del Concejo Municipal el Oficio No. 1348 (fl. 14), del siguiente literal:

"Comunico a usted que este Tribunal Superior, en Sala Plena, mediante ACUERDO No. 1939 de la fecha, escogió las siguientes personas para integrar la terna de los candidatos a CONTRALOR MUNICIPAL de MALAMBO;

FARID ARROYO HERRERA

LIBARDO PEREZ TAPIAS".

2. Que con fecha mayo 15 de 1992 (folio 7 el presidente y secretario del H. Concejo Municipal de Malambo comunican al actor que mediante Acta No. 118 de mayo 15 de 1992 fue elegido Contralor Municipal para el período constitucional próximo.

3. Que con fecha 29 de mayo de 1992 el Dr. Arroyo tomó posesión del cargo de Contralor (fl. 8) para el período constitucional del primero de junio de 1992 al 31 de diciembre de 1994.

4. Que mediante Resolución No. 33 de 29 de agosto de 1992, (fl. 2) el Concejo Municipal de Malambo, removió del cargo de Contralor a Farid Arroyo H., designando en su reemplazo a Jaime Morales García, hasta tanto la Corporación eligiera en propiedad.

5. Que el mismo Concejo Municipal como el señor Morales García no aceptó la designación, profirió la Resolución No. 34 de fecha 3 de septiembre de 1992, nombrado como Contralor Interno a Kelvis Meriño (fl. 3) quien fue encargado en esa fecha.

Dedúcese de lo anterior que ciertamente el Concejo Municipal de Malambo removió a Farid Arroyo del cargo de Contralor, *motu proprio* , siendo que su período Constitucional no había vencido, pues estaba comprendido entre el 1o. de junio de 1992 y el 31 de 1o. de 1992 y el 31 de diciembre de 1994.

Sobre el particular precisa observar que el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986 preceptúa:

"Los contralores, personeros, tesoreros, auditores y revisores que ejerzan el cargo en propiedad, sólo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento de su período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación".

De suerte que en el caso de autos el Concejo Municipal no podía válidamente remover al actor porque no existió la orden judicial o del Ministerio Público, que

así lo ordenara, apartándose entonces de los mecanismos consagrados en la ley, razón por la cual evidentemente se presentó una violación ostensible de la ley en la expedición de los actos acusados, y así la sentencia objeto de la alzada merece por este aspecto ser confirmada

Empero, observa la Sala que la fundamentación del *a-quo* para disponer el reintegro del actor al mismo cargo (Contralor Municipal) obedece al hecho de que la sentencia se produjo el 23 de junio de 1992, cuando aún no había vencido el período Constitucional para el cual había sido legalmente nombrado, (lo. de junio de 1992 a 31 de diciembre de 1994). Pero como al momento de denotar la alzada este período ya venció, no es posible hacer efectivo el reintegro, en consecuencia la sentencia por este aspecto debe ser revocada confirmándose en lo demás.

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:

Confirmanse los numerales 1, 4, 5 de la sentencia proferida el veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Revócase el numeral 2 de la misma providencia.

Modificase el numeral 3 en el sentido de que el pago de los salarios dejados de percibir será hasta la fecha en que terminó el período, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1994.

Negar las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese notifiquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de día 2 de febrero de 1995.

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

Myriam C. Viracachá S. Secretaria (e)

CARRERA JUDICIAL. VACIO NORMATIVO - Inexistencia. **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia. **CONCURSO DE MERITOS**

El planteamiento del actor no concuerda con la realidad y así no puede colegirse que haya evidente contradicción entre el acuerdo acusado y las normas invocadas, aunque en verdad sea a la ley a la que corresponde fijar lo concerniente a la carrera judicial y que sea a la ley a la que toca determinar los requisitos mínimos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, los que sirven para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, así como lo atinente a las equivalencias, las cuales, una vez determinadas por la ley no pueden ser desconocidas en ningún concurso.

Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Referencia.: Expediente No. 11066. Autoridades Nacionales. Actor: Efraín Izquierdo Izquierdo.

El ciudadano EFRAIN IZQUIERDO IZQUIERDO ha formulado demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el acuerdo No. 160 de 1994 -29 de noviembre- expedido por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (SALA ADMINISTRATIVA) "por el cual se convoca a un concurso de méritos". En el mismo libelo, impetra la suspensión provisional del acto acusado, al estimar que viola, entre otros, los artículos 6, 113, 125 150,152b, 256 y 257 de la Constitución.

I

Como la demanda reúne los requisitos formales señalados en los artículos 137, 138 y 139 del C.C.A., habrá de admitirse.

II

En cuanto atañe a la suspensión provisional, la Sala cree necesario considerar lo siguiente:

1. Al tenor del art. 152 del C.C.A., para que proceda la suspensión de un acto administrativo es menester que se den los requisitos que a continuación se enumeran:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida;

b) Que si se trata de un acción de nulidad -como es la *sub-lite* "basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa de la misma o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud"

No hay duda alguna acerca del cumplimiento de la primera condición, por cuanto el libelista dedica amplio capítulo -III- para señalar las razones en apoyo de su solicitud. Argumenta así al respecto luego de precisar que hay manifiesta violación del art. 125 de la Constitución:

"En efecto: esta disposición estatuye que el ingreso a los cargos de carrera -incluyendo los de la rama judicial- se hará , **previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes**".

La mencionada Sala invocando, en abstracto, sus facultades constitucionales y legales, a sabiendas de que no ha sido dictada ley reguladora de la carrera judicial mediante el Acuerdo que pido suspender y que no puede suplantar a la ley, convoca un concurso de méritos para proveer en propiedad algunos cargos de carrera en Corporaciones y Despachos judiciales.

¿Sin existir la ley que fije los requisitos y condiciones que deban aplicarse para verificar las calidades legales y los méritos del aspirante cómo el convocado por el Acuerdo que pide suspender provisionalmente?

La sola confrontación del Acuerdo No. 160 con el Artículo 125 citado en la parte transcrita, deja en evidencia el manifiesto desacato a la norma que condiciona los concursos de méritos a regulación legal previa.

De otra parte, nótese que el contenido del acuerdo No. 160 no es otra cosa que el señalamiento de los requisitos y condiciones para calificar las calidades

y méritos de los aspirantes, esto es, las disposiciones que ha debido dictar el Congreso bajo forma de ley, previamente."

Remata el mencionado capítulo agregando que el Acuerdo No. 160 también viola ostensiblemente los art. 256 y 257 de la Carta en cuanto sujeta el ejercicio de todas sus competencias -las del Consejo Superior de la Judicatura previa expedición de ley.

Acerca de la segunda condición, es decir si hay suficiente fundamento jurídico, de manera manifiesta de que se ha infringido una de las normas invocadas por el libelista, se impone la confrontación directa o mediante el documento público aducido con la demanda ("Gaceta de la Judicatura", órgano oficial de la Corporación expedidora del Acuerdo 160, Vol. 1 No. 15 - Noviembre 30 de 1994 -pag. 19 a 33 - (fols. 11 a 18).

2o. Sea lo primero indicar que no comparte la Sala la apreciación del demandante de que no existe ley o normatividad legal que rija lo atinente a la carrera judicial. Queda decir que sobre este aspecto ya tuvo ella ocasión de analizar lo atinente al "estatuto de la carrera judicial" cuando por autos de 15 de abril y de 5 de Septiembre da 1994 se suspendieron totalmente el acuerdo No. 87 de 1993 y parcialmente los acuerdos No. 034 y No. 052 de 1994, emitidos también por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, precisamente porque sin duda alguna esa ley lo es en la actualidad el Decreto 52 de 1987 y las demás que lo complementan o modifican.

De manera que el planteamiento del actor no concuerda con la realidad y así no puede colegirse que haya **evidente contradicción** entre el acuerdo acusado y las normas invocadas, aunque en verdad sea a la ley a la que corresponde fijar lo concerniente a la carrera judicial y que sea a ley a la que toca determinar los requisitos mínimos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, los que sirven para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, así como lo atinente a las equivalencias, las cuales, una vez determinadas por la ley no pueden ser desconocidas en ningún concurso.

3.- Como se observa para determinar si el acto acusado quebranta el artículo 125 de la Carta, citado como fundamento de la solicitud de suspensión provisional, habría que cotejar el Acuerdo con las disposiciones de la ley, lo que es imposible en este momento procesal ante la ausencia de señalamiento de las mismas en el capítulo respectivo.

En mérito de lo expuesto, SE RESUELVE:

I. ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano Efraín Izquierdo Izquierdo en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad. En consecuencia, SE DISPONE:

A) Notifíquese personalmente el presente auto admisorio al señor Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, a la Directora de Administración Judicial y al Procurador Delegado ante esta corporación.

B) No se decreta la constitución del depósito de que trata el ordinal 4 del art. 207 del C.C.A. por no haber lugar a ello.

C) Fíjese en lista por el término de 5 días para su contestación y demás efectos pertinentes.

II. DENIEGASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del acuerdo 160 de 1994 expedido por la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en día 24 de febrero de 1994.

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

Myrian C. Viracachá Sandoval. Secretaria (E)

CONVENCION COLECTIVA - Modificación. **DERECHO DE DENUNCIA. SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

Es obvio que cuando la disposición dice "AUN CUANDO LA DENUNCIA SOLO HUBIERE SIDO PRESENTADA POR UNA DE LAS PARTES" y menciona al tribunal de arbitramento, se trata de una hipótesis en la que este organismo ha sido convocado en legal forma, esto es, dentro de un conflicto colectivo originado por un Pliego de peticiones y la consecuente denuncia de los trabajadores. Es claro que una interpretación diferente sólo podría partir del desconocimiento flagrante del derecho de esos trabajadores a plantear el conflicto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda
Santa Fe de Bogotá, D. C., Febrero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 10582. Decretos del Gobierno. Actor: Héctor Justino Jaramillo Ulloa.

El ciudadano Héctor Justino Jaramillo Ulloa presenta demanda, en su propio nombre, para solicitar la nulidad parcial del artículo 48 del Decreto Reglamentario No. 692 del 29 de marzo de 1994, expedido por el señor Presidente de la República, mediante el cual se reglamenta el inciso 3o. del artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Por cuanto la demande reúne los requisitos legales, se admite, y por ende, se dispone:

1o.) Notifíquese la presente providencia al demandante, al señor Ministro de Gobierno, al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Ministerio Público.

2. Fíjese el negocio en lista para los fines a que haya lugar.

Ahora bien, como el actor plantea, de igual manera, la suspensión provisional de la norma acusada, se procede a resolver sobre dicha petición, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La disposición cuya suspensión se pretende reza así:

"**Artículo 48- MODIFICACION DE CONVENCIONES COLECTIVAS**. Con el objeto de armonizar las convenciones o pactos colectivos de trabajo a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, los trabajadores y empleadores podrán ejercer el derecho de denuncia que les asiste y el tribunal de arbitramento, si se llegare a convocar tendrá la facultad de dirimir las diferencias, **AUN CUANDO LA DENUNCIA SOLO HUBIERE SIDO PRESENTADA POR UNA DE LAS PARTES**, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de dicha ley." (La frase destacada aparece así en la demanda)

A su turno, la norma legal contempla lo que se transcribe:

"**Artículo 11. -Campo de Aplicación**. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

Los argumentos que plantea el demandante en el acápite respectivo de su demanda, señalan lo siguiente:

"Como puede colegirse de la simple confrontación de los preceptos vulnerados específicamente los incisos segundo y tercero del artículo 11 de la Ley

100 de 1993 y 458 del C.S. del T., en relación con las normas constitucionales indicadas en la censura y el artículo 48 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, es manifiesta la infracción de esta última disposición a las primeras.

En efecto, el artículo 48 acusado, al establecer competencia a los tribunales de arbitramento que dirime los conflictos colectivos de trabajo "...CUANDO LA DENUNCIA SOLO HUBIERE SIDO PRESENTADA POR UNA DE LAS PARTES..."esta (sic) agregando y/o (sic) adicionando una condición no prevista por el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 y adicionalmente reformando el artículo 458 del C.S. del T como expresada claridad lo tiene reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia.

En fundamentación de la solicitud de suspensión provisional ruego al despacho tener en cuenta tanto la transcripción de las normas violadas, como la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (sic) incorporadas en la parte principal de la demanda.

Igualmente tener presente que la vigencia de la norma acusada a lo único que conduce es al incremento de la inseguridad jurídica sobre un punto que la jurisprudencia autorizada del país ya tiene dilucidado para beneficio y armonía en las relaciones laborales; todo lo cual aconseja en prevención de innecesarias controversias laborales la suspensión respetuosamente pedida."

Es sabido que la negociación colectiva es un derecho de las partes involucradas en el conflicto colectivo de trabajo, a saber, trabajadores y empleadores, que tiene hoy consagración constitucional.

Cuando el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 dice, en sus incisos segundo y tercero, que se respetarán los derechos adquiridos sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y "que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes ", es obvio que no puede entenderse que esa actuación del tribunal arbitral pudiese tener lugar cuando los trabajadores no han dado nacimiento al conflicto a través de dicho mecanismo, o lo que es mejor, en aquellos casos en que únicamente el empleador intentara provocar el conflicto, sin que los trabajadores lo hagan o estén de acuerdo con ese proceso.

En cuanto a la iniciación del conflicto colectivo, es sabido que es privilegio exclusivo de los trabajadores. Es decir, que el empleador no puede darle nacimiento al proceso de negociación colectiva en forma unilateral.

Empero, del tenor del acto acusado, cuya suspensión se invoca, no se desprende que el reglamento desconozca esa realidad; por el contrario, considera la

Sala que es obvio que cuando la disposición dice "AUN CUANDO LA DENUNCIA SOLO HUBIERE SIDO PRESENTADA POR UNA DE LAS PARTES" y menciona al tribunal de arbitramento, se trata de una hipótesis en la que este organismo ha sido convocado en legal forma, esto es, dentro de un conflicto colectivo originado por un pliego de peticiones y la consecuente denuncia de los trabajadores. Es claro que una interpretación diferente sólo podría partir del desconocimiento flagrante del derecho de esos trabajadores a plantear el conflicto.

En síntesis, de la simple corporación de las normas en comento, o sea la del artículo 11 de la Ley 100 de 1993 y la del 48 del Decreto 692 de 1994 - en la parte objeto de censura-, no se desprende una violación "*prima facie*" de la primera de ellas por parte de la segunda, y en ese orden de ideas no es procedente la medida provisoria deprecada.

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

RESUELVE;

No se decreta la suspención provisional de la frase "AUN CUANDO LA DENUNCIA SOLO HUBIERE SIDO PRESENTADA POR UNA DE LAS PARTES" contenida en el artículo 48 del Decreto Reglamentario 692 del 29 de 1994.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 2 de febrero de 1995.

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

Myrian C. Viracachá Sandoval, Secretaria.

Expedición No. 10582 - Decretos del Gobierno- Actor: Héctor Justino Jaramillo Ulloa.

SENA- Régimen Disciplinario. **FUNCIONARIO DEL SENA. PROCESO DISCIPLINARIO. NORMA GENERAL-** Aplicación. **NORMA ESPECIAL-** Pérdida de Vigencia. **DECAIMIENTO DEL ACTO. DECRETO LEY-** Inexistencia. **DECRETO EJECUTIVO-** Improcedencia.

Las normas que debían gobernar el proceso disciplinario adelantado en contra del accionante eran las señaladas por la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 y no el Estatuto de personal del SENA, Decreto 2464 de 1970. Es evidente que con la expedición de la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, perdieron vigencia algunos estatutos disciplinarios especiales, toda vez que al determinarse tanto en el parágrafo del art. 1 de la citada Ley 13 como en el art. 1 del Decreto Reglamentario 482, que el régimen disciplinario allí previsto no se aplicará a los funcionarios que en esta materia se encuentran regulados por leyes o decretos especiales, sólo continuaron en vigor los estatutos disciplinarios expedidos por las leyes o decretos especiales y debe entenderse por decretos especiales sólo las disposiciones con fuerza de la Ley, pues ello guarda congruencia con lo que preceptuaba la anterior Carta Política, art. 62, y con lo señalado en la Constitución que nos rige, art. 124, según los cuales es atribución exclusiva de la Ley señalar la responsabilidad de los funcionarios públicos y el procedimiento para hacerla efectiva. Por manera que la excepción que dispuso la Ley 13 de 1984, no puede ser extendida a los funcionarios del SENA, así el Decreto 2464 de 1970 hubiera consagrado en uno de sus acápites el régimen disciplinario de sus empleados, porque tal normativa no tiene la fuerza de la Ley, pues se trata de un decreto ejecutivo, aprobatorio del acuerdo No. 130 de 1969 del Consejo Directivo Nacional del SENA.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia Expediente No. 7669. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia.
Actor: Víctor Julio Toro Ajiaco

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Tribunal Administrativo del Meta, el 28 de septiembre de 1992.

ANTECEDENTES

1.- El actor, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de las resoluciones Nos. 00285 de agosto de 1990 y 000385 de noviembre 1o. del mismo año, proferidas por el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje " SENA", Dirección Regional Meta y Orinoquía, por las cuales se le destituyó del cargo de Instructor T.C., Grado 03 en la Unidad de Territorios Nacionales y se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra el proveído sancionatorio. A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, al pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar por el acto acusado, ajustado según el índice de precios al consumidor en el momento en que se produzca el respectivo pago.

2.- Alega el accionante que el proceso disciplinario adelantado en su contra se hizo con pretermisión de las normas señaladas en el Decreto 2464 de 1970 -Estatuto de Personal del Sena- y con violación de su derecho de defensa. Aduce que le fueron aplicadas las normas del Decreto 482 de 1985 y la Ley 13 de 1984 que no rigen para los funcionarios del Sena, por tener un régimen especial como es el señalado en el Decreto 2464 de 1970.

3.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifiesta que el Decreto 2464 de 1970 que según el libretista ha debido aplicarse fue derogado tácitamente por la Ley 13 de 1984. Expresa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo cambió los lineamientos jurisprudenciales que había mantenido sobre la vigencia del Decreto 2464, para concluír que los aspectos disciplinarios de los funcionarios del Sena se rigen la citada Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985. Dice además que obran en el plenario las etapas que se surtieron para sancionar al actor, por lo que no puede hablarse de violación del derecho de defensa.

4.- El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Consideró que el Decreto 2464 de 1970 que aprobó el Acuerdo del Consejo Directivo Nacional del Sena

contentivo del Estatuto de personal de la entidad, en lo que respecta a la materia disciplinaria fue derogado implícitamente por la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, porque no obstante que se estableció que dichas normas no eran aplicables a los funcionarios que tuvieran un régimen especial consagrado por leyes o decretos especiales, tales decretos deben tener la categoría de decreto ley y no como en el caso del Sena, cuyo aspecto disciplinario está consagrado por el citado Decreto 2464 que es de carácter administrativo. Dice el *a quo* que sería contrario al ordenamiento jurídico entender como predominante un decreto administrativo sobre un mandato legal; que por eso el régimen aplicable en el *sub lite* es el señalado en la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985.

Expresó además el Tribunal, luego de analizar las pruebas obrantes en el proceso, que no fue conculcado el derecho de defensa del encartado y que el hecho de no haberse recepcionado sino tres declaraciones de las seis solicitadas se entiende como una decisión acertada del funcionario instructor del disciplinario, porque resulta válido creer que la recepción de los otros testimonios no variarían la contundencia de las otras probanzas allegadas. Finalmente, dice que el *a quo* que no existe falsa motivación por el hecho de que no se relató fehacientemente lo ocurrido en la comisión de personal, ya que el concepto de comisión no tiene el carácter de obligatorio para la decisión administrativa y por lo tanto la anomalía advertida no es suficiente para quebrantar los actos demandados.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Insiste el accionante en los planteamientos formulados en su libelo. Manifiesta que el Decreto 2464 de 1970 está vigente, toda vez que no ha sido objeto de inconformidad con ordenamientos superiores; que dicha norma ha debido ser la ley reguladora del proceso disciplinario seguido en su contra. Alega además que el proceso disciplinario que le siguió tuvo una serie de irregularidades que llevaron al desconocimiento del debido proceso, porque el funcionario nombrado como investigador con antelación había tenido conocimientos de la presunta falta, violando, en su sentir, la garantía de imparcialidad que debe observarse en los juzgamientos disciplinarios; que además le fue desconocido el derecho de defensa, como quiera que no se practicaron algunas de las pruebas que solicitó en su debida oportunidad. Finalmente argumenta que no se integró la Comisión de Personal ni rindió el concepto sobre la medida sancionatoria, en los términos que ordenaba el citado Decreto 2464 de 1970.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

En primer lugar ha de decir la Sala que comparte la conclusión a que llegó el *a quo* de que las normas que debían gobernar el proceso disciplinario adelantado en contra del accionante eran señaladas por la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 y no el Estatuto de Personal del SENA, Decreto 2464 de 1970.

Es evidente que con la expedición de la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, perdieron vigencia algunos estatutos disciplinarios especiales, toda vez que al determinarse tanto en el parágrafo del artículo 1o. de la citada Ley 13 como en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario de 482, que el régimen disciplinario allí previsto no se aplicará a los funcionarios que en esta materia se encuentren regulados por leyes o decretos especiales, sólo continuaron en vigor los estatutos disciplinarios expedidos por leyes o decretos especiales y debe entenderse por decretos especiales sólo las disposiciones con fuerza de ley, pues ello guarda congruencia con lo que preceptuaba la anterior Carta Política. artículo 62, y con lo señalado en la Constitución que nos rige, artículo 124, según los cuales es atribución exclusiva de la ley señalar la responsabilidad de los funcionarios públicos y el procedimiento para hacerla efectiva.

Por manera que la excepción que dispuso la Ley 13 de 1984, no puede ser extendida a los funcionarios del Sena, así el Decreto 2464 de 1970 hubiera consagrado en uno de sus acápites el régimen disciplinario de sus empleados, porque tal normativa no tiene la fuerza de ley, pues se trata de un decreto ejecutivo, aprobatorio del acuerdo No. 130 de 1969 del Consejo Directivo Nacional del SENA.

Ha de concluirse entonces que estuvo bien invocado por la administración el régimen aplicable al encartado en el proceso disciplinario que se rituó, por lo que frente a dichas normas se estudiará el cargo de violación del debido proceso alegado por el accionante.

Pues bien, del estudio del plenario no encuentra la Sala que se hubiera desconocido el debido proceso por el hecho de que en la Sub comisión de Personal según da cuenta el acta No. 031 de agosto 28 de 1990 (Fl. 21 cdno. 2) sus miembros se dividieran para recomendar por una parte, la reconsideración del procedimiento adelantado en contra del exfuncionario y la calificación de la falta, y por otra, la imposición de sanción teniendo en cuenta la gravedad de la falta, ya que el artículo 49 del Decreto 482 de 1985 lo que impone es que el asunto pase por la Comisión de Personal, no que se obtenga unanimidad en la recomendación.

Tampoco encuentra la Sala falsa motivación de los actos acusados por no relatar fehacientemente lo ocurrido en la reunión de la Comisión de Personal, porque aun cuando en la resolución 0285 se tomó la recomendación de los representantes de la entidad como si fuere de la Comisión en pleno, en la Resolución 0385 que resolvió el recurso de reposición se hizo la respectiva aclaración. Por lo demás, el concepto de la Comisión de Personal, no es obligatorio, por lo que bien podía la administración acoger una de las dos recomendaciones sin infringir la ley y la sanción de destitución se fundamentó en la apreciación de la administración de que estaban probados los hechos imputados y de que éstos constituían falta grave, de manera que no puede predicarse el vicio de falsa motivación.

No se da la violación del derecho de defensa por no haberse recepcionado la totalidad de los testimonios solicitados por el encartado, pues ciertamente como lo manifestó el funcionario instructor en documento que aparece visible a folio 37 cdno, 2, las probanzas que habían recopilado demostraban plenamente el hecho de su ausencia al trabajo, sin mediar justa causa, ya que son coincidentes las declaraciones que obran a folios 50, 55 y 58 del cuaderno No. 2 sobre el hecho de que al encartado no se le concedió permiso para que abandonara su lugar de trabajo en los días cuestionados. Además, el mismo exfuncionario acepta su ausencia, sin que obre causa justificada de su inasistencia, como que los motivos alegados resultaron contrarios a las evidencias que dió cuenta el plenario, pues la entidad no le había autorizado tomarse los días compensatorios como alegó, ni verbalmente le concedió permiso, la supuesta enfermedad de su esposa no fue probada y resultó contrario a la verdad la asistencia a la asamblea seccional de Coopsena, como lo certifica dicha cooperativa (fl. 44 cdno. 2).

Pero además, el encartado a sabiendas de su inasistencia, completó las planillas de horario y de asistencia de los alumnos en los días de ausencia, suministrando a la entidad información contraria a la realidad.

Acertado estuvo el ente sancionador al calificar la falta del infractor cuando expresó:

> "... Con el abandono del lugar de trabajo, por parte del funcionario, se produce desatención a los alumnos y de los compromisos del SENA, lo cual causa serios perjuicios a la Institución y deterioran las relaciones con la comunidad y las demás Entidades con las cuales trabaja el SENA.
>
> El señor Toro Ajiaco niega la comisión de la falta y solicita pruebas testimoniales, que al tomarlas confirman la falta cometida.

Preparó en forma deliberada y premeditada la comisión de la falta, al registrar información sobre asistencia de alumnos en el "Informe Mensual del Docente" (fl. 27 y 28 cdno. 2)"

El abandono del cargo, debidamente comprobado es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio público que puede ser objeto de sanción, si por éste se perjudicó el servicio, como sucedió en el *sub lite*, en donde se comprobó plenamente que la inasistencia del encartado afectó, como dijo la entidad demandada, a los alumnos que se vieron desatendidos y deterioró la buena imagen de la entidad frente a la comunidad y a las empresas con las cuales ésta trabaja.

la actitud asumida por el accionante de que da cuenta el proceso disciplinario, ameritaba la sanción que se le impuso, ya que en verdad la actuación que desplegó no podía menos de considerarse como falta grave, como quiera que el hecho de alterar los documentos públicos que puedan servir de prueba, de conformidad con lo preceptuando en el artículo 48 del Decreto 482 de 1985, da lugar a la aplicación de la sanción de destitución.

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

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) en el proceso instaurado por VICTOR JULIO TORO AJIACO.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del nueve(9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995) y se ordenó su publicación.

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

Miriam C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

Expediente 7669. Actor: Víctor Julio Toro Ajiaco.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia. **CONCEPTO DE LA VIOLACION. CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA. CONCURSO DE MERITOS. EXPERIENCIA JUDICIAL**

Para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma manifiesta de normas superiores de derecho. Es necesario no sólo que en la solicitud se concreten las normas que de alguna manera se consideran infringidas, sino que, además, el por qué de cada afirmación. Pues de no hacerse así, la petición de la referida medida no puede prosperar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá. D.C. marzo primero (1) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia Exp. 10341. Actor: Orlando Bernal Morales. Autoridad Nacional.

ORLANDO BERNAL MORALES, en su condición de ciudadano colombiano, en ejercicio de la "acción ciudadana", demanda de esta Corporación la nulidad, previa suspensión provisional, del Acuerdo No. 70 de 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se convoca a un concurso de mérito destinado a la conformación del Registro Nacional en el cual las Salas administrativas de los consejos Seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos para la provisión de los mismos...

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En un capítulo del libelo demandatorio solicita la suspensión provisional del acuerdo demandado, aduciendo que desconoce el artículo 256-2 de la C.N., el Decreto 052 de 1987 y el artículo 2o., de la Ley 27 de 1992, por cuanto la elaboración de la lista de candidatos debe ceñirse a la ley, pues, dice, "tiene prevalencia similar la entrevista y el examen de conocimientos y no se le reconoce la preponderancia valorativa a la experiencia judicial y finalmente se desconoce el respecto que se debe tener a la normalidad del estatuto de carrera para la conformación final de la lista de candidatos...

CONSIDERACIONES

No tiene la solicitud de la medida de la precautoria el perfil que la jurisprudencia de la Corporación ha reiterado en relación con lo estauido en el artículo 152 del C.C.A., que regula dicha petición.

No se indica cuál o cuáles de los 19 artículos que integran el Título III del Decreto 052 de 1987, sobre el "Proceso de selección e ingreso" a la carrera, son los que concretamente se estiman vulnerados. Como tampoco se señala cuál o cuáles de las numerosas reglas que conforman aquel Acuerdo, lo que le dan al cargo un carácter genérico que es por sí rasgo suficiente para desecharlo, toda vez que la Sala ha reiterado que para que pueda prosperar la solicitud de suspensión provisional no basta con afirmar genéricamente que los actos acusados son violatorios en forma manifiesta de normas superiores de derecho. Es necesario no solo que en la solicitud se concreten las normas que de alguna manera se consideran infringidas, sino que , además, el porqué de cada afirmación, pues de no hacerse así, la petición de la referida medida no puede prosperar.

Al expresar el accionante que no se reconoce en el Acuerdo 70 la providencia valorativa a la experiencia judicial, es de suponese que está aludiendo al artículo 30 del Decreto 052, el cual preceptúa que "En la calificación de antecedentes la experiencia judicial tendrá valor preponderante, según escala de puntaje que establezca el Consejo Superior de la Administración de Justicia", contenido que para apreciarse en su justo alcance sería necesario interpretarse en relación con las demás disposiciones que regulen y valoren los aspectos referentes a "antecedentes", lo que implica la avocación de las demás disposiciones que completen los aspectos relacionados con "antecedentes" que aun con señalamiento de las normas pertinentes, lo que en la petición no se ha hecho, sólo es procedente hacerlo en la sentencia, mas no en esta etapa del proceso.

En estas circunstancias, la solicitud no tiene ninguna vocación de prosperidad.

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

RESUELVE:

1) ADMITESE la demanda presentada por el cuidadano ORLANDO BERNAL MORALES contra el Acuerdo 70 de 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, dispone:

a) NOTIFIQUESE personalmente al Director Nacional de Administración Judicial y a la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado. Entrégueseles sendas copias de la demanda y sus anexos.

b) FIJESE el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.

c) SOLICITESE a la autoridad que expidió el acto acusado, los antecedentes del mismo. Término, quince (15) días.

2) DENIEGASE la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Discutida y aprobada por Sala en sesión celebrada el día veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Myriam C Viracachá Sandoval, Secretaria (E).

CONTRALOR MUNICIPAL - Elección. **REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO** - Improcedencia. **PERIODO LEGAL. REINTEGRO**- Improcedencia

El Concejo Municipal no estaba facultado para revocar el nombramiento ya comunicado porque se vulnera ostensiblemente la preceptiva del artículo 127 del Código de Régimen Municipal. Empero como el período para el cual había sido nombrado Rodríguez Ochoa era 1991-1992 con vencimiento diciembre 31 de 1992, no es posible acceder a la solicitud de reintegro al cargo porque el derecho lesionado se limita al período legal, y además porque en este momento ya ha vencido, y sería entrar a desconocer los actos mediante los cuales el Concejo Municipal haya provisto el cargo con posterioridad al 31 de diciembre de 1992, que son ajenos al litigio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo tres(3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia Expediente No. 8077. Asuntos Municipales. Actor: Eugenio Rodríguez Ochoa.

Corresponde a la Sala desatar en esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 3 de febrero de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se declaró inhibido para conocer del fondo del asunto planteado, por ineptitud de la demanda.

LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (fl. 47-60) se impetra la nulidad del Acta No. 039 que recoge la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Tunja, correspondiente al

día 22 de noviembre de 1990, en la parte que revocó la elección del actor como Contralor Municipal de Tunja.

Que como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare vigente la elección de Rodríguez Ochoa como Contralor Municipal de Tunja para el periodo legal en curso (1991-1992) e igualmente que se declare que queda habilitado para tomar posesión del cargo de Contralor Municipal; que se condene al municipio a reconocer liquidar y pagar los sueldos, primas, bonificaciones, gastos de representación incrementos salariales del cargo y cualquier otro emolumento o prestación salarial que llegare a reconocerse al cargo de Contralor Municipal.

Declarar que para los efectos de prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados. Y por último que el Municipio está obligado a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por el artículo 176 del C.C.A. y que reconocerá los intereses de que trata el artículo 177 *ibídem*.

Como hechos que sustentan las pretensiones de la demanda se narran los siguientes: el Honorable Concejo Municipal de Tunja en sesión ordinaria del día 13 de noviembre de 1990, eligió al actor para el cargo de Contralor Municipal, en cumplimiento de la citación que para tal efecto hizo la mencionada Corporación. Con fecha 15 de noviembre de 1990, el Secretario General del Concejo Municipal de Tunja le comunicó al señor Eugenio Rodríguez su designación para el período legal 1991-1992 diciéndole que manifieste a la Corporación si acepta la honrosa distinción. Con fecha 16 de noviembre de 1990, el Contralor electo dirigió a los miembros del Concejo Municipal una comunicación en la cual manifiesta que acepta el cargo.

Intempestivamente sin existir un fundamento legal o jurídico en torno al nombramiento del demandante, al Concejo Municipal en sesión verificada el 22 de noviembre de 1990, por medio de la proposición No. 1 presentada por un grupo de concejales, que fue aprobada revocó la elección hecha a Rodríguez Ochoa.

El día 6 de diciembre de 1990, el Secretario del Concejo de Municipal de Tunja comunica al actor que dicha Corporación en sesión del 22 de noviembre determinó revocar su elección. El Concejo Municipal en sesión ordinaria correspondiente al día 28 de noviembre de 1990 eligió al nuevo Contralor Municipal, elección que recayó en la persona de Sergio Antonio Gómez Villamil.

La Corporación al revocar la elección recaída en la persona del actor, sin mediar ninguna razón justificativa de tal acto, transgredió el concepto del buen

servicio público, por lo que incurrió en abuso o desviación de poder, sino que también lesionó gravemente su patrimonio moral de ciudadano y de profesional distinguido, que atenta contra su reputación o decoro ante la comunidad donde actúa.

NORMAS VIOLADAS:

Como normas violadas se citan las siguientes: Constitución Nacional artículo 16, 17, 20, 26, 30 y siguientes; Código Contencioso Administrativo, artículo 73; Código de Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986.

LA SENTENCIA:

El *a-quo* dictó sentencia inhibitoria porque consideró la ineptitud de la demanda, porque el actor demandó las actas del Concejo Municipal, que no son en si actos administrativos, razón por la cual no son demandables.

EL RECURSO:

La parte actora interpone el recurso de reposición (fl. 115 y sig.), donde se afirma que en la sentencia recurrida se cometió errónea valoración en lo que se refiere al acta que contiene la revocatoria de la elección del actor, en el sentido de considerar que el acta como no es acto administrativo y por lo mismo no es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

EL CONCEPTO FISCAL:

En la vista fiscal que corre a folios 128 a 148, la Fiscal Novena Delegada ante esta Corporación, solicita la revocatoria de la sentencia, porque una debida interpretación de la demanda permite llegar a la conclusión de que ella no es inepta, ni tampoco existe acumulación de pretensiones tal como lo sostiene el Colaborador Fiscal del Tribunal. En consecuencia considera que las pretensiones están llamadas a posponer en apoyo del artículo 127 del Código de Régimen Municipal.

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

CONSIDERACIONES:

Mediante la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. se demanda la nulidad del Acta No. 039 de la sesión del Concejo Municipal de Tunja, de no-

viembre 22 de 1990. En la parte que revocó el nombramiento de Rodríguez Ochoa como Contralor.

Efectivamente a folios 3 a 9 del proceso se acompañó en fotocopia autenticada el Acta No. 039 correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo Municipal, el día 22 de noviembre de 1990. En la parte pertinente (fl. 8) se presentó la proposición No. 1 hecha por algunos concejales en la que se revoca la elección de Contralor Municipal de Tunja Auditor interno de la Contraloría, puesta a consideración, fue aprobada.

El actor había sido nombrado Contralor Municipal, el 6 de noviembre de 1990, en sesión ordinaria del Concejo (fl. 21) Acta No. 034, con nueve votos a su favor. Esta designación le fue comunicada al Doctor Eugenio Rodríguez el 15 de noviembre de 1990, (fl. 40) por intermedio del Secretario General del Concejo Municipal. A su vez el demandante mediante carta de noviembre 16 de 1990 (fl. 41) acepta la designación para el período 1991-1992. Por último con fecha 6 de diciembre de 1990(fl. 42) se comunica al demandante que la plenaria del Concejo Municipal en su sesión del 22 de noviembre de 1990, mediante proposición No. 1 aprobada por mayoría determinó revocar su elección como Contralor Municipal.

Como el Tribunal *a-quo* fundamenta su decisión inhibitoria en la ineptitud de la demanda, por cuanto se demandaron los actos del Concejo Municipal, que no son actos administrativos, sino apenas el relato de lo acontecido y por ello no son demandables, la Sala debe acotar que ha sido tesis reiterada la de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el meramente formal o procedimental, tal como estaba plasmado en el artículo 4o. del C.P.C., y en la actual Constitución Nacional, artículo 228.

Por esta potísima razón es deber del fallador interpretar la demanda para establecer qué es lo que pretende la parte actora en su *petitum*.

Si revisamos con detenimiento las pretensiones del libelo demandatorio es forzoso concluir que la parte accionante pretende la nulidad del Acta No. 039 emanada del Concejo Municipal en la parte que revocó la elección del demandante como Contralor Municipal; es decir que se demandó una decisión de la Corporación que afecta en forma directa a Eugenio Rodríguez O., porque tienen efectos particulares y concretos. Por este aspecto no es de recibo la tesis del *a-quo* relacionada con la ineptitud de la demanda, porque no se demandó la nulidad del acta propiamente dicha, sino la parte relacionada con la revocatoria de la elección. Son diferentes las pretensiones para desconocer el valor y eficacia del acta consideraba como documento declarativo y fiel reflejo de lo sucedido en la sesión ordinaria del Concejo

Municipal; y es otra pretensión diferente aquélla que partiendo del contenido declarativo del acta tienda a desconocer los efectos jurídicos de manifestaciones generales o particulares de la potestad pública, porque el Código de Régimen Político y Municipal reconoce (Decreto 1333 de 1986) que los Concejos Municipales expiden acuerdos u otros actos o resoluciones como consecuencia del ejercicio de sus funciones públicas.

Ahora bien, como antes se anotó, está probado en autos que el demandante fue nombrado en sesión ordinaria del Concejo Municipal, como Contralor, elección que fue realizada por la Corporación que corresponde, para un periodo constitucional determinado (1991-1992) con mayoría de votos; comunicándose la designación en legal forma, aceptando el actor el nombramiento, para una vez notificado de la designación, el mismo Concejo revocar la elección.

Este proceder entonces, no se ajusta a la legalidad, porque el Concejo Municipal no podía válidamente revocar un nombramiento que ya había sido comunicado en legal forma.

Es así como el artículo 127 del Decreto 1333 de 1986 determina:

" Aprobado un proyecto o resolución cualquiera, pueden ser reconsiderados y modificado, pero no se puede revocar nombramientos ya comunicados, y cuando se trate de un acuerdo de revocación tiene que ser por medio de otro ".

A su vez el artículo 73 del C.C.A. señala:

" 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..."

Como corolario de lo anterior, la Sala dirá que el Concejo Municipal no estaba facultado para revocar el nombramiento ya comunicado porque se vulnera ostensiblemente la preceptiva del artículo 127 del Código de Régimen Municipal en cita.

Empero como el período para el cual había sido nombrado Rodríguez Ochoa era 1991-1992 con vencimiento diciembre 31 de 1992, no es posible acceder a la solicitud de reintegro al cargo porque el derecho lesionado se limita al período legal, y además porque en este momento ya ha vencido, y sería entrar a desconocer los actos mediante los cuales el Concejo Municipal haya provisto el cargo con posterioridad al 31 de diciembre de 1992, que son ajenos al litigio.

Del mismo modo el restablecimiento del derecho se limitará al reconocimiento y pago de los sueldos y prestaciones correspondientes a dicho período; al reconocimiento de su incidencia como prestación de servicios legales posteriores.

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.- Revócase la sentencia proferida al tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y en su lugar decrétase la nulidad del acto de revocatoria del nombramiento de EUGENIO RODRIGUEZ OCHOA, como Contralor Municipal de Tunja, para el período 1991-1992.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, condénase al municipio de Tunja a cancelar a favor de EUGENIO RODRIGUEZ OCHOA los salarios y prestaciones sociales correspondientes al período enero de 1991 a 31 de diciembre de 1992.

Tercero.- El Municipio de Tunja, deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen. La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en reunión del día 9 de febrero de 1995

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

Miriam C. Viracachá Sandoval Secretaria (E)

Expediente No. 8077. ASUNTOS MUNICIPALES.- Actor: Eugenio Rodríguez Ochoa.

ACTO DE TRAMITE. ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Improcedencia

Es asunto definido aquél según el cual los actos previos o preparatorios o de trámite no son susceptibles de acción contencioso administrativa por lo que se tornan en definitivos (art. 49 C.C.A.), defecto del libelo que se proyecta respecto de las dos primeras peticiones, por cuanto las determinaciones o conceptos vertidos en las actas de 1989 como actos de trámite cuya nulidad se intenta, no son de recibo en sede judicial.

DESVIACION DE PODER - Demostración. **TARIFA LEGAL** Inexistencia

Ha dicho la Sala que no existe tarifa legal ni prueba específica para la demostración de los motivos ilícitos del nominador y ha admitido en el punto la libertad probatoria como lo tienen previsto el art. 168 del C.C.A. y el art. 175 del C. de P.C. Empero, tal libertad de medios para fundar las impugnaciones contra el acto no raya en el desconocimiento de las reglas de apreciación de los diferentes medios ni en la aceptación de conclusiones contraevidentes o insostenibles, ni en la argumentación huérfana de respaldo probatorio.

ACTO DE RETIRO. POLICIA NACIONAL - Oficial. **LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. GOBIERNO NACIONAL** - Facultades. **FACULTAD DISCRECIONAL. SUPREMO COMANDANTE DE LA FUERZA PUBLICA**

El acto impugnado prosigue siendo expresión de la potestad del Gobierno Nacional para llamar a calificar servicios por su voluntad a la oficialidad que ha servido más de quince (15) años, previo concepto de organismos asesores del respectivo cuerpo policial o militar. En modo alguno, como

se infiere del propio tenor legal aplicado, es óbice de la potestad del Gobierno Nacional en estos casos la distinguida hoja de servicios del Oficial, ni los dilatados años que después de dichos 15 llegue a servir, porque se enmarcan dentro de la facultad discrecional a donde los fines de la norma son las razones del Ejecutivo como Supremo Comandante de la Fuerza Pública, las de la propia Entidad, los del relevo de las cargas personales del servidor, entre otros muchos que legítimamente responden al mejoramiento del servicio. Si el pretenso afectado se duele de la desviación de esas finalidades inspiradoras de la facultad discrecional debe demostrarlo en el proceso si su empeño consiste en probar la desviación de facultades legales del nominador.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia Expediente No. 7413. Decreto del Gobierno. Actor: José Gonzalo Cuervo Joya.

Decide la Sala la apelación propuesta contra la sentencia del 26 de junio 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para negar las súplicas de la demanda de JOSE GONZALO CUERVO JOYA

LA DEMANDA:

Se presentó en ejercicio de la acción del Art. 856 del C.C.A., contra el acta 137 del 2 de marzo de 1989 de la Junta Preparatoria de la Asesora de Policía Nacional, el acta 359 del 7 de marzo de 1989 de la Junta Asesora Policía Nacional-Ministerio de Defensa y el Decreto 579 del 21 de marzo de 1989, en cuanto por este se dispuso, respecto del mandante, su retiro en forma temporal del servicio activo con pase a la reserva de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno (f. 1o. Cdn Núm 3).

Se acusan del acto su falsa motivación, la desviación del poder y la violación de la ley, fundado en la circunstancia de haber estado vinculado por más de 19 años a la Institución policial, hallarse en curso de ascenso cuando fue retirado, acto que en su sentir encubre una sanción de destitución disfrazada y sin atender el reglamento de la Entidad, como consecuencia y reflejo de los insucesos que por entonces involucraron al Director General de la Policía Nacional, según el actor trascendió en los medios periodísticos (fls 6-94).

POSICION DE LA DEMANDADA:

En la contestación del libelo la Policía Nacional expresó que el retiro no obedeció a la comisión de falta alguna por el demandante, sino a la voluntad del gobierno respecto de oficiales con más de quince años de servicios, según lo faculta el núm. 4o. del Lit. a) del Art. 111 del Decreto 0579 de 1989 (Fls 100-103).

LA SENTENCIA

Previo concepto favorable a las peticiones allegado por el Ministerio Público, el Tribunal denegó las súplicas de la demanda luego de distinguir, con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación, entre la facultad discrecional y la potestad disciplinaria; de concluir que no se demostró que el acto se hubiera proferido con base en los motivos sospechados por el demandante; que ciertamente no existe ni falta a la disciplina ni al honor de la Entidad y que la buena hoja de servicios del oficial no inhibía ni impedía el ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno, apuntado sobre el buen servicio, y a quien se reconoce el juzgamiento de los elementos de conveniencia y oportunidad para emitir esa clase de determinaciones (Fls 220-239).

LA SEGUNDA INSTANCIA:

Al sustentar el recurso el demandante aportó sentencia de la Corporación y del Tribunal *a-quo* que en su opinión no atendió al fallar, tales como la de 10 de abril de 1982, 19 de abril y 19 de junio de 1992 referentes al cargo de la falsa motivación y a la desviación de poder en los actos administrativos y copia de la providencia del 17 de septiembre de 1992 de la Sala con la cual desató la *litis seguida* entre un actor y el Club Militar con posterioridad a su retiro del servicio activo. Fundado en ellas, en los asertos del concepto de Ministerio Público en la primera instancia y en referencias sucintas al retiro del General Medina Sánchez insiste en que el móvil del acto cuestionado se inspiró en el propósito de retirar de la Entidad a aquellas personas que fueron colaboradores o beneficiados directos, -"patrocinados " les llama-, de dicho general. Solicita, en consecuencia, que se acoja la opinión del Ministerio Público rendida en la primera instancia, se sigan los lineamientos de la sentencia del 19 de abril de 1989 dada la antiguedad de los servicios del actor y el pronunciamiento del 7 de septiembre de 1992, para acoger lo pedido (fls 303-319).

Para la demandada el retiro por voluntad del Gobierno no es una sanción. En beneficio de la discusión de los argumentos del actor, la Policía Nacional, dice, no

es la autora de los informes aparecidos en la prensa ni de los comentarios posteriores, ni la jurisprudencia citada es aplicable, ni el concepto fiscal es obligatorio (Fls 326-328).

Las restantes partes no alegaron.

Como no se observa causal de nulidad procesal de lo actuado, procede desatar la alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es asunto definido aquél según el cual los actos previos o preparatorios o de trámite no son susceptibles de acción contencioso administrativa, a menos que impidan la continuidad de la actuación administrativa por lo que se tornan en definitivos (art. 49 C.C.A.), defecto del libelo que se proyecta respecto de las dos primeras peticiones, por cuanto las determinaciones o conceptos vertidos en las actas de 1989 como actos de trámite cuya nulidad se intenta, no son de recibo en sede judicial.

La Sala contraerá el estudio de la demanda a lo concerniente con el Decreto 579 de 1989.

En época anterior la jurisprudencia de la Sala era la de que la potestad discrecional del nominador se afectaba en presencia real o ficta de hechos posibles de la acción disciplinaria; pero posteriormente se revisó dicha postura y se aislaron las dos facultades atribuídas al nominador: de una parte, las que apuntan de modo general a la moralidad del servidor en el cumplimiento de sus funciones públicas, que son materia de la acción disciplinaria no exenta de control judicial previa demanda contencioso-administrativa, y, de otra parte, el conjunto de poderes igualmente reconocidos al nominador para remover discrecional., que no arbitrariamente, a los empleados que desempeñan destinos de libre nombramiento y remoción, facultad inspirada en razones del mejoramiento del servicio público, caracterizada porque confiere a la administración potestad para definir el contenido del acto conforme a los fines de la norma que la autoriza y en proporción a los hechos causales (art. 36 C.C.A).

Con todo, el poder discrecional no es ajeno al control judicial si media demanda de parte interesada por cuya cuenta corre desmostrar, es decir, acusar y probar, los vicios o defectos del acto que lo materializa.

Las providencias invocadas por el apelante, como tantas otras generadas por la Sala sobre la facultad discrecional, la desviación de poder y el tema de la false-

dad de los motivos de la administración, al tiempo que reiteran la persistencia del control judicial de dichos actos, recalcan la dificultad que no imposibilidad de la demostración de las acusaciones del libelista fundado en ellos.

Por ello, ha dicho la Sala que no existe tarifa legal ni prueba específica para la demostración de los motivos del nominador y ha admitido en el punto la libertad probatoria como lo tienen previsto el art. 168 del C.C.A y el art. 175 del C de P.C. Empero, tal libertad de medios para fundar las impugnaciones contra el acto no raya en el desconocimiento de las reglas de apreciación de los diferentes medios ni en la aceptación de conclusiones contraevidentes o insostenibles, ni en la argumentación huérfana de respaldo probatorio.

Ubicados en ese contexto, tenemos para el evento de esta litis, que el Gobierno Nacional mediante acto inmotivado expresamente, respecto del cual se cumplieron sus etapas previas, como por lo demás se lo autorizan las reglas, procedió a retirar " por voluntad del Gobierno" al demandante oficial de la Policía Nacional, con más de quince años de servicios. Ella es la escueta objetividad del decreto, que ha sustentado la demandada como expresión de su potestad - discrecional. Para el demandante esa "objetividad" encubre las que en su parecer son retaliaciones y efectos colaterales del retiro del Director Nacional de la Entidad, envuelve un acto sancionatorio y disciplinario surtido sin fórmula de juicio legal sin respeto de sus garantías de juzgamiento. En ese sentido, se convierten las aprehensiones del demandante en las causas reales del acto. Tal como se ha dicho por la jurisprudencia estas prevenciones suyas bajo la categoría de "motivos ocultos", "desviacionistas o ilegítimos", son el contenido de su carga probatoria si pretende mudar la apariencia documental por la prevalencia de los sentimientos ocultos del nominador.

En esa labor no le basta argumentar únicamente, sino que debe apoyarse en pruebas que irrebatible, convergente y coherentemente demuestren al Juez que la actitud de la administración consistió en utilizar su competencia para alcanzar fines que las normas no le autorizan.

No está probado en autos que el retiro del servicio activo con pase a la reserva del que fue objeto el demandante estuvo objetivamente ligado a los hechos del rememorado Director General de la Entidad; ese indicio no existe más que en la premonición del demandante y sus propias suposiciones no sirven aislada e individualmente para trocar en ilegítimo el fin tácito del acto. El decreto cuestionado no se fundó en aquellas circunstancias como ni siquiera puede inferirse de los comentarios periodísticos aportados por el interesado (Revista Cromos No. 3710, pág. 23, donde no se le cita y del diario La Prensa, edición del 6 de mayo de 1989, pág.

12, Cdn. 3, que se limita a reseñar que el Oficial demandante fue retirado cuando se hallaba en el curso de ascenso a teniente coronel), lo cual por lo demás es cierto, pero no es desviado; que son posteriores al decreto acusado y no ofrecen atisbos sobre cualesquiera otra motivación del derecho y pasar al campo especulativo del informador, sin desatender que no fueron probados en el proceso esos asertos testimoniales provenientes de tercero, como elemento previo para su apreciación.

Y aunque, como se dejó dicho, la acción disciplinaria y la facultad de remoción son autónomas, no está demostrado que al Oficial de le hubiese infligido sanción alguna pues la declaración de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción no apareja sanción y debe retenerse que el oficial después de 15 años de servicios es un servidor cuya remoción es discrecional del Gobierno Nacional.

Luego de ese examen el acto impugnado prosigue siendo expresión de la potestad del Gobierno Nacional para llamar a calificar servicios por su voluntad a la oficialidad que ha servido más de quince (15) años, previo concepto de organismos asesores del respectivo cuerpo policial o militar. En modo alguno, como se infiere del propio tenor legal aplicado, es óbice de la potestad del Gobierno Nacional en estos casos la distinguida hoja de servicios del Oficial, ni los dilatados años que después de dichos 15 llegue a servir, porque se enmarcan dentro de la facultad discrecional adonde los fines de la norma son razones del Ejecutivo como Supremo Comandante de la Fuerza Pública, las de la propia Entidad, los del relevo de las cargas personales del servidor, entre otros muchos que legítimamente responden al mejoramiento del servicio. Si el pretenso afectado se duele de la desviación de esas finalidades inspiradoras de la facultad discrecional debe demostrarlo en el proceso si su empeño consiste en probar la desviación de facultades legales del nominador.

En mérito de lo cual, 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 del veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para denegar las súplicas de la demanda de JOSE GONZALO CUERVO JOYA.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 9 de febrero de 1995

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

Myriam C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E).

POTESTAD DISCRECIONAL - Límite. **SERVIDOR PUBLICO. ACTO DE REMOCION. ARBITRARIEDAD** - Inexistencia. **RAZON DEL SERVICIO** - Error

La Sala observa que el límite de la potestad discrecional es la arbitrariedad y atender fines contrarios al mejoramiento del servicio, en el ámbito interno y externo de la Entidad. Encuentra la Corporación, del mismo modo, que con el prealudido error no hubo desmedro de los intereses de la empresa, ni favorecimiento de los licitantes, pero ello no tiene virtud de hacer desaparecer la conducta del servidor, aunque sin duda la minimiza sin borrarla ni justificarla. Con todo, respecto del error, aún de bajo relieve, aquí sin trascendencias perjudiciales para la Entidad o para el servicio, quien sopesa en primer lugar la conducta a seguir es la propia administración, que puede optar administrativamente para la superación de sus efectos graves o leves, por el ejercicio de sus poderes discrecionales o disciplinarios: Revelar o mantener en el servicio al implicado e iniciar la indagación disciplinaria a que haya lugar, sin que ella obste las potestades discrecionales. La definición de la magnitud del error es un asunto objetivo, pero la superación de sus efectos es discrecional en tratándose de servidores que no se hallen amparados por un sistema de relativa estabilidad, es decir, resulta proporcional a los hechos y adecuada a los fines de la norma que la autoriza, sin rayar en la ilicitud o en la atención de fines diferentes al mejoramiento del servicio. Por este aspecto no existe un rasero legal a partir del cual se caiga en la injusticia o en la ilicitud, ante los yerros del servidor público porque no siempre la drasticidad en el obrar implica socavar los linderos de lo permitido. Ese es un campo donde el administrador en su debido momento escoge la alternativa entre las diferentes posibilidades legales válidas a donde indefectiblemente se encuentran como una de ellas la desvinculación del empleado, quien se verá protegido en la medida en que demuestra que el acto es arbitrario por lo in-

justificado o por ser contrario al ordenamiento legal, o porque pruebe que el nominador tendía, no obstante su legalidad aparente, a la consecución de otros fines ilegítimos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.
Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia Expediente No. 7693. Autoridades Nacionales. Actor: Ernesto Rodríguez Oliveros.-

Se decide la apelación contra la sentencia del 21 de agosto de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la demanda de ERNESTO RODRIGUEZ OLIVEROS.

LA DEMANDA:

Se formuló la Resolución JD-032 del 12 de mayo de 1988 emanada de la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Ernesto Rodríguez Oliveros, como Jefe de la División de Investigaciones Financieras.

El escrito de demanda acusó que se disfrazó una sanción de destitución, sin el lleno de los requisitos para imponerla, con una declaración de insubsistencia; que no fueron aplicadas las normas del proceso disciplinario y debió esperarse el resultado del proceso disciplinario y que el acto no fue motivado en el buen servicio, puesto que se trató de una drástica medida sin tener en cuenta la honra, la honestidad y el leal desempeño del demandante al servicio de la Entidad (Fls. 29-39).

POSICION DE LA DEMANDADA:

Después de referirse a los hechos que admitió en su gran mayoría, se opuso a las peticiones porque el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente al demandante fue expedido en uso de la facultad de libre nombramiento y remoción únicamente para la buena marcha del servicio. El demandante presume, continúa la Empresa en la respuesta del libelo, que por el hecho de haberse solicitado unas diligencias preliminares o una investigación para determinar la responsabilidad que pudo tener, la causa de su desvinculación fue la convicción por parte de la junta de que él sí era, *a priori*, responsable, pero sin prueba objetiva que re-

lacione esos dos hechos, por lo que definitivamente la motivación que pretende atribuirse al acto acusado sólo existe en la mente del demandante (Fls 49-53).

LA SENTENCIA

Denegó lo pedido. Estudió la hoja de vida del actor, las actas de la Junta Directiva, los testimonios de Dario Jaramillo Giraldo, Vicente Giordanelli y Jairo Ignacio Rodríguez Osorno y concluyó que en el estudio financiero de la Licitación 001/88 la División de Investigaciones Financieras a cargo del demandante, incurrió en error al establecer los valores de la oferta, que condujo a la desvinculación del demandante. Halló que el destino ocupado por el demandante no era de carrera, que la nominadora cumplió con la obligación de sus estatutos y que las causas reales que originaron la expedición del acto no fueron otras que las del buen servicio público (Fis. 142-164).

LA SEGUNDA INSTANCIA:

Al sustentar el recurso (Fls. 176-188, el demandante se apoyó en la aserción del Tribunal según la cual el fundamento del acto fue el error ocurrido en el estudio de las propuestas económicas de los licitantes como lo refirieron la sentencia y demanda, pero sin embargo, alega que los motivos de la Administración fueron otros; que la sentencia acalla los méritos del demandante y la conducta procesal de la demandada que antes de desvincularlo le estaba proponiendo para una pasantía en planificación financiera, las evaluaciones de su desempeño, por lo cual la finalidad de la Empresa fue, como lo plasma la demanda, imponer una sanción sin aplicar el régimen disciplinario. Que no hubo ni razón ni motivo para mejorar el servicio, pues la omisión o falta atribuída al demandante no daba ni siquiera lugar, como dice el Tribunal, para iniciar una investigación disciplinaria, y en consecuencia, queda claro que si se trató de imponer una sanción debió aplicarse el Decreto 2200 de 1987, ya que la facultad de libre nombramiento y remoción no puede amparar jamás trapacerías y mucho menos admite que se le pague tributo renunciando a la autoridad moral de la verdad.

En su intervención la demandante solicitó la confirmación de la sentencia, pues aunque se hubiera probado que la Junta Directiva llegó a la conclusión de que el actor fuera el responsable del error, tal hecho `no implica que el acto estuviese viciado de nulidad, pues la administración para mejorar el servicio puede desvincular a quienes en un momento dado no estén ejerciendo sus funciones con el rendimiento o eficiencia que se puede esperar de ellos (Fls. 198-200).

El ministerio público no intervino.

Como no se observan causales de nulidad procesal se desata la alzada previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Fue tesis del Consejo de Estado aquella en la que viene fundada la demanda, según la cual, si existía mérito para investigar disciplinariamente al empleado, no podía ser desvinculado.

Posteriormente la Corporación distinguió en el nominador la facultad discrecional de remoción de los empleados y la facultad disciplinaria, y desde entonces ha sostenido que la acción disciplinaria no impide el ejercicio de la remoción de empleados públicos no inscritos en un sistema de carrera o de relativa estabilidad.

De la ilación de los sucesos desprendida de la lectura de las actas de la Junta Directiva de la empresa demandada, de sus sesiones de los días 22 de abril, 5 de mayo, 10 de mayo y 12 de mayo de 1988, se concluye que fue el error en la suma de los datos en la propuesta de uno de los oferentes en la licitación 001 de 1988, en hecho básico de la resolución acusada.

En efecto, se lee en el Acta 1616 que se solicitó a la Administración imponer las sanciones correspondientes a los funcionarios que fueren responsables del error anteriormente verificado (F.18), orden que abarca a los nominados por el Presidente de la Empresa, tanto como aquellos nominados por la misma Junta Directiva. De la misma manera en el acta 1518 del 12 de mayo de 1988, se dejó constancia de la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de Ernesto Rodríguez Oliveros y de la expedición de su Resolución 032. La Entidad certificó que en esa fecha no existía proceso disciplinario pendiente contra el demandante (F.26).

De conformidad con los estatutos de la Empresa, Decreto 1184 del 21 de julio de 1969 (Fls 140,), el cargo de Jefe de División de la Administración, ocupado por el demandante, correspondía proveerlo a la Junta Directiva y del propio modo su retiro (lit h) art. 25 y lit f) art. 16 *ejusdem* y no pertenecía a un cargo de carrera.

La Junta Directiva valoraba discrecionalmente la continuidad en el servicio de empleados como el demandante, sin que debiera esperar el resultado de las indagaciones disciplinarias que había ordenado. En ese sentido, tal como se expresó en la sentencia apelada, no prospera el cargo de la falta de aplicación precedente de las normas disciplinarias.

Tampoco prospera el cargo consistente en la falsa motivación porque la resolución acusada, está probada con las propias actas de la Junta, tuvo como su cau-

sa el error en la sumatoria de la propuesta de un licitante, estudio de la incumbencia del Jefe de División de Investigaciones Financieras, aunque su autoria personal se atribuya a uno de sus subalternos.

En lo concerniente con el desvío de facultades que también acusó la demanda, si bien es palmario que el desempeño antecedente del demandante en la Empresa no mereció tacha para sus calificaciones (Fls 72-73,77-78,80-81 vto, 87-88,93-94,95-96) tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala la continuidad en la prestación de servicios no depende únicamente de esos factores, puesto que el nominador la decidiría ante las fallas personales del servidor de acuerdo con los fines de la norma que autoriza sus facultades discrecionales y proporcionalmente a los hechos que le sirven de causa.

Para el demandante la drasticidad con la cual procedió la Junta respecto de su yerro, constituye un desvió de sus potestades, en cambio según la Entidad correspondió al recto ejercicio de sus facultades legales. Para la Sala, el juicio se circunscribe a la proporcionalidad de la conducta adoptada por la Junta Directiva.

Situado el asunto en ese punto, la Sala observa que el límite de la potestad discrecional es la arbitrariedad y atender fines contrarios al mejoramiento del servicio, en el ámbito interno y externo de la Entidad. Encuentra la Corporación, del mismo modo, que con el prealudido error no hubo desmedro de los intereses de la Empresa, ni fovorecimiento de los licitantes, pero ello no tiene la virtud de hacer desaparecer la conducta del servidor, aunque sin duda la minimiza sin borrarla ni justificarla.

Con todo, respecto del error, aún de bajo relieve, aquél sin trascendencias perjudiciales para la Entidad o para el servicio, quien sopesa en primer lugar la conducta a seguir es la propia administración, que puede optar administrativamente para superación de sus efectos graves o leves, por el ejercicio de sus poderes discrecionales o disciplinarios: relevar o mantener en el servicio al implicado e iniciar a indagación disciplinaria a que haya lugar, sin que ella obste las potestades discrecionales.

La definición de la magnitud del error es un asunto objetivo, pero la superación de los efectos es discrecional en tratándose de servidores que no se hallen amparados por un sistema de relativa estabilidad, es decir, resulta proporcional a los hechos y adecuado los fines de la norma que la autoriza, sin rayar en la ilicitud o en la atención de fines diferentes al mejoramiento del servicio. Por este aspecto no existe un rasero legal a partir del cual se caiga en la injusticia o en la ilicitud, antes yerros del servidor público porque no siempre la drasticidad en el obrar

implica socavar los linderos de lo permitido. Ese es un campo donde el administrador en su debido momento escoge la alternativa entre las diferentes posibilidades legales válidas, a donde indefectiblemente se encuentra como una de ellas la desvinculación del empleado, quien se verá protegido en la medida que demuestre que el acto es arbitrario por lo injustificado o por ser contrario al ordenamiento legal, o porque pruebe que el nominador tendía, no obstante su legalidad aparente, a la consecución de otros fines ilegítimos.

En el expediente no encuentra la Sala elementos objetivos que le permitan signar como injusto, aunque severo, el proceder discrecional de la Junta Directiva de la Demandada al disponer el retiro del actor, y utilizara sus facultades para propender un fin que no se aviniera con el servicio público puesto que debía inhibir su poder discrecional hasta conocer el resultado de la averiguación que había ordenado sobre el responsable del error hallado, razones que le conducen a confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo cual, 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 del veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para denegar la peticiones ERNESTO RODRIGUEZ OLIVEROS.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 9 de febrero de 1995.

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

Miryan C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

PLAN DE RETIRO COMPENSADO. SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Aplicación. **FUNCIONARIO DE CARRERA. ESTABILIDAD. INSUBSISTENCIA** - Improcedencia.

El acto acusado se fundamentó en el Decreto 1660 de 1991, por medio del cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio para empleados o funcionarios de las distintas ramas y organismos del poder público, mediante compensación pecuniaria, excepción del personal de las Fuerzas Militares, de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional, del personal de la Policía Nacional, de los empleados civiles al servicio de la misma y de los trabajadores oficiales (art. 1). Si bien en el caso *sub judice* del acto acusado se produjo en plena vigencia el Decreto 1660 de 1991, es decir antes del fallo de inconstitucionalidad citado, el cual solo tiene efectos *ex nunc*, considera la Sala que la impugnación oportuna que contra el citado acto formuló el accionante invocando la violación del artículo 125 de la Constitución Política, no permitió que su situación jurídica se consolidara y en consecuencia se hace posible examinarla dando aplicación a la decisión de inexequibilidad. Por consiguiente, encontrándose plenamente demostrado que el demandante era funcionario de carrera, situación que le confería una relativa estabilidad laboral y en ese *status* fue declarado insubsistente, el acto acusado se produjo infringiendo los derechos consagrados en su favor por el art. 125 de la Carta Política.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C. marzo siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia Expediente No. 8332. Autoridades Departamentales. Apelación Sentencia. Actor: Tulio Hernán Murillo Llantén

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, en la Corporación Autónoma Regional del Cauca " C.V.C.", que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declarar la nulidad de la Resolución No. D.G. 0235 de enero 16 de 1992.

Proferida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cauca " C.V.C.", con fundamento en los Decretos 1660 y 2100 de 1991, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en la División de Estudios Técnicos, Sección de Adecuación de Tierras, a partir de febrero 3 de 1992. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el reintegro al cargo o a otro de igual o superior categoría y remuneración; se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio; se ordene el pago de todos los sueldos y prestaciones dejados de percibir, con los reajustes legales, y el pago de los intereses de que habla el artículo 177 del C.C.A.; y se ordene el cumplimiento del fallo dentro del término del artículo 176 del C.C.A.

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

El acto acusado se produjo con base en el "Plan de Retiro Compensado Mixto" adoptado por la entidad mediante Resolución No. D.G. 1752 de diciembre 11 de 1991, acto que no se ha demostrado que haya sido suspendido o anulado por la autoridad judicial competente. Dicho plan se fundamentó en el Decreto 1660 de 1991, que autorizó el retiro indemnizado de los empleados públicos de las distintas ramas del poder público , incluídos los inscritos en carrera como es el caso del actor, puesto que se buscaba reducir el gasto público.

3. El actor expresa su inconformidad con el anterior fallo con base en las siguientes alegaciones:

El Tribunal considera probado que el actor era funcionario inscrito en carrera, que era representante de los empleados en la Comisión de Personal de la entidad y presidente de la Asociación de ingenieros de la misma institución; que no registra antecedentes disciplinarios y las calificaciones de servicios son buenas.

Con documentos y pruebas testimoniales se ha logrado demostrar que el demandante no se acogió al plan de retiro, antes por el contrario lo denunció públicamente como arbitrario en escritos y foros. De manera que existe clara relación de causalidad entre la desvinculación del actor y sus gestiones como representante gremial.

El acto acusado y el fallo apelado desconocieron los principios constitucionales de igualdad y estabilidad en el trabajo, y especialmente el artículo 125 de la Carta que consagra derechos de la carrera administrativa y señala que el retiro sólo procede por calificación insatisfactoria del servicio y por faltas disciplinarias. Además el Decreto 1660 de 1991, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional.

4. En su memorial de alegatos la parte demandada solicitó la confirmación del fallo apelado, por cuanto la administración procedió en forma legal fundada en disposiciones como el Decreto 1660 de 1991 que encontraban plena vigencia y eficacia.

El plan de retiro indemnizado cubría tanto empleados de carrera como de libre nombramiento y remoción, y se encontraba autorizado por el Consejo Superior de Policía Fiscal, con el concepto favorable del Departamento Administrativo del Servicio Civil. La dependencia a la cual se encontraba vinculado el demandante había sido incluida dentro del plan de retiro por necesidad de racionalización de la planta de personal adscrita. Además no hay prueba alguna de una posible falsa motivación; lo declarado por algunos testigos son apreciaciones subjetivas y suposiciones personales. Por último, la vinculación del actor dentro de la carrera administrativa y su buena trayectoria al servicio de la entidad que no se discuten, no podían ser impedimentos para la aplicación de la medida citada.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de decidir sobre la legalidad de la Resolución No. D.G. 0235 de Enero 16 de 1992, emanada del Director General de la Corporación Autónoma Regio-

nal del Cauca, por medio de la cual se declaró insubsistente con indemnización el nombramiento del demandante, quien estaba vinculado a la Sección de Adecuación de Tierras, División de Estudios Técnicos Subdirección u Oficina Técnica (fl. 2.c. ppal;.), y quien se encontraba legalmente inscrito en el escalafón de la carrera administrativa de la entidad (fl. 7. ppal.).

El acto acusado se fundamentó en el Decreto 1660 de 1991, por medio del cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio para empleados o funcionarios de las distintas ramas y organismos del poder público , mediante compensación pecuniaria, a excepción del personal de las Fuerzas Militares, de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional, del personal de la Policía Nacional, de los empleados civiles al servicio de la misma, y de los trabajadores oficiales (artículo 1o)-.

Este Decreto estableció como nuevas causales de retiro del servicio las siguientes "**insubsistencia con indemnización y retiro voluntario mediante bonificación, las cuales implican la cesación definitiva en el ejercicio de las funciones públicas, y se aplicarán a los empleados o funcionarios amparados por derechos de carrera, inscritos o en período de prueba, y a los de libre nombramiento y remoción**" (art. 2o). Destaca la Sala.

El demandante invocó como sustento de la impugnación la transgresión del artículo de la Carta Fundamental, tanto por el ya citado Decreto 1660 de 1991 como por el acto acusado, el cual prescribe en lo pertinente lo siguiente:

> "Los empleados en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exeptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.(...).
>
> El ingreso a los cargos de carrera y de ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.
>
> **El retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por la violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley** (se subraya).

La Corte Constitucional mediante sentencia de agosto 13 de 1992. - 479 declaró inaxequible el Decreto 1660 de 1991. En uno de sus apartes expresó.

> " La indicada protección al trabajo es contraria a toda política estatal que tienda a desconocer los expresados fines a tornar en inútiles los mecanismos jurídicos concebidos para el logro de **aquéllos como es el caso de la carrera**

administrativa. Esta tiene expresa consagración en el artículo 125 de la Carta que establece como principio general el de que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.".

Si bien en el caso *sub-júdice* el acto acusado se produjo en plena vigencia del Decreto 1660 de 1991, es decir antes del fallo de inconstitucionalidad citado el cual sólo tiene efectos *ex nunc*, considera la Sala que la impugnación oportuna que contra el citado acto formuló al accionante invocando la violación del artículo 125 de la Constitución Política, no permitió que su situación jurídica se consolidara y en consecuencia se hace posible examinarla dando aplicación a la decisión de inexequibilidad.

Ya la Sala en sentencia de 17 de noviembre de 1994 sobre el particular había hecho las siguientes reflexiones:

"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, también 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 durante la vigencia de la norma en cuanto estén jurídicamente consolidadas.

En 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 proferise 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 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 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." (Exp. 8201. Actor: Belén Lucía Burgos Vellojin).

Por consiguiente encontrándose plenamente demostrado que el demandante ara un funcionario de carrera, situación que le confería una relativa estabilidad laboral y en ese *status* fue declarado insubsistente, el acto acusado se produjo infringiendo los derechos consagrados en su favor por el artículo 125 de la Carta Política, de tal manera que en acatamiento del artículo 4 del citado estatuto supralegal, se procede a hacer prevalecer sus disposiciones revocando el fallo apelado accediendo a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y se declarará la nulidad del acto acusado ordenándose el restablecimiento del derecho impetrado.

Se ordenará además que de las sumas que se deban pagar se descontará lo percibido como indemnización por la insubsistencia y todo cuanto haya recibido del tesoro público o de entidad en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, a fin de respetar la prohibición consagrada por el artículo 128 de la Carta Política.

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 de marzo veintiséis (26) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Sección Primera, en el proceso promovido por el doctor TULIO HERNAN

MURILLO LLANTEN contra la Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C, que negó las súplicas de la demanda.

En su lugar se **DISPONE**.

1. DECLARASE LA NULIDAD de la Resolución No. D.G. 0235 de enero dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, por la cual se declaró insubsistente con indemnización el nombramiento del actor en la Sección de Adecuación de Tierras, División de Estudios Técnicos, Subdirección u oficina Técnica y se ordenó la liquidación y pago de una indemnización por insubsistencia.

2. ORDENASE a la entidad demandada el reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado o a otro de igual o superior categoría, y el pago de todos los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde el día en que fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

3. De la suma total que deba pagarse se descontará lo que el actor percibió como indemnización pon la insubsistencia y todo cuanto haya recibido 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 y excepcionalmente se pueden devengar conjuntamente con el salario

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

5. Se ordenará el cumplimiento de la sentencia dentro del término señalado por el artículo 176 del C.C.A. y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem*.

Cópiese, notifíquese, publíquese, y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995) y ordenada su publicación.

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

Myrian C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

NOTA DE RELATORIA: El Consejo de Estado declaró nulo el Decreto Reglamentario 2100 de 1991 en sentencia del 28 de febrero de 1994; expediente: 6129; Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Barreto Ruiz*. Actor: *Jairo López Morales*.

PROVIDENCIA DE CONDENA. DESCUENTO - Improcedencia. **EMPLEADO PUBLICO** - Inexistencia. **ANALOGIA** - 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 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 la 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. 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 grandes 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 - Santa Fe de Bogotá D.C., Marzo siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Expediente 8332. Actor: Tulio Hernán Murillo Llantén.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA DICTADA EL 7 DE MARZO DE 1995 EN EL JUICIO No. 8332.- AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.- ACTORA: TULIO HERNAN MURILLO LLANTEN.-

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

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 la sentencia de primer grado y acceder a las pretensiones de la demanda ordena el descuento de las sumas que puede 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 120 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 tiene 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 contecioso 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 empresa 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, de 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 esta 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 este 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 incompatibilidad 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 tiene dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe 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. 40878, ponentes 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 5/84; en el exp. 35949. Ponentes 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 pueda 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.

ABANDONO DEL CARGO. CALAMIDAD DOMESTICA

Si bien pueden existir circunstancias especiales que exigen en un momento determinado la ausencia de un empleado de su sitio de trabajo, por razón de la enfermedad de la madre u otro ser querido, no es menos cierto que el funcionario está obligado a presentar la solicitud de permiso así ésta sea verbal antes de iniciar el período de su ausencia. Pero esto no ocurrió en el presente caso. Basta examinar el escrito de permiso donde no aparece descrita la enfermedad de la madre. De otra parte, del examen de las pruebas que obran en el proceso, no surge la conclusión forzosa y necesaria de que el demandante se hubiera encontrado en imposibilidad física o material de entregar la solicitud de licencia antes de ausentarse del trabajo, porque si así hubiera sucedido, podría aceptarse en principio tal excusa. Sin embargo, se repite, este hecho no quedó probado y por lo tanto no puede aceptarse la excusa que se planea en el recurso.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., marzo siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente. No. 7254. Actor: Elkin Gabriel Oliverio José Claret Muskus Oyola. Autoridades Nacionales.

ELKIN GABRIEL OLIVERIO JOSE CLARET MUSKUS OYOLA, solicita se **declare nula la resolución 1995**, proferida por el **Instituto de los Seguros Sociales,** Seccional Cundinamarca, mediante la cual **se declaró vacante el cargo de médico especialista del cual era titular** por estimar que la ausencia del lugar de trabajo durante 4 días consecutivos, por fuerza mayor, debido a la enfermedad de su madre no son causas suficientes para la declaratoria de abandono de cargo,

pues él tenía derecho a disfrutar de licencias voluntarias no sujetas a la decisión del Instituto. (Fls 13).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda por considerar que aunque los funcionarios de seguridad social pueden disfrutar de licencias ellas deben ser previamente autorizadas y no puede entenderse que el funcionario por sí solo y sin autorización pueda retirarse del servicio, y como el empleado se ausentó entre el 11 y 14 de marzo de 1985, y la solicitud de licencia solamente se presentó el día 13 a las diez de la mañana, la entidad podía negarla como en efecto ocurrió. (fl. 149).

EL RECURSO:

El actor interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que el acto acusado tiene una falsa motivación porque no hubo vacancia del cargo ya que él disfrutó de una licencia que le fue otorgada como consecuencia de fuerza mayor.

Señala el actor que el I.S.S podrá declarar la vacancia del empleo con retroactividad a tres meses, porque esta resolución se profirió el 11 de julio de 1985 y la ausencia fue en el mes de marzo, y en junio, él se encontraba ejerciendo sus funciones.

Agrega que además, le fueron descontados los días que dejó de trabajar y luego continuó laborando, sin que contra él se promoviera investigación alguna.

Señala que él verbalmente solicitó la licencia como es costumbre en el Instituto, y esto se halla probado conforme a los documentos a folios 83, 88, 89 y a la comunicación S.O. No. 127 de 26 de marzo de 1985.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso, solicita se revoque el fallo y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, porque el actor demostró la existencia de una justa causa para no asistir al trabajo. Dijo la Procuradora lo siguiente:

"De los elementos probatorios a los que se ha hecho referencia, se puede determinar que si bien es cierto el demandante no concurrió a su sitio de trabajo

durante los días 11, 12, 13 y 14 de marzo de 1985, sin que hubiera obtenido autorización para retirarse del servicio previa solicitud que había hecho, no es menos cierto que su comportamiento estaba amparado por una " justa causa de la cual el Jefe de Servicio de Ortopedia, jefe inmediato del actor tenía conocimiento, vale decir, la enfermedad y "...el estado crítico en que se encontraba...", su madre, de conformidad a lo testificado por los médicos de esta (fl. 109 del C.P.). Y es que en verdad, si a un acontecimiento de esta naturaleza, en el que profesionales de la medicina requieren con prontitud la presencia del funcionario, toda vez que el ser más querido se encuentra en " estado crítico" , no se le pude dar el carácter de justa causa, no encuentra el despacho una situación que pueda justificar más la ausencia del empleado al sitio donde presta sus servicios."

CONSIDERACIONES:

1) Como el actor en el recurso acepta que debe de asistir a su labores pero con anuencia del superior inmediato, conforme a lo acostumbrado en el Instituto y debido a la gravedad de la enfermedad de su señora madre deberá examinarse este aspecto que a juicio del actor se encuentra probado conforme obra a folios 83, 88, 89 y a la comunicación S.O., No. 127 de 26 de marzo de 1985.

2) El documento que obra a folio 83, textualmente expresa:

"Bogotá, 11 de septiembre de 1987

Doctor
ALFONSO ROMERO CARDOZO
Trbunal Administrativo de Cundinamarca
Ciudad

En atención a su oficio 87-5105 del julio de 1987 , de la manera más atenta le informo que al doctor ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA se le descontó de la nómina del mes de mayo de 1985 la suma de $ 17.864.00 por falta al trabajo y $ 3.573.00 correspondientes al dominical.

Cordialmente

CARLOS ALBERTO RAMIREZ MAYA.
Subgerente de Personal I.S.S.

Del examen de este documento no consta que el actor antes de ausentarse del lugar de trabajo solicitó autorización verbal o escrita para dejar de asistir al trabajo.

3) El documento de permiso suscrito por el actor y que obra a folio 88, dice textualmente:

"Bogotá, marzo 11 de 1985.

Doctor
FABIO LANDAZABAL
Jefatura Unidad Ortopedia Sn. Pedro Claver

Estimado colega: muy comedidamente me permito solicitar a Ud. se sirva concederme una licencia hasta el día jueves 14 de esta semana ya que por motivos ajenos a mi voluntad he tenido la necesidad de viajar urgentemente para resolver una situación familiar difícil ocasionada por un accidente. Gracias.

Atentamente (fdo.)
Recibido: 13 de marzo de 1985 10. a.m."

Aunque la solicitud tiene fecha de 11 de marzo de 1985, el documento solamente fue entregado el día 13 de marzo de 1985 a las 10 de la mañana.

4) El memorando que obra a folio 89, expresa lo siguiente

"Bogotá, 13 de marzo de 1985

MEMORANDO S.O Nro. 112
PARA: DIRECTOR UPI 03 SN PEDRO CLAVER
DE: Dr. FABIO LANDAZABAL GOMEZ- COORDINADOR ORTOPEDIA UPI 03 SPC.

Atentamente me permito enviar a usted la solicitud de licencia presentada el día de hoy a la oficina de ortopedia por la señora esposa del doctor Elkin Muskus Oyola.
Atentamente,
Dr. FABIO LANDAZABAL GOMEZ
Coordinador Ortopedia.

De texto de este documento no consta que el actor hubiera oportunamente presentado la solicitud de licencia o permiso, ya fuera verbal o escrito. El documento solamente se limita a enviar la solicitud de licencia presentada el día 13 de marzo de 1985, por la esposa del actor.

5) La comunicación S.O. No. 127 de 26 de marzo de 1985 obra en el cuaderno No. 2 su texto es el siguiente:

Bogotá, 26 de marzo de 1985.

MEMORANDO S.O. Nro. 127
PARA JEFE DE PERSONAL UPI 03 SAN PEDRO CLAVER
DE: DR. FABIO LANDAZABAL GOMEZ- COORDINACION ORTOPODIA UPI 03 SPC.
Atentamente, me permito comunicale que de acuerdo con la solicitud de licencia presentada por el Dr. Elkin Muskus Oyola por 4 días a partir del 11 de marzo él no laboró en consecuencia entre los días comprendidos del 11 al 14 de marzo de 1985.
Atentamnete.

DOCTOR FABIO LANDAZABAL GOMEZ
Cordinador Ortopedia
UPI 03. SPC"

En este documento no consta que la ausencia del doctor se haya autorizado o convalidado, o que como lo afirma el demandante en el recurso con estos documentos se hubiera justificado la ausencia al trabajo.

6) De los documentos transcritos y que fueron invocados en el recurso como fuente de exculpación de la conducta del actor para no asistir al trabajo, no surge conducta alguna que justifique la ausencia al trabajo.

En efecto, no hay constancia alguna de que el demandante hubiera siquiera, comunicado verbalmente a su superior imediato el deseo de ausentarse de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a causa de circunstancias urgentes que impidieran el pronunciamiento previo de la autoridad competente, o de que su señora madre se encontraba gravemente enferma.

7) Como el recurrente invoca igualmente las declaraciones allegadas al proceso como fuente de sus afirmaciones, conviene expresar que del examen de los testimonios de los médicos Gustavo Luque García, Francisco Mercado Villadiego y Luis A. Tejada A. , se concluye que la ausencia al trabajo se produjo porque la señora madre del actor se encontraba enferma y él debía acudir a la ciudad de Sahagún, Córdoba, donde ella se encontraba.

8) De acuerdo con las declaraciones de los médicos Gabriel Cáceres Díaz y William H. Torres G., el retiro de servicio del demandante no se justifica porque la solicitud de licencia se presentó oportunamente (fl. 54) dijo al respecto el Dr. Cáceres:

"...me consta personalmente que en el mes de marzo el Dr. Muskus tuvo necesidad urgente de viajar a Sahagún por motivo de salud de su señora madre

su esposa doña Carmen Enith **presentó oportunamente** la solicitud de licencia que el doctor le entregó debidamente firmada **el día de su viaje.** Esta comunicación se le entregó debidamente firmada el día de su viaje. Esta comunicación se la entregó al jefe de servicios de ortopedia, Dr. Fabio Landazábal."

Si se confronta esta declaración con la anotación escrita del superior inmediato del actor que estampó en el escrito de permiso extemporáneo, se observa que estas afirmaciones son excluyentes: si fue presentada la excusa el 13 de marzo, fue extemporánea y si la entregó el 11 de marzo fue oportuna.

9) A Juicio del médico Abelardo Merlano Pineda, no existía razón alguna para retirar al demandante, y lo que en realidad había surgido entre el actor de servicio Dr. Fabio Landazábal, y que debía tramitar en primer término la licencia eran celos profesionales . (f. 113-114)

Dijo al respecto el declarante:

"... Razón no tiene para retirarlo, para mí lo que existía era un deseo de que el doctor Muskus no permaneciera en la Institución en cuyas reuniones frecuentemente corregía normas de conducta a aplicar a los pacientes del servicio ortopédico."

10) No obstante que todos los declarantes unánimemente afirman que el demandante era una persona que cumplía rigurosamente con el horario de trabajo, conviene transcribir lo que sobre el particular declaró el Director General del Instituto de los Seguros Sociales. El documento expresa lo siguiente:

" Bogotá, 22 Set. 1987 .

D. G. No. 01514

Doctor
ALFONSO ROMERO CARDOZO
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Ciudad
En atención a su oficio 87- 5101 del 31 de junio de 1987, yo RODRIGO BUSTAMANTE ALVAREZ, obrando en calidad de Director General del Instituto de Seguros Sociales, bajo la gravedad del juramento le manifiesto lo siguiente:

1) En la hoja de vida del doctor ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA, identificado con la C.C. 9.050.242 de Cartagena aparece **una sanción con**

multa de $ 1.500.oo **por no concurrir a su turno de trabajo** en la clínica San Pedro Claver **el día 28 de junio de 1981** según resolución 0288 (hoja 2, folio 86)

Con resolución 07556 del 9 de septiembre de 1982 se **le sancionó** por diez (10) días **por faltas al trabajo** el día **14 de enero de 1982** y por ser **reincidente** en este tipo de faltas.

2) El doctor ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA desempeñó el cargo de cirujano ortopedista del 10 de marzo de 1974 al 16 de marzo de 1980 y a partir del 17 de marzo de 1980 se le incorporó a la Planta de Personal en el cargo de médico especialista (ortopedia y traumatología) clase III, grado 38, jornada ordinaria, funciones que desempeñó hasta el 25 de junio 1985.

3) El último sueldo devengado fue de $ 107.183.oo.

4) **Con carta del 11 de marzo de 1985, presentada el 13 de marzo, a las 10: 00 a.m**, solicitó licencia hasta el 14, la cual **no se autorizó** según oficio No. 2657 del 20 de marzo de 1985 , toda vez que la presentó cuando ya se había tomado el tiempo sin autorización previa. Por tanto no podía la administración legalizar una situación de hecho provocada por el profesional en mención.

5) Con memorando S.O. 112 del 13 de marzo de 1985 el doctor FABIO LANDAZABAL envía solicitud de licencia del DOCTOR ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA, la cual fue presentada el mismo día por la señora esposa del citado profesional.

6) Con memorando S.O. No. 127 del 26 de marzo de 1985 el Doctor FABIO LANDAZABAL, coordinador de ortopedia informa al jefe de personal que el doctor ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA no laboró los días comprendidos entre el 11 y el 14 de marzo de 1985.

Le agradezco la atención que le merezca la presente.

Cordial saludo.

RODRIGO BUSTAMANTE ALVAREZ
DIRECTOR GENERAL" (se subraya).

De acuerdo con lo anterior quedó debidamente probado que el actor se ausentó del trabajo sin solicitar verbalmente la licencia, y solamente hasta el día 13 de marzo de 1985 se solicitó mediante escrito, la licencia que duraría entre el 11 y el 14 de dicho mes y año (fl. 88).

11) Conviene señalar que si bien pueden existir circunstancias especiales que exigen en un momento determinado la ausencia de un empleado de su sitio de tra-

bajo, por razón de la enfermedad de la madre u otro ser querido, no es menos cierto que el funcionario está obligado a presentar la solicitud de permiso así ésta sea verbal, antes de iniciar el permiso de su ausencia. Pero esto no ocurrió en el presente caso. Basta examinar el escrito de permiso donde no aparece descrita la enfermedad de la madre.

De otra parte, del examen de las pruebas que obran en el proceso, no surge la conclusión forzosa y necesaria de que el demandante se hubiera encontrado en imposibilidad física o material de entregar la solicitud de la licencia antes de ausentarse del trabajo, porque si así hubiera sucedido podría aceptarse en principio tal excusa. Sin embargo, se repite, este hecho no quedó probado y por lo tanto no puede aceptarse la excusa que se plantea en el recurso.

Tampoco puede aceptarse como se afirma en la demanda que estuviera el actor autorizado por la ley para retirarse sin autorización alguna. Por este motivo le asiste razón al Tribunal cuando afirma:

> "Está de acuerdo la Corporación con el pensamiento del señor apoderado del actor, consistente en que está demostrada la existencia de decisión que autorizara la ausencia del profesional a su sitio asistencial de salud. Que existe una interpretación errónea del artículo 32 del Estatuto de Reestructuración, No. 1651 de 1977, que en ningún momento puede entenderse en el sentido que le da el actor, de autorizar *per se* al empleado frente a una invocación de caso fortuito a retirarse sin obtener la concesión del permiso o licencia, así del hecho, no. La norma invocada, refiere es a que el competente frente a una situación fortuita, no puede calificar es la oportunidad para conceder lo peticionado, pero no exime de que se pida y se obtenga la autorización para retirarse, así fuera anticipada verbal mientras se cumplen los trámites".

Conforme a lo antes expuesto el fallo deberá confirmarse.

El 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:

CONFIRMASE el fallo de 2 de abril de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y mediante el cual se denegaron las súplicas de la demanda promovida por ELKIN GABRIEL MUSKUS OYOLA.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase, y una vez ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen. Discutida y aprobada por la Sala en Sesión del día 9 de febrero de 1995.

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

Myriam Viracachá Sandoval, Secretaria (E).

CARRERA ADMINISTRATIVA. ESTABILIDAD. FUNCIONARIO DE CARRERA. ESCALAFON- Derechos. **COMISION. EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-** Aceptación

El empleado escalafonado no pierde sus derechos cuando previa comisión acepta y ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, o cuando cumple el proceso de selección para el ascenso; por lo que la administración debe sujetarse respecto de los empleos de carrera a lo mandado por el artículo 4o, de la Ley 61 de 1987. En el evento de la aceptación de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin mediar la previa comisión para ello, los derechos del escalafón declinan por voluntad de su titular.

CARRERA ADMINISTRATIVA. ESCALAFON. ASCENSO

El artículo 222 del D.R. 1950 de 1973 reza que los empleados escalafonados en carrera administrativa gozarán de prelación para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior, pero de conformidad con las condiciones que se señalen en la reglamentación de los concursos para ascenso, y así lo ha reiterado la Sala entre otras en la sentencia del 20 de mayo de 1983, con la obligación de actualizar su vinculación a la carrera en este último cargo, pues el ascenso en la carrera administrativa no se puede dar sino a través del concurso como claramente lo definen las normas, en particular los artículos 40, 42 y 46 del D.L. 2400 de 1968 y los artículos 180, 181, 222, 223 y 225 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. Dicha normatividad indica que declina sus derechos sobre el primero de los destinos públicos, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo, al asumir las que le corresponden a la nueva situación, tal como lo expresó la Sala en providencia del 7 de mayo de 1991.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia expediente No. 6086. Autoridades Nacionales. Actor: Orlando M. Berdugo González

Resuelve la Sala la consulta de la sentencia del 11 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el proceso promovido por ORLANDO MARTIN BERDUGO GONZALEZ.

LA DEMANDA:

Brevemente podemos decir que se trata de la demanda contra la Resolución 02402 del 7 de septiembre de 1988 mediante la cual la Dirección Regional No. 2 del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, HIMAT, declaró la insubsistencia del nombramiento de Orlando Martín Berdugo González, como Jefe de Sección, código 2075, grado 06 (fl. 11). El debate se contrae a la violación de sus derechos como inscrito en la carrera administrativa, como lo fue según la resolución No. 5733 del 27 de marzo de 1985 en el cargo de profesional universitario, código 3026, grado 04, sin atender las reglas de su desvinculación (Fls 21-29).

POSICION DE LA DEMANDADA

A la demanda se opuso expresamente el establecimiento demandado. Al efecto expuso que el actor en la época de su desvinculación desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, del cual había tomado posesión y que ello imponía la pérdida de sus derechos en el escalafón (Fls. 41-43 vto).

LA SENTENCIA:

Previa alegación de la interesada y rendido el concepto del Ministerio Público que fue favorable a las súplicas del libelo (fls. 57-59), el Tribunal finalizó la instancia mediante sentencia que accedió a lo pedido, pues participó de las opiniones de la agencia del Ministerio Público, a partir de la demostración de la inscripción del demandante en la carrera administrativa; porque, dice, la Entidad debió cumplir los trámites legales para desvincularlo y no ejercer sus facultades discrecionales, y porque entendió la aceptación del cargo del cual fue desinvestido, como un ascenso (Fls 62-73).

Como no se recurrió de la sentencia, el Tribunal la remitió en consulta, donde se ha pedido por el Establecimiento demandado su revocatoria bajo los mismos

argumentos expuestos en la respuesta del libelo (Fls. 78-80), y ha solicitado su confirmación el Delegado del Ministerio Público (Fls 82-88).

Por no observarse causal de nulidad procedimental se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El artículo 222 del D.R 1950 de 1973 reza que los empleados escalafonados en carrera administrativa gozarán de prelación para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior, pero de conformidad con las condiciones que se señalen en la reglamentación de los concursos para ascenso, y así lo ha reiterado la Sala entre otras en la sentencia del 20 de mayo de 1983, con la obligación de actualizar su vinculación a la carrera en este último cargo, pues el ascenso en la carrera administrativa no se puede dar sino a través del concurso como claramente lo definen las normas, en particular los artículos 40, 42, 44 y 46 del D.L 2400 de 1968 y los artículos 180, 181, 222, 223 y 225 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. Dicha normatividad indica que declina sus derechos sobre el primero de los destinos públicos, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo, al asumir las que le corresponden a la nueva situación, tal como lo expresó la Sala en providencia del 7 de mayo de 1991.

Luego no puede sostenerse válidamente que el actor fue ascendido dentro de la carrera administrativa, porque dicho proceso, esencialmente reglado, no se surtió, y porque su último destino no pertenece a la carrera administrativa.

Ocurre que la situación del *sub-lite* es otra. Quien se hallaba inscrito en carrera administrativa, aceptó y ejerció otro cargo que no es de carrera y a la postre de este último resultó desvinculado. La situación se solucionó legislativamente con la expedición del artículo 2o de la Ley 61 de 1987, aplicable a la cuestión debatida.

En efecto, dispone esa regla que: " **cuando un funcionario de carrera administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección, o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fue comisionado, perderá sus derechos de carrera**"; que debe interpretarse en conjunto con el artículo 4 de la misma ley.

Emergen de ellas la solución de esta litis: El empleado escalafonado no pierde sus derechos cuando, previa comisión acepta y ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, o cuando cumple el proceso de selección para el ascenso; por lo que la Administración debe sujetarse respecto de los empleos de carrera a lo mandado

por el artículo 4o de la Ley 61 de 1987. En el evento de la aceptación de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin mediar la previa comisión para ello, los derechos del escalafón declinan por voluntad de su titular.

Como quiera que el demandante del *sublite* no demostró que hubiera sido comisionado para el ejercicio del cargo de jefe de sección código 2075, grado 06, destino público de libre nombramiento y remoción, tal como se amplió esa categoría de empleo desde la vigencia de la Ley 61 de 1987, perdió los derechos de su escalafón y así debe desestimarse el único cargo que se formuló contra la resolución. La Entidad demandada desvinculó al actor en ejercicio de la facultad discrecional del nominador. Por otro lado, no sobra advertir que el demandante no se puede beneficiar de los efectos de la sentencia C-195 de 1994 de inexequibilidad parcial del art 1o de la Ley 61 de 1987, porque no se le confirieron efectos retroactivos a dicha decisión por la Corte Constitucional.

En consecuencia, la sentencia consultada erró y debe ser revocada para denegar las peticiones de la demanda.

En mérito de lo cual, 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 consultada proferida el once (11) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991) por el Tribunal Administrativo del Atlántico en la demanda de Orlando Martín Berdugo González, y en su lugar dispónese:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase, Publíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en la sesión del día 9 de febrero de 1995

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

Myriam C. Viracachá Sandoval. Secretaria (E).

PROTECCION A LA MATERNIDAD. FUERO POR MATERNIDAD. INSUBSISTENCIA - Improcedencia. **REINTEGRO**

En nuestra legislación la protección a la maternidad se inicia con la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagran los derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivo de lactancia o embarazo. Posteriormente, con los Decretos Nos. 2350 de 1938; 13 de 1967; 995 de 1968; y las Leyes 73 de 1966; 27 de 1974; 50 de 1990, y en el sector público del Decreto Ley 3135 de 1968 y su Reglamentario el 1848 de 1969 se establece el lucro por maternidad, sin olvidar que esa protección ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado. La reglamentación parte de la presunción legal; de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de los lapsos de tiempo establecidos en la norma y el empleador dispone el retiro del servicio sin haber obtenido la autorización del Ministerio de Trabajo. A más de lo anterior la Ley 50 de 1990 extendió esta protección incluso para la madre adoptante.

RECURSO DE APELACION - Delimitación

Así como la demanda establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el recurso de apelación delimita así mismo las razones que debe atender el *ad-quem*, para modificar, revocar, o confirmar la decisión. Por ende como la demandante se conformó con la sentencia proferida por el Tribunal, la Sala, sólo puede referirse a los motivos de inconformidad planteados por la Administración según voces del artículo 357 del C.P.C., ya que no es posible hacer más gravosa la situación del único apelante, y por esta razón no es posible en esta instancia conceder el reintegro.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá. D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia. Expediente No. 8928. Asuntos Municipales. Actor: Jean Cuervo Chaverra

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de fecha 28 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA:

En el libelo correspondiente (fl 7-15) la parte actora ejercitó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A. contra el Decreto No. 474 de 1990, expedido por el alcalde de Barranquilla por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal a la señora Jean Cuervo Chaverra.

A título de restablecimiento del derecho lesionado se pide el reintegro de la demandante al mismo cargo del cual fue separada ilegalmente, o a otro de igual o superior categoría o nivel. Y se cancelen por parte del municipio de Barranquilla el monto total de los salarios, primas, bonificaciones, auxilios, aumentos y demás prestaciones sociales de carácter económico a que tiene derecho desde la fecha de desvinculación hasta cuando sea legalmente reintegrada.

Que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en el trabajo prestado por la demandante.

Que el Municipio de Barranquilla le cancele la indemnización de sesenta días de sueldo y el pago de 8 semanas de descanso remunerado. Por último, que el Municipio de Barranquilla dé cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado por los artículos 176 y177 de C.C.A.

Como hechos que sirven de fundamento a la presente demanda narra los siguientes:

Que se vinculó al Municipio de Barranquilla el 2 de febrero de 1990, nombramiento que se realizó mediante Decreto No. 079 de enero 29 de 1990 en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación Mu-

nicipal; el cargo lo desempeñó hasta el 21 de mayo de 1990, fecha en que presuntamente fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 474 de 1990 (sin fecha) expedido por el Alcalde de Barranquilla.

Que cuando se produjo la desvinculación se encontraba en estado de embarazo; situación que había sido comunicada oportunamente al señor Guillermo Ariza Cabrera, Asistente General del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, quien recibió las incapacidades entregadas por Jacquelín Cuervo, hermana de la actora y las envió a la Caja de Previsión Social.

Además la oficina de Planeación Municipal tenía pleno conocimiento del estado de gravidez de la demandante porque ya había estado incapacitada en varios períodos. Indica que en el desempeño del cargo no fue ni siquiera amonestada, ni cometió falta alguna que pudiera ser motivo de la desvinculación .

NORMAS VIOLADAS:

Se citan como disposiciones violadas con el acto acusado las siguientes: Ley 53 de 1938 artículos 2 y 3: Código Contencioso Administrativo, artículo 66; Decreto No. 1632 de 1938, artículo 10 Código de Régimen Político y Municipal; artículo 56 Código de Procedimiento Civil artículos 176 y 177; Decreto 2127 de 1945, artículo 48; Ley 6a de 1945 artículo 17.

LA SENTENCIA:

El Tribunal del conocimiento le puso fin a la primera instancia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda con la consideración que dentro del plenario se demostró que la demandante se encontraba en estado de embarazo cuando se produjo la desvinculación; pero no accedió al reintegro porque estimó que no tenía fundamento legal, ya que la demandante no estaba inscrita en la carrera administrativa, su cargo era de libre nombramiento y remoción, con la limitación del fuero materno que fue violado y en consecuencia la sanción está contemplada en la Ley 53 de 1938, artículo 1, 2 y 3.

EL RECURSO:

La parte demandada en tiempo interpuso recurso de apelación contra la decisión del *a-quo*, con la fundamentación de que demandante no comunicó oportunamente en la entidad nominadora sobre su estado de gravidez, ya que la demandada solo se enteró de las causas de las incapacidades el 25 de mayo de 1990, con posterioridad a la elaboración del decreto de insubsistencia (fl. 92 y 93)

EL CONCEPTO FISCAL:

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, en el concepto de folios 101-107, manifiesta que la sentencia de primera instancia se encuentra acorde con la realidad procesal, por lo que amerita ser confirmada.

Sostiene que en relación con el reintegro que fue negado, no es posible pronunciamiento diferente porque la actora se conformó con la decisión al no apelarla.

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

CONSIDERACIONES:

Dirá la Sala en primer término que el acto acusado es de los llamados discrecionales. Por él se declaró la insubsistencia del nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera alguna, y por lo tanto de libre remoción por la autoridad nominadora.

Se desprende de autos que la demandante fue nombrada por Decreto No. 079 de 29 de enero de 1990 (fl. 6) en el cargo de Consultor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación de la Secretaría de Planeación Municipal.

Mediante Decreto No. 474 del 21 de mayo de 1990 (fl. 19-20) el Alcalde de Barranquilla en uso de sus facultades legales declaró insubsistente el nombramiento de Jean Cuervo Ch., en el cargo ya citado.

En el caso de autos pretende la nulidad del actor administrativo por medio del cual se declaró insubsistente a la actora, en razón a que se encontraba para tal época en estado de gravidez, del cual había dado aviso en la entidad demandada. En nuestra legislación la protección a la maternidad se inicia con la expedición de la Ley 53 de 1938 donde se consagran los derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo.

Posteriormente con los Decretos Nos. 2350 de 1938; 13 de 1967; 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966; 27 de 1974; 50 de 1990, y en el sector Público el Decreto Ley 3135 de 1968 y en su Reglamentario el 1848 de 1969 se establece el fuero por maternidad, sin olvidar que esta protección ha cobijado tanto a las trabajadoras del sector público como a las del sector privado.

Esta reglamentación parte de la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o de lactancia cuando se produce dentro de los lapsos de tiempo establecidos en la norma y el empleador dispone el retiro del servicio sin haber obtenido la autorización del Ministerio de Trabajo. A más de lo anterior la Ley 50 de 1990 extendió esta protección incluso para la Madre Adoptante. Con las diligencias de Inspección Judicial practicada por el *a-quo* (fl. 44) a las dependencias de la Caja de Previsión Municipal, se encontró en el folder correspondiente a la demandante una certificación médica de fecha mayo 14 de 1990, expedida por el Doctor Edgar Meza Díazgranados en la que consta que la señora Jean Cuervo de Romero está incapacitada para trabajar a partir de la fecha durante 8 días por amenaza de aborto.

Para corroborar lo anterior, se recepcionó la declaración del Dr. Edgar Claver Diazgranados, médico que atendió a la actora en el control prenatal y posterior parto, pero con la aclaración que no integra el cuerpo médico de la Caja de Previsión Social (fl. 45); narra que en el mes de mayo, el día 12 de 1990, se tuvo la certeza que la señora Jean se encontraba en embarazo, fecha en que se hizo el diagnóstico clínico. Explica que en dos oportunidades le expidió incapacidades por amenaza de aborto a partir de 14 de mayo al 21 de 1990 y de 22 de mayo a junio 5 de 1990, datos que se encuentran en la historia clínica de la paciente.

El artículo 1o. de la Ley 53 de 1938 determina:

"Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas de carácter oficial o particular, tendrá derecho en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas".

El artículo 2o. *ibídem* señala:

"No podrá despedirse de su oficio a ninguna empleada u obrera por motivos de embarazo o lactancia, y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado"

El artículo 3o. de la misma normatividad preceptúa:

"La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período de embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo, o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días."

De otro lado el Decreto No. 1632, artículo 10 a la letra dice:

"Cuando el patrono crea tener justa causa para el despido de una trabajadora embarazada deberá en cada caso dar aviso al respectivo inspector de trabajo (hoy División Regional del Trabajo). Sin concepto favorable del Inspector no podrá hacerse el despido.

PARAGRAFO.- En los lugares donde no exista funcionario dependiente del Departamento General del Trabajo, este aviso será dado ante el Alcalde, quien en caso de autorizar el despido de la trabajadora, lo hará con carácter provisional. De esta diligencia se levantará acta firmada por el Alcalde, el patrono, la mujer trabajadora o quien la represente, y dos testigos. El depido tendrá carácter definitivo, una vez emitido concepto favorable por el funcionario del trabajo residente en el lugar más cercano, quien igualmente podrá revocar la Resolución del Alcalde en uno u otro sentido..."

Analizando sobre estas bases el caso concreto, de autos se observa, que está suficientemente probado el estado de embarazo de la actora, cuando fue retirada del servicio sin motivación alguna, y que ese estado era conocido por la demandada que la declaró insubsistente.

Es entonces evidente que se infringió la ley, pues el Alcalde no podía válidamente ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción para retirar del servicio a la actora, sino que debía motivar la providencia exponiendo la justa causa que obligaba al retiro.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto al reintegro en el cargo de la mujer -retirada del servicio en estado de embarazo- a partir del 3 de noviembre de 1993, con ponencia de la Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, Exp. No. 5065, actora Doris Mercedes Prada, es la de sostener que en estos casos sí es procedente el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominada demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa, a la empleada embarazada.

En la sentencia en cita se dijo:

"Sin embargo habida consideración de que el legislador ha querido brindar una protección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 43, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder..."

Por último, dirá la Sala que así como la demanda establece el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el recurso de apelación delimita así mismo las razones que debe atender el *ad-quem*, para modificar, revocar, o confirmar la decisión. Por ende como la demandante se conformó con la sentencia proferida por el Tribunal, la Sala puede referirse a los motivos de inconformidad planteados por la Administración, según las voces del artículo 357 del C.P.C., ya que no es posible hacer más gravosa la situación del único apelante, y por está razón no es posible en esta instancia conceder el reintegro.

En este orden de ideas la sentencia objeto de la alzada merece ser confirmada.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), recaída en el proceso promovido por la señora JEAN CUERVO CHAVERRA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 16 de febrero de 1995.

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

Myriam C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E)

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia de 3 de noviembre de 1993. Expediente 5065, Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL. PROSOCIAL. ESTATUTO INTERNO. PLANTA DE PERSONAL. SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia.

Una confrontación de las disposiciones estatutarias con aquéllas no permite deducir las consecuencias ni las conclusiones que señala el demandante y que, en ninguna parte del ordenamiento invocado se establece que la expresión, planta de personal sea de uso exclusivo en los establecimientos regidos por el Derecho Público o que la misma no puede utilizarse para designar y referirse a tal aspecto en los demás. Las disposiciones superiores no contemplan restricciones para el uso del término planta de personal y si en el artículo 101 del Decreto se utiliza, por ese sólo hecho no podrían sacarse conclusiones tan amplias como para limitar su uso en las condiciones indicadas. Sostener que aquella expresión sólo es utilizable y aplicable en los establecimientos regidos por el Derecho Público, implica sin lugar a dudas, definir primero y a luz de las disposiciones que regulan la materia, la naturaleza y el régimen jurídico de la Promotora, con lo cual la transgresión que se predica por el uso del vocablo no resulta manifiesta ni directa para que la medida proceda.

PROSOCIAL. EMPLEADOS PUBLICOS - Clasificación. **EMPLEADO DE MANEJO**

Una cosa señalan las disposiciones del decreto y otra el estatuto, de manera que no es fácil de primer momento, en frente de la norma superior, afirmar que de la simple confrontación puede deducirse que los "empleos señalados como empleados públicos en el inciso 2o. del artículo 23 acusado, no son de Dirección o Confianza; y que la ley no autoriza el concepto de "manejo" como clasificatorio de empleados públicos". Para llegar a tales afirmaciones sin duda alguna será necesario examinar con mayor de-

tenimiento aquellos conceptos así como las funciones de cada uno de los cargos.

DEROGATORIA EXPRESA. LEY POSTERIOR

El acuerdo 009 estaría derogado como es lógico por la norma posterior, de modo expreso y que habría incongruencia y desarmonía entre los textos. Además que, para dar aplicación al estatuto, deberán interpretarse las disposiciones adecuadamente y observar las reglas generales que consagran las leyes sobre tal aspecto. Pero lo anterior no significa el quebranto ostensible de las normas de la Ley 153 de 1887 que tan sólo indican y sirven para resolver tales casos y marca las pautas a las directrices que deben observarse. De manera que no existe controversia en tal respecto: la conclusión es obvia, el Acuerdo 009 está derogado en forma expresa y por la sola referencia que de él se haga en el parágrafo, no revive, máxime que es disposición anterior a la derogatoria. Otra cosa diferente serán las implicaciones prácticas que esta situación tenga ante un caso concreto que requiere soluciones en aplicación a estas reglamentaciones.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Referencia: Expediente No. 10903. Autoridades Nacionales. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Prosocial "Sintraprosocial" y otros.

Admítase la demanda promovida por el Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Prosocial "SINTRAPROSOCIAL", y por Jairo Villegas Arbeláez, Luis Carlos Martínez Israel, Carlos Armando Herrera, Marlio Charry Delgado, Carlos Gerardo Puerta Acevedo, Giovany Alfonso Prieto Aguilar, Zenide Camacho Buitrago, Ramiro Ospina Giraldo, Gladys Aguirre, Javier Ricardo Barreto Perilla, Mario Alonso Alvarez Alfonso y Alvaro Granados Suárez para solicitar la nulidad parcial de los artículos 13, literal i) y 23 inciso 2o. así como el parágrafo de este último, del Decreto 1471 del 13 de julio de 1994 expedido por el Gobierno Nacional por el cual se aprueban los estatutos internos de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social "PROSOCIAL".

Para su trámite se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión al señor Procurador 4o. Delegado ante la Corporación y al señor Director de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social "PROSOCIAL".

2. Notifíquese personalmente la admisión al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Director del Departamento Administrativo de la Función pública.

3. Fíjase en lista por el término de cinco (5) días para su contestación y demás efectos legales pertinentes.

4. Solicítense los antecedentes administrativos.

Reconócese Personería al Dr. Jairo Villegas Arbeláez para actuar en representación de Luis Carlos Martínez Israel, Carlos Armando Herrera, Marlio Charry Delgado, Carlos Gerardo Puerta Acevedo, Giovany Alfonso Prieto Aguilar, Zenide Camacho Buitrago, Ramiro Ospina Giraldo, Gladys Aguirre, Javier Ricardo Barreto Perilla, Mario Alonso Alvarez Alfonso, Alvaro Granados Suárez y el Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de Prosocial "SINTRAPROSOCIAL", conforme a los poderes conferidos (fls. 1-11).

SUSPENSION PROVISIONAL

La solicita la parte actora para los actos acusados en virtud de que por simple cotejo de comparación, es manifiesta su infracción así:

La Expresión "PLANTA DE PERSONAL" es inconstitucional e ilegal ya que tal expresión del artículo 13 literal i) y el artículo 23 parágrafo transitorio, frente al numeral 16 del artículo 189 constitucional y los artículos 74 y 101 en relación con el 1o. del Decreto Ley 1042 de 1978, es para los "organismos administrativos" regidos por el Derecho Público y de ninguna manera para las empresas reguladas por el Derecho Privado.

Señala igualmente el libelista que de la simple lectura de los artículos 4 a 9 del Decreto Ley 1042 de 1978 sobre Niveles de Cargos y Características de dichos niveles, se evidencia que los empleos señalados como de empleados públicos en el inciso 2o. del artículo 23 acusado, no son de dirección o confianza y que la Ley no autoriza el concepto de "manejo" como clasificatorio de empleados públicos. Así mismo, que del inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 y su cotejo con el inciso 2o. del artículo 23 acusado, se evidencia que se tuvieron en cuenta cargos y no actividades, como lo ordena la Ley.

De los artículos 2o., 3o. y 14 de la Ley 153 de 1887 y su cotejo en el parágrafo transitorio del artículo 23 de los estatutos, en relación con el 28, se evidencia que por la simple referencia de una norma derogada no por ello se revive. Finalmente manifiesta que del artículo 467 del C.S.T. sobre Convención Colectiva como ley para las partes, de obligatorio cumplimiento (Arts. 31 y 76) y su cotejo con lo acusado, se evidencia la transgresión de la norma legal (fl. 81).

SE CONSIDERA:

1. La norma constitucional invocada establece que corresponde al Presidente de la República modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades y organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

El artículo 1o. del Decreto 1042 de 1978, por el que se establece su campo de aplicación, señala el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración que rige para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleo de los Ministerios, Departamentos Administrativos y otras dependencias públicas del orden nacional.

A su vez el 74 dispone sobre la creación y supresión de empleos como atribución del Presidente de la República y el 101 "De la corrección de las Plantas de Personal" a efectos de introducir las modificaciones necesarias para corregir eventuales distorsiones en la distribución jerárquica de los empleos.

En los estatutos de la Promotora, artículos 13 literal i) y en el 23 parágrafo transitorio se utiliza la expresión en referencia que el actor encuentra contraria a los ordenamientos superiores.

Sin embargo, una confrontación de las disposiciones estatutarias con aquellas no permite deducir las consecuencias ni las conclusiones que señala el demandante ya que, en ninguna parte del ordenamiento invocado se establece que tal expresión, sea de uso exclusivo en los establecimientos regidos por el Derecho Público o que la misma no puede utilizarse para designar y referirse a tal aspecto en los demás.

Las disposiciones superiores no contemplan restricciones para el uso del término y si en el artículo 101 del Decreto se utiliza, por ese solo hecho no podrían sacarse conclusiones tan amplias como para limitar su uso en las condiciones indicadas.

Desde otro ángulo, sostener que aquella expresión sólo es utilizable y aplicable en los establecimientos regidos por el Derecho Público, implica sin lugar a

dudas, definir primero y a la luz de las disposiciones que regulan la materia, la naturaleza y el régimen jurídico de la Promotora, con lo cual la transgresión que se predica por el uso del vocablo no resulta manifiesta ni directa para que la medida proceda.

2. Afirma el libelista que de la simple lectura de los artículos 4 a 9 del Decreto se evidencia la violación del artículo 23 del estatuto ya que los empleos señalados como de "empleados públicos" no son de dirección o confianza y no se autoriza el concepto de "manejo" como clasificatorio.

Sobre el particular debe puntualizarse que las disposiciones del decreto establecen los diversos niveles en que se clasifican los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público y las funciones generales correspondientes en cada uno de los casos: del nivel directivo, del nivel asesor, del nivel ejecutivo, del nivel profesional, del nivel técnico y del nivel administrativo.

Empero, en las disposiciones no se señala en parte alguna qué niveles corresponden a los cargos que deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos o cuáles por trabajadores oficiales para afirmar que el estatuto viola estos preceptos y de primer momento. En éste se dispone, luego de señalar que las personas que prestan sus servicios son trabajadores oficiales; "No obstante, tendrán la calidad de empleados públicos las personas que desempeñan las actividades de dirección, confianza y manejo, correspondientes a los cargos de: Director Ejecutivo, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Jefes de División, Profesionales Especializados, Profesionales Universitarios, Directores Seccionales, Almacenistas, Cajeros, Coordinadores, Técnicos Profesionales, Tecnólogos y Supervisores".

Una cosa se ha hecho notar, señalan las disposiciones del decreto y otra el estatuto, de manera que no es fácil de primer momento, en frente de la norma superior, afirmar que de la simple confrontación puede deducirse que los "empleos señalados como empleados públicos en el inciso 2o. del artículo 23 acusado, no son de Dirección o Confianza; y que la ley no autoriza el concepto de "manejo" como clasificatorio de empleados públicos". Para llegar a tales afirmaciones sin duda alguna será necesario examinar con mayor detenimiento aquellos conceptos así como las funciones de cada uno de los cargos.

Cabe observar en este punto que la parte actora objeta el uso de la expresión "Planta de Personal", utilizada en los estatutos de la Promotora, por ser aplicable únicamente en los organismos de derecho público pero en cambio, no encuentra reparo en este caso, al señalar como violadas normas del mismo decreto, artículos

4 a 9, las cuales en ese orden de ideas, sólo serían aplicables a los mismos organismos y no a las "empresas, regidas por el Derecho Privado".

3. Con respecto al quebranto del artículo 5o. inciso 2o. del Decreto 3135 de 1968, que lo hace consistir en que, en los estatutos, artículo 23 inciso 2o., se tuvieron en cuenta cargos y no actividades, como lo ordena la ley para hacer la clasificación, debe puntualizarse que en el reglamento se indican ambas cosas, tal como se advierte claramente en el texto antes transcrito en el numeral 2 y no se ve entonces cómo pueda afirmarse que sólo se tuvieran en cuenta los primeros.

4. De la simple lectura de los artículos 2o., 3o. y 14 de la Ley 153 de 1887 y su cotejo con el parágrafo transitorio del artículo 23 acusado, en relación con el 28 no acusado, afirma el accionante, se evidencia que por simple referencia de una norma derogada no por ello revive.

Las disposiciones invocadas señalan las reglas que deben observarse siempre que se advierta incongruencia en las leyes o exista oposición entre una anterior y otra posterior. Indican las disposiciones, entre otras cosas, que una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó.

El libelista plantea un problema de interpretación de las leyes que bien pudiera darse en el caso de los Acuerdos de la Junta en atención a que, en el parágrafo transitorio del artículo 23 de los estatutos, se menciona el Acuerdo 009 de 1981 al disponer que los funcionarios que están desempeñando cargos de empleados públicos " de conformidad con el artículo 27 del Acuerdo 009 de 1981... continuarán con tal calidad, hasta cuando se adopte la nueva planta de personal de Prosocial". Tal acuerdo se deroga luego por disposición del artículo 27 de los mismos estatutos.

Esta situación muestra simplemente y de primer momento, que el Acuerdo 009 estaría derogado como es lógico por la norma posterior, de modo expreso y que habría incongruencia y desarmonía entre los textos. Además que, para dar aplicación al estatuto, deberán interpretarse las disposiciones adecuadamente y observar las reglas generales que consagran las leyes sobre tal aspecto. Pero lo anterior no significa el quebranto ostensible de las normas de la Ley 153 de 1887 que tan sólo indican y sirven para resolver tales casos y marcan las pautas o las directrices que deben observarse. De manera que no existe controversia en tal aspecto: la conclusión es obvia, el Acuerdo 009 está derogado en forma expresa y por la sola referencia que de él se haga en el parágrafo, no revive, máxime que es disposición anterior a la derogatoria. Otra cosa diferente serán las implicaciones

prácticas que esta situación tenga ante un caso concreto que requiere soluciones en aplicación de estas reglamentaciones.

5. Se acusa el acto en cuanto es violatorio del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo ya que la Convención Colectiva es ley para las partes, de obligatorio cumplimiento.

Para la Sala es claro que si para deducir la violación del estatuto frente a la norma superior del C.S.T. debe acudirse primero a las estipulaciones y cláusulas consagradas en el Convención Colectiva, la transgresión no resulta directa ni ostensible y por lo mismo, no estaría dentro de los supuestos que requiere el artículo 152 del C.C.A. para dictar o acceder a la medida provisoria.

En forma reiterada ha sostenido la Corporación en oportunidades anteriores que para la procedencia de aquélla, como se desprende del texto del artículo citado, la violación debe ser tan protuberante y ostensible que se observe de primer momento, por la simple confrontación de las disposiciones invocadas sin que sea necesario acudir a razonamientos diversos o análisis jurídicos de fondo.

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

RESUELVE

No se accede a la suspensión provisional de los artículos 13, literal i) y 23 inciso 2o. así como del parágrafo de este último, del Decreto 1471 del trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Cópiese, notifiquese y cúmplase. La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión del día 2 de marzo de 1995.

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

Myrian C. Viracachá Sandoval. Secretaria (E)

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Atribuciones. **SOLICITUD DE RETIRO. EMPLEADO PUBLICO. NORMA ESPECIAL DISCIPLINARIA** - Vigencia

No aparece que el art. 8 de la Ley 83 de 1936 haya sido derogada por el Decreto 2898 de 1953 como lo afirma el demandante, ya que este decreto al otorgar al Procurador Delegado para la vigilancia Administrativa, en su art. 10, las funciones atribuidas a la procuraduría en la Ley 83 de 1936, no derogó en forma alguna la función y tampoco la competencia del Procurador General. Como quiera que en su art. 5 dispuso que la función de pedir la destitución "mediante concepto fundado en pruebas" podría ser ejercida por el procurador directamente o por medio de su delegado para la vigilancia administrativa, lo que es apenas el desarrollo de la norma constitucional que radicó la atribución de vigilancia de la conducta oficial de los empleados en cabeza del Procurador General de la Nación. Sin embargo, debe advertir la sala que la interpretación del artículo en mención no se debe hacer de manera aislada; por el contrario, dicha norma ha de entenderse en congruencia con la Constitución Política que regía al momento de su aplicación y con el resto de preceptos que se encuentran íntimamente relacionados con ella, pues sabido es que las leyes forman un todo armónico de reglas vinculadas entre sí, que se contemplan recíprocamente.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL. FUNCIONARIO DE PERIODO. ACTO DE REMOCION - Improcedencia

El accionante fue elegido como Contralor del Departamento de Cundinamarca para el período constitucional de dos años comprendido entre el 1° de julio de 1985 y el 30 de junio de 1987, como da cuenta el acta de elección en concordancia con lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 47 de

1945, y no podía ser removido antes de su vencimiento sino por motivos penales o disciplinarios. Así lo prescribió el artículo 250 del Decreto 1222 de 1986 que dispuso que los contralores solo pueden ser removidos del cargo antes del vencimiento del período por sentencia judicial o decisión que, por las razones ya anotadas, no pueden entenderse como simple petición de retiro, como la solicitud de destitución por faltas que ameriten esta sanción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santa Fe de Bogotá D.C. Marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. 7485. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Rafael Corrales Ramírez

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 24 de julio de 1992.

ANTECEDENTES

1.- El actor, RAFAEL CORRALES RAMIREZ , mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la providencia de julio 19 de 1986 expedida por el Procurador General de la Nación, por la cual solicitó a la Asamblea Departamental de Cundinamarca y al Gobernador del mismo Departamento la remoción del cargo que desempeñaba; del Decreto 01881 del 21 de julio de 1986, proferido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, por el cual citó a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias y de la Resolución No. 036 de julio 21 de 1986 de la Asamblea Departamental, que atendió la solicitud de remoción. Como restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que ocupaba, el pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar por el acto acusado con sus incrementos hasta el día en que se venza el período legal para el cual fue nombrado y que se declare que no ha existido solución de continuidad durante el tiempo que dejó de ejercer el cargo de Contralor.

2.- Considera el accionante que el artículo 243 del Decreto 1222 del 1986 en el que fundamentó el Procurador la decisión de solicitar su remoción, no tenía

vigencia para la fecha en que se profirió, toda vez que dicha norma reprodujo el artículo 8o. de la Ley 83 de 1936 que había sido derogado por virtud del Decreto 2898 de 1953 y que por lo tanto procede la excepción de inconstitucionalidad. Alega además que se violaron los artículos 25 y 26 de la Ley 25 de 1974 que señalan la competencia a los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa para conocer, en primera instancia, de las quejas y procesos disciplinarios contra los Contralores. Finalmente, manifiesta que la decisión del Procurador infringió el artículo 14 de la Ley 24 (sic) de 1974 y el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque la remoción solicitada es una especie de sanción que se adoptó sin el debido proceso disciplinario. Igualmente considera que el acto infringió, por falta de aplicación, el artículo 250 del Decreto 1222 de 1986, que determina el período de los Contralores, el cual no fue respetado en el *sub júdice*.

En cuanto al acto proferido por la Asamblea Departamental, además de citar como infringidas las mismas disposiciones invocadas para el acto del Procurador, alega que fueron desconocidos los artículos 44, 48 y 84 del Código Contencioso Administrativo, porque no se motivó la providencia como exige la ley para esta clase de actos, no se ordenó su notificación personal y por el contrario se ordenó publicar el acto previamente a su ejecución. Manifiesta además que se infringió el artículo 431 del Código Fiscal de Cundinamarca, porque no se respetó el período para el cual fue elegido.

3.- Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones del actor. La Procuraduría General de la Nación manifiesta que el Ministerio Público fue dotado por la Constitución Nacional de funciones especiales encaminadas a velar porque todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes, dentro de las cuales debe entenderse la facultad conferida por la Ley 83 de 1936 al Procurador General de la Nación, de pedir, mediante concepto fundado en pruebas, la remoción de todo empleado nacional, departamental o municipal que aparezca como inepto, desidioso o afectado por otra causa que lo inhabilite para el debido desempeño del cargo; que fue en ejercicio de esa facultad que se solicitó la remoción del accionante. Manifiesta además que por el hecho de que el legislador hubiera establecido un régimen ordinario para llevar a cabo la vigilancia del desempeño de los empleados al servicio del Estado, no se entiende derogado el régimen extraordinario consagrado en el artículo 8o. de la Ley 83 de 1936 y codificado como artículo 243 en el Decreto Extraordinario 1222 de 1986.

4.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se inhibió para hacer un pronunciamiento de mérito respecto del Decreto Departamental 1881 del 21 de julio de 1986 expedido por el Gobernador de Cundinamarca y negó las demás pretensiones de la demanda. Consideró, luego de analizar cada uno de los cargos

formulados por el libelista y las pruebas obrantes en el proceso, que la facultad ejercida por el Procurador estuvo conforme a la ley y no violó las disposiciones citadas como infringidas, porque la atribución consagrada en el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986 está señalada como una medida excepcional que puede ser aplicada por razones del buen servicio, cuando a juicio del Jefe del Ministerio Público se llegue al convencimiento de que la continuidad de un funcionario público en el cargo ocasiona entorpecimiento en el desempeño del empleo. Manifiesta que la facultad ejercida en los términos del citado artículo 243 no es reglada, ni constituye una sanción disciplinaria; que lo único que se requiere es que el Procurador tenga evidencia de los hechos demostrativos de una cualesquiera de las circunstancias previstas de dicha norma como se probó en el *sub lite* con los documentos que obran en el plenario.

Agrega el *a quo* que la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el accionante no está llamada a prosperar, porque no fue sustentada ni fue invocado precepto alguno de la Carta que resulte incompatible con lo normado por el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986. Manifiesta que la competencia del Procurador para solicitar la remoción de los funcionarios públicos es de ejercicio privativo del Jefe del Ministerio Público, toda vez que el artículo 10 del Decreto 2898 de 1953 que le asignaba competencia al Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa para conocer en primera instancia de las funciones encomendadas al Procurador por la Ley 83 de 1936 fue derogado por la Ley 25 de 1974, retornando de esta manera la competencia al Procurador General de la Nación, dado que la norma cobró vigencia por la codificación que se hizo en el Decreto 1222 de 1986.

Respecto de la violación del derecho de defensa, consideró que el hecho de que no se notifique un acto administrativo no sirve de sustento para su anulación y que la circunstancia de que el actor no hubiera tenido la oportunidad de interponer lo recursos en sede gubernativa no es óbice para que pueda hacer valer sus derechos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre los cargos formulados por el libelista contra la decisión de la Asamblea Departamental consideró el *a quo* que por tratarse en esencia de las mismas acusaciones, son valederos los razonamientos que expuso al analizar los cargos endilgados al acto del Procurador. Agrega además que el fuero resultante de la fijación de un período para el ejercicio de un empleo no genera una estabilidad absoluta sino relativa, que exige para su respeto el hecho de que el empleado no esté incurso en una de las situaciones contempladas en el citado artículo 243, ni resulte responsable de faltas disciplinarias.

Finalmente, manifestó el Tribunal que no podía hacer un pronunciamiento de mérito respecto del Decreto 1881 del 21 de julio de 1986, por tratarse de un acto de trámite que se limita a convocar a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Manifiesta el recurrente en sus escritos de alzada que en el *sub lite* se violó el principio universal del debido proceso consagrado antes en el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886 y hoy en el artículo 29 de la de 1991, porque la remoción como forma de destitución o aún en el caso de aceptarse la figura especial consagrada en el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986, exige un procedimiento en donde se dé la oportunidad para recoger y controvertir la prueba que demuestra que se está incurso en alguna de las causales señaladas en la ley; que para el caso de la situación prevista en el artículo 243, la norma pone como condición indispensable que el Procurador basado en pruebas, llegue al concepto de que el empleado público es desidioso o inepto o esté imposibilitado por otra causa para desempeñar el empleo, calificación que no puede hacerse sino a través de un procedimiento administrativo; que el Tribunal con la manifestación que hace de que la facultad contenida en el citado artículo 243 no es en estricto sentido una facultad reglada, desconoce la jurisprudencia que ha mantenido la autoridad de lo contencioso administrativo en torno a la legalidad de los actos administrativos que impliquen retiro del servicio de los empleados públicos distintos de los de libre nombramiento y remoción.

Alega que no se encuentra en el proceso ninguna prueba que demuestre que el removido Contralor era inepto o estaba afectado por una causal física o síquica que lo imposibilitara para el debido desempeño de su cargo y que por el contrario, lo que se deduce de los cargos que se le atribuyeron es que se trataba de un funcionario activo y celoso en el cumplimiento de su deber. Considera que lo único que figura en el expediente es el acta de la reunión efectuada en el despacho del Procurador a la que el propio Tribunal le quita todo valor probatorio. Manifiesta que los cargos que se atribuyen con el acto acusado constituyen faltas disciplinarias, no obstante que se invoque el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986, pues el fin perseguido por la administración al utilizar la figura de la remoción fue exonerarse de la obligación legal de adelantar el correspondiente procedimiento disciplinario y de recoger pruebas que debían estar sujetas a contradicción. Finalmente, expresa que la providencia del Tribunal desconoce la garantía de la relativa estabilidad de que gozan los funcionarios con período fijo.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar ha de decirse que no está llamada a prosperar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 243 del Decreto 1222 de 1986 que fundamenta el accionante en el hecho de que la preceptiva del artículo 243 reprodujo el artículo 8o. de la Ley 83 de 1936 que, en su sentir, se encontraba derogada por el Decreto 2898 de 1953.

Mediante la Ley 3a. de 1986 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias y *pro - témpore* (100 días) para codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes relativas a la organización y funcionamiento de la administración departamental. Fue así como respetando la redacción original de los diferentes textos constitucionales y legales, el ejecutivo incorporó en un solo Estatuto las normas que a su entender consideraba vigentes, relativas a la organización y funcionamiento de la administración departamental, incorporado el artículo 8o. de la Ley 83 de 1936, precepto que quedó convertido en el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986, y reza lo siguiente:

"El Procurador General de la Nación mediante concepto fundado en pruebas, pedirá la remoción de todo empleado nacional, departamental o municipal que apareciere como inepto, desidioso o afectado por otra causa que lo imposibilite para el debido desempeño del cargo, la petición se hará a la autoridad de quien dependa el nombramiento y esta deberá prestar atención a la solicitud del Procurador".

Por lo demás, no aparece que el art. 8o. de la Ley 83 de 1936 haya sido derogado por el Decreto 2898 de 1953 como lo afirma el demandante ya que este decreto al otorgar al Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, en su artículo 10, las funciones atribuidas a la Procuraduría en la Ley 83 de 1936, no derogó en forma alguna la función y tampoco la competencia del Procurador General, como quiera que en su artículo 5o. dispuso que la función de pedir la destitución "mediante concepto fundado en pruebas: podía ser ejercida por el Procurador directamente o por medio de su Delegado para la Vigilancia Administrativa, lo que es apenas el desarrollo de la norma constitucional que radicó la atribución de vigilancia de la conducta oficial de los empleados en cabeza del Procurador General de la Nación (art. 145 C.N. 1886).

No procede por tanto la excepción de inconstitucionalidad que plantea el libelista.

Sin embargo, debe advertir la Sala que la interpretación del artículo en mención no se debe hacer de manera aislada; por el contrario, dicha norma ha de en-

tenderse en congruencia con la Constitución Política que regía al momento de su aplicación y con el resto de preceptos que se encuentran íntimamente relacionados con ella, pues sabido es que las leyes forman un todo armónico de reglas vinculadas entre sí, que se complementan recíprocamente.

Y se impone en el *sub lite* este proceso de interpretación del art. 243, toda vez que su valoración frente a la actuación de que da cuenta el plenario, precisará los alcances de dicha preceptiva y definirá en últimas la legalidad o no de los actos acusados, respecto de la transgresión del principio del debido proceso consagrado entonces en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886 e invocado como motivo de inconformidad por el accionante en su demanda.

Al Procurador General de la Nación por mandato expreso de la Constitución de 1886 se le confirió, entre otras funciones, la supervigilancia de la conducta de los empleados públicos y si bien es cierto que en el artículo 145 se dijo que además de las atribuciones que le fueron fijadas, le correspondía ejercer las señaladas por la ley, tales atribuciones sólo pueden estar conferidas dentro de los lineamientos que la misma Carta Política señala respecto de algunos procedimientos especiales de retiro e integradas con los otros preceptos legislativos que consagran fuero de estabilidad a los empleados públicos, y desde luego su aplicación debe enmarcarse dentro del principio constitucional del debido proceso.

Por ello la solicitud de remoción no puede ser una facultad que pueda ejercerse sin regla o limitación alguna, ni es cierto que sólo baste, como dijo el *a quo*, que el Procurador tenga pruebas que lo lleven a conceptuar que el empleado es inepto o esté incurso en alguna de las causales consagradas en el artículo 243, para que pueda solicitar la remoción, prescindiendo de que el inculpado controvierta tales pruebas y se defienda de la imputación, porque sería desconocer los principios constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso amparados por la Constitución Política.

Dos limitaciones encuentra la Sala en relación con el ámbito personal de la remoción por solicitud del Procurador: la de los funcionarios que tienen señalado un procedimiento especial de retiro, y la de los empleados con fuero de estabilidad.

1- Tanto la Carta Política anterior como la Constitución Política actual consagraron procedimientos especiales para el retiro de funcionarios de cierta investidura y por razón de ella, como por ejemplo, para el Presidente de la República, el Fiscal General, funcionarios y miembros de corporaciones públicas de elección popular, ministros del despacho, funcionarios judiciales, luego sería absurdo dejar

de observar estas preceptivas en aras de aplicar el artículo 243 que es una norma de inferior categoría.

2- Igualmente la misma Constitución Política y leyes especiales, han consagrado fueros de relativa inamovilidad para algunos funcionarios públicos, al señalarles un período fijo dentro del cual sólo pueden ser removidos por motivos penales o disciplinarios. No cabe entonces respecto a ellos, la figura del retiro por petición del Procurador, a menos, claro está, que ella corresponde a la solicitud de destitución como culminación de un procedimiento disciplinario y por falta que amerite tal sanción.

Tampoco cabe en relación con empleados que adquieren relativa estabilidad por su ingreso a una carrera que esté protegida legalmente por esta garantía, porque la propia Constitución Política prescribe que la facultad de nombramiento y despido en los casos en que se accede al servicio por méritos, sólo puede ejercerse con sujeción a la normas que expida el Congreso y tales normas han previsto correctivos para prescindir de los funcionarios cuando incurran en faltas disciplinarias graves o cuando no sea satisfactorio su desempeño, previo proceso disciplinario o calificación de servicios, respectivamente.

Ya esta Corporación en reiteradas oportunidades ha manifestado que la estabilidad que genera el nombramiento en un cargo de período o la pertenencia a una carrera tiene como finalidad la buena prestación del servicio público, por lo que el interés tutelado antes que ser el interés particular, es el interés colectivo; por manera que desconocer de plano las prerrogativas de estabilidad de los funcionarios, pretextando la aplicación de una norma que en apariencia otorga una facultad pródiga y sin restricciones al Procurador General de la Nación, es desconocer claros principios constitucionales y legales.

De otra parte, no puede entenderse que exista dentro del estado de derecho una actuación administrativa en la que a un funcionario se le puedan endilgar cargos como el ser desidioso o negligente, o se le califique de inepto o imposibilitado por otra causa para el ejercicio del cargo y no se le dé la oportunidad de tener un debido proceso para defenderse y probar lo contrario.

Si bien esta institución del debido proceso nació como un concepto esencial del proceso jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia y en la actualidad la propia Constitución Política, la han concebido como principio rector en toda clase de actuaciones - administrativas y jurisdiccionales - por lo cual la validez de todo procedimiento y la decisión que se produce, dependen de que el interesado pueda hacer valer sus derechos. Y es ínsito de la institución del debido proceso la con-

tradicción de la prueba por la persona contra la cual se hace valer, de manera tal que si se desconoce esta garantía se genera la nulidad no sólo de la prueba así obtenida sino también de la decisión a la que sirve de fundamento; por ello, el ejercicio de toda función, incluida la que se controvierte en este proceso, debe enmarcarse dentro de esta garantía constitucional.

Pues bien, en el caso *sub-júdice*, el accionante fue elegido como Contralor del Departamento de Cundinamarca para el período constitucional de dos años comprendido entre el 1o. de julio de 1985 y el 30 de junio de 1987, como da cuenta el acta de elección en concordancia con lo preceptuado en el artículo 9o. de la Ley 47 de 1945, y no podía ser removido antes de su vencimiento sino por motivos penales o disciplinarios. Así lo prescribió el artículo 250 del Decreto 1222 de 1986, que dispuso que los contralores sólo pueden ser removidos del cargo antes del vencimiento del período por sentencia judicial o decisión de la Procuraduría General, decisión que, por las razones ya anotadas, no puede entenderse como la simple petición de retiro, sino como la solicitud de destitución por faltas que ameriten esta sanción.

Sin embargo, el demandante fue removido del servicio antes de la finalización del período por solicitud que formuló el Procurador General de la Nación ante la Asamblea Departamental, con base en el artículo 243 del Decreto 1222 de 1986, mediante concepto que fundamentó en el hecho de que no existían condiciones propicias para que el funcionario continuara en el cargo, debido "a su mala porfía en el manejo de la gestión fiscalizadora" (fl. 11 cdno. ppal.). Y para la solicitud de retiro, el Procurador no observó procedimiento alguno que garantizara su derecho de defensa; si bien aparece en el expediente a folios 2 a 7 del cuaderno principal el acta de la reunión que tuvo lugar en el despacho del Procurador con asistencia del accionante, en donde respondió las preguntas que le hizo el jefe del Ministerio Público sobre algunos aspectos relacionados con el problema que estaba atravesando el Departamento de Cundinamarca, referentes a los acuerdos de gastos, al manejo presupuestal y a las sanciones que había impuesto a algunos auditores especiales por desacatar los órdenes impartidas, no puede entenderse que dicha audiencia fuera procedimiento adecuado para que el funcionario ejerciera su derecho de defensa, toda vez que en ella simplemente se contestó el cuestionario que hizo el Procurador, sin que el removido Contralor haya tenido la oportunidad de saber con anticipación por qué se le citaba, ni cuáles eran la pruebas que tenía en su poder el Procurador, y menos de controvertirlas.

Es cierto que a partir de la fecha de expedición de la Ley 83 de 1936, no se ha expedido precepto legal alguno que indique el procedimiento para el ejercicio de tal función, pero la norma constitucional imponía seguir los pasos mínimos que

garantizaran la posibilidad del funcionario de ejercer su derecho de defensa y probar que no eran ciertas las imputaciones.

Tiene por tanto razón el demandante para alegar la transgresión de su derecho de defensa y por consiguiente la violación del artículo 250 del Decreto 1222 de 1986 que amparaba su estabilidad dentro del período constitucional señalado para el cargo.

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que debe revocar la sentencia apelada en cuanto negó las pretensiones de la demanda y declarar, como lo hará en este proveído, la nulidad de los actos por los cuales se removió al funcionario del cargo.

No habrá pronunciamiento sobre la decisión del *a quo* de inhibirse para fallar sobre el Decreto 01881 del 21 de julio de 1986, porque no fue planteado en el recurso de alzada motivo alguno de inconformidad.

En cuanto al restablecimiento del derecho pedido como consecuencia de la nulidad del acto, ha de accederse, con la connotación de que no se ordenará el reintegro al cargo, por haberse ya vencido el período para el cual fue elegido, pero se ordenará el reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir con ocasión de los actos acusados hasta la fecha de vencimiento del período legal para el cual fue elegido, según consta en el acta de Octubre 4 de 1984 de la Asamblea Departamental. (fl. 101 cdno,. ppal.), en concordancia con el artículo 187 numeral 8o. de la Constitución Política de 1886 y el artículo 9o. de al Ley 47 de 1945.

Se precisa además que al accionante se le descontará de las sumas que reciba por concepto de restablecimiento del derecho, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en el mismo período, a fin de respetar la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Constitución y en el 128 de la vigente.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección "B", el veinticuatro (24) de julio de mil

novecientos noventa y dos (1992) en cuanto negó las pretensiones de la demanda y en su lugar dispone:

DECLARASE LA NULIDAD de la providencia del 19 de julio de 1986 emanada del Procurador General de la Nación mediante la cual solicitó a la Asamblea Departamental de Cundinamarca y al Gobernador del Departamento de Cundinamarca la remoción del señor RAFAEL CORRALES RAMIREZ del cargo de Contralor del Departamento de Cundinamarca y de la Resolución No. 036 de julio 21 de 1986 de la Asamblea Departamental de Cundinamarca por la cual se atiende la solicitud de remoción.

ORDENASE el reconocimiento y pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir por el accionante desde el día 21 de julio de 1986 hasta el 30 de junio de 1987, fecha de vencimiento del período para el cual fue elegido.

De las sumas que se le pagaren al actor a título de restablecimiento ordenado en este proveído, 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 respetar la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Carta Política y en el 128 de la vigente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y una vez ejecutoriada esta providencia de vuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada, aprobada y odenada su publicación por la Sala en Sección del dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Myrian C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E).

PROVIDENCIA DE CONDENA. DESCUENTO - Improcedencia. **EMPLEADO PUBLICO** - Inexistencia. **ANALOGIA** - Improcedencia. (Aclaracion de voto)

La suma a que se condena, 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 tiene el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "tesoro público", sino que en verdad viene a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó el 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. 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 estos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 1o. DE MARZO DE 1995 EN EL PRO-CESO No. 7485. - AUTORIDADES NACIONALES - ACTOR RAFAEL CORRALES RAMIREZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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 se ordena el descuento de 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, 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 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 al 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 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 tiene 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. 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. 33949, Ponente H. magistrada Dra. Emilia Mesa S. octubre 15/85, y posteriormente, ha sido mantenido 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 esa 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 de la sentencia que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento, Carlos Arturo Orjuela Góngora

Expediente. No. 7485. - Autoridades Nacionales - Actor: *Rafael Corrales Ramírez*.- (Aclaración de voto).

SECCION TERCERA

ACTO GENERAL. ACCION DE NULIDAD. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia

La acción de nulidad y restablecimiento, desde la Ley 167 de 1941 (en aquel entonces, como se dijo, de plena jurisdicción) siempre se ha dirigido contra los actos administrativos de contenido particular y con fines restablecedores. En cambio, esa misma jurisprudencia no ha aceptado la posibilidad de que contra los actos de contenido general y abstracto pueda instaurarse acción de restablecimiento. En otras palabras, se ha reiterado que el acto administrativo de carácter general sólo será pasible de la acción de simple nulidad, en los términos del art. 84 de C.C.A. La única variante que ha admitido la jurisprudencia frente a las acciones de impugnación de actos administrativos, es la apertura que se hizo a partir de la sentencia de 10 de agosto de 1961 (Pon. Dr. Carlos Gustavo Arrieta L.), para demandar también en acción de simple nulidad ciertos actos administrativos de contenido particular, siempre que la nulidad de estos no implique para los sujetos destinatarios un restablecimiento automático de su derecho. Las acciones de impugnación de los actos administrativos están organizadas, en principio, en función de la naturaleza de los actos impugnados; y no es el capricho de los impugnadores el que señala la acción que debe proponerse frente a determinados actos. Se dice en principio porque ciertos actos de carácter particular también podrán impugnarse en acción de simple nulidad.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

La nulidad de los actos de carácter general no puede acumularse con la de otros de contenido particular, ni siquiera cuando estos no sean sino desarrollo de aquellos. Así, la jurisprudencia no ha aceptado que se demande la nulidad, por ejemplo, de un acuerdo creador de un impuesto municipal con la pretensión anulatoria del acto de liquidación del gravamen.

DEMANDA - Ineptitud. **HIDROCARBUROS. REGALIAS** - Liquidación

La demanda pretende, contra expresa prohibición legal (artículo 17 del C.C.), que se provea en el presente asunto por vía de disposición general o reglamentaria, ya que no tienen otro alcance las pretensiones formuladas en el literal b), nls. 1, 2 y 4 que buscan que esta Sala, de un lado, le señale a la administración las directrices generales que debe seguir en el futuro para la liquidación de las participaciones por concepto de regalías; y de otro, que se disponga que carece "de competencia para fijar los precios de liquidación del petróleo crudo, para efecto del pago de las prestaciones periódicas".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C, enero treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo-.*

Referencia: Sentencia No. Expediente No. 5839 - Minas Actor: Departamento del Huila. Demanda: La Nación - Ministerio De Minas y Energía - ECOPETROL

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia, luego de la culminación del trámite correspondiente a la instancia.

ANTECEDENTES

Mediante demanda formulada el 15 de junio de 1989 contra la Nación Ministerio de Minas y Energía y la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, el Departamento del Huila expresamente solicitó:

"a) Que se declare la NULIDAD y/o la INCONFORMIDAD con el régimen constitucional y legal vigente a la fecha de la expedición de los siguientes Decretos, Resoluciones Administrativas emanadas del Ministerio de Minas y Energía y de las operaciones administrativas de liquidación elaboradas por ECOPETROL y/o el antedicho Ministerio.

"1.- Del Decreto Reglamentario 2734 de 23 de septiembre de 1985, en especial la expresión "de acuerdo con los precios de liquidación fijados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía" contenida en el Artículo segundo del mismo.

"2.- De las Resoluciones Números 001108 del 25 de septiembre de 1985, 001114 del 25 de septiembre de 1985, 001117 de 25 de septiembre de 1985, 001331 y 001332 de 13 de noviembre de 1985, 002063 de 11 de diciembre de 1986, y de las operaciones administrativas de liquidación mensual de las prestaciones periódicas que por concepto de las participaciones petrolíferas, le pertenecen al DEPARTAMENTO DEL HUILA, las cuales se realizaron en el período comprendido entre el 25 de septiembre de 1985 y el 31 de diciembre de 1988, sobre la base de las resoluciones antes dichas.

"3.- Que se declare la nulidad y/o la inconformidad con el régimen constitucional y legal vigente a la fecha de expedición, de la Resolución 1602 del Ministerio de Minas y Energía fechada el 16 de julio de 1987, por la cual se negó la solicitud de revocación directa presentada por el doctor Rodrigo Manrique, entonces Gobernador del DEPARTAMENTO DEL HUILA.

"4. Que se declare la nulidad y/o inconformidad con el régimen constitucional y legal vigente a la fecha de su expedición de los Decretos Reglamentarios 545 y 716 de 1989, de la Resolución 001211 de 17 de abril de 1989 y todas y cada una de las operaciones administrativas de liquidación trimestral de las prestaciones periódicas que por el concepto del pago de las participaciones petrolíferas de propiedad del DEPARTAMENTO DEL HUILA, se realizaron a partir del primero (1o.) de enero de 1989 y hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que se profiera dentro del presente proceso.

"b) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se restablezcan los derechos lesionados del DEPARTAMENTO DEL HUILA y se repare su patrimonio así:

"1.- Que el Honorable Consejo de Estado declare que las operaciones administrativas de liquidación de las prestaciones periódicas realizadas mensualmente por el Ministerio de Minas y Energía y/o Ecopetrol, desde el 25 de septiembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1988 y trimestralmente a partir del 1o. de enero de 1989, hasta la fecha en que la Honorable Corporación falle la presente demanda y esta quede ejecutoriada, por concepto de las participaciones petrolíferas de que es titular el DEPARTAMENTO DEL HUILA, debieron y deberán efectuarse de conformidad con lo previsto para el efecto por la Ley 10 de 1961 Artículo 13, el Decreto 1246 de 1974 artículo 1o., y demás normas concordantes, es decir, sobre la base del precio medio del crudo en el puerto de embarque, calculado con base en normas internacionales, precios de lista, y valores de crudo semejantes en puertos que puedan abastecer el mercado en condiciones similares, previa deducción del costo de transporte entre dicho puerto de embarque y el campo de producción, de conformi-

dad con las tarifas de transporte por oleoducto, incluyendo trasiego si fuera el caso.

"2.- Que el Honorable Consejo de Estado declare que el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Precios de Petróleo y del Gas Natural, carecen de competencia legal para fijar los precios de liquidación del petróleo crudo, para efectos del pago de las prestaciones periódicas por concepto de las participaciones petrolíferas de propiedad del DEPARTAMENTO DEL HUILA.

"3.- Que se declare que el Estado Colombiano, Ministerio de Minas y Energía y/o la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL", están obligados a liquidar las prestaciones periódicas por concepto de las participaciones petrolíferas de propiedad del DEPARTAMENTO DEL HUILA, generadas periódicamente en su favor por la explotación de los yacimientos de Palermo (San Francisco), Neiva, Tello, Carnicerías y Andalucía, de conformidad con lo establecido por el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961, el Artículo primero del Decreto Ley 1246 de 1974 y demás normas legales concordantes.

"4.- Que en consecuencia se condene *in-genere* al Estado Colombiano, Ministerio de Minas y Energía y a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. a reconocer y pagar al DEPARTAMENTO DEL HUILA la diferencia resultante entre las operaciones administrativas contentivas de las liquidaciones realizadas por estos, durante el período comprendido entre el 25 de septiembre de 1985 y la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia proferida en el curso de este proceso, y las reliquidaciones las prestaciones periódicas por concepto de las participaciones petrolíferas de las que es titular esta entidad territorial, reliquidaciones que deberán realizarse conforme a lo previsto por el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961 y demás normas legales concordantes.

"5.- Que se declare que sobre las sumas resultantes de la condena y pagar al DEPARTAMENTO DEL HUILA, por concepto de la pérdida adquisitiva del peso, la corrección monetaria sobre la diferencia resultante entre cada una de las liquidaciones mensuales (y trimestralmente a partir del primero de enero de 1989) y sus respectivas reliquidaciones, desde el momento en que las primeras se efectuaron hasta el momento en que el pago de la diferencia resultante se produzca, de acuerdo con la certificación que sobre la corrección monetaria expida el Banco de la República al efecto.

"6.- Que el Honorable Consejo de Estado declare y condene a que, como lucro cesante, el Estado Colombiano -Ministerio de Minas y Energía- y la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL" habrán de reconocer y pagar en favor del DEPARTAMENTO DEL HUILA intereses corrientes comercia-

les sobre la diferencia resultante entre las liquidaciones y cada una de las reliquidaciones que se efectúen, de conformidad con lo establecido por esa H. Corporación. Intereses que habrán de calcularse desde el momento de la cancelación o pago efectivo de la respectiva liquidación o pago efectivo de la respectiva liquidación hasta el pago por concepto de la diferencia resultante de la reliquidación se produzca.

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el Departamento del Huila es propietario de las participaciones que se generan en su territorio por explotación petrolífera de sus yacimientos.

2) Que esas participaciones forman parte de su patrimonio.

3) Que los yacimientos están localizados en Neiva, Carnicerías, Tello, Palermo (San Francisco) y Andalucía.

4) Que dichos yacimientos son explotados por la Nación, así: por el sistema de concesión, Neiva, Carnicerías y Tello; por asociación, Palermo y Andalucía.

5) Que el monto en la participación depende del sistema de explotación adoptado.

6) Que la Ley determinó que para el sistema de concesión la participación para el Departamento será del 65% y para el de asociación regalías del 9½ % del valor bruto de la producción en la región occidental del país y del 7½ % en la oriental.

7) Que el régimen anterior, cuando aún no existía el sistema de asociación, disponía al respecto: "Las participaciones de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, en cuyos respectivos territorios se adelanten explotaciones petrolíferas, serán del cincuenta (50%) de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones para los tres primeros y diez por ciento (10%) para los últimos.

Tales participaciones se considerarán como parte del patrimonio de aquellas entidades para los efectos del artículo 183 de la Constitución Nacional".

8) Que la Ley 10 de 1961 determina el sistema de liquidación y dispone que debe calcularse en la forma prevista en el art. 13.

9) Que el cap. VI del Código de petróleos (dec. 1056/53) y la Ley 10 de 1961, constituyen la fuente de la obligación de pagar regalías a favor del gobierno nacional y facultan a este para determinar la forma en que la obligación del deudor, explotador, ha de ser pagada.

10) Que de acuerdo con la Ley 10 de 1961 (art. 13) existen dos relaciones jurídicas autónomas. La primera, entre el explotador y la Nación; y la segunda, entre el gobierno nacional y los entes territoriales.

Narra también la demanda otros hechos, involucrados con la fundamentación jurídica así:

"12. EL DECRETO 444/67 CONFIRMO EL SISTEMA DE CUANTIFICACION Y LIQUIDACION CONSAGRADO POR LA LEY 10 DE 1961.- Posteriormente el Artículo 154 del Decreto Ley 444 del 22 de marzo de 1967 dispuso: "El Ministerio de Minas y Petróleos (hoy Energía) determinará los volúmenes de producción que los explotadores deban vender para la refinación en el país y fijará los precios correspondientes.

"A su vez el Artículo 162 del mismo estatuto, modificado por el Artículo 29 del Decreto 688 dispone: "Para efectos cambiarios y fiscales, el Ministerio de Minas y Petróleos determinará los precios de explotación de crudos con base en normas internacionales, **sin que se modifique el sistema vigente** (Ley 10/61 Artículo 13) **de precios cotizados o de lista para la liquidación de las regalías o del impuesto al petróleo de propiedad privada**.

"En el Ministerio de Minas y Petróleos funcionará una Comisión de Precios encargada de señalar, previa audiencia de los respectivos explotadores, los volúmenes de producción que estos deban vender para la refinación en el país y de fijar los precios a que se refieren los artículos 162 y 154 del presente decreto, **con excepción del que sirve de base al petróleo de propiedad privada** (Ley 10/61 Art. 13, anotación personal de quien escribe).

"El Gobierno mediante Decreto Reglamentario, establecerá la organización y el funcionamiento de la Comisión y determinará los sistemas que deban aplicarse para señalar los precios de los crudos destinados a la explotación y a la refinación en el país" -nunca para señalar los precios que sirven de base para liquidar las regalías- (observación personal).

"13. FACULTADES CONCEDIDAS POR EL DECRETO 444/67 AL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.- El Decreto Ley 444/67 y en especial sus artículos antes citados, sólo facultan al Ministerio de Minas y Energía exclusivamente para:

"a) "determinar los volúmenes de producción que los explotadores deban vender para la refinación en el país", y

b) "fijar los precios correspondientes a esos volúmenes de producción".

"El Decreto Ley no otorga al Ejecutivo ni al Ministerio de Minas y Energía facultad alguna para determinar a través de Decreto Reglamentario o acto administrativo, el sistema de liquidación de regalías ni el precio básico para el efecto.

"14. CONSERVACION POR MANDATO EXPRESO DEL SISTEMA DE CUANTIFICACION Y LIQUIDACION DE LAS PARTICIPACIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.- El cálculo del precio del crudo para efectos de la cuantificación y liquidación de las participaciones correspondientes a las entidades territoriales no sufrió variación alguna. Por el contrario el Artículo 162 original del Decreto 444/67 y su modificatorio (Art. 29 del D. 688/67) disponen en forma expresa que lo determinado en ellos, para efectos cambiarios y fiscales, **no modifica, ni sustituye, el sistema de precios cotizados o de lista para la liquidación de regalías**; el cual continúa siendo el señalado por el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961, tanto para el petróleo destinado a la exportación como el que se destina para la refinación interna.

"15. FACULTADES LEGALES DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA PARA LIQUIDAR LAS PARTICIPACIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.- La Ley 1a. de 1984 en sus Artículos 23, 33 y 35, para efectos de la elaboración de la liquidación de regalías petrolíferas, dentro del sistema legal existente (Art. 13 de la Ley 10/61) confirió al Ministerio de Minas y Energía las siguientes funciones:

"Elaborar y comunicar las liquidaciones de cánones superficiarios, participaciones e impuestos de transporte por oleoducto y gaseoductos y comprobar el pago oportuno de los mismos";

"Elaborar las liquidaciones de los beneficios y participaciones de la nación por concepto de la explotación de hidrocarburos".

"16. DECRETO 2734/1985.- A pesar de lo anterior, el Ejecutivo Central expide el 23 de septiembre de 1985 el "Decreto Reglamentario" 2734 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 10 de 1961 y el Decreto Ley 1246 de 1974". El Decreto Reglamentario 2734/1985 en su Artículo 2 dispuso: "Dentro de los diez días siguientes a la respectiva liquidación mensual, ECOPETROL transferirá al tesoro nacional, departamental, intendencial, comisarial o municipal según el caso, el valor en moneda legal de las regalías y par-

ticipaciones recibidas de acuerdo con los precios de liquidación **fijados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía.**

"17. RESOLUCIONES.- A pesar de que el sistema de liquidación y el precio del crudo para efectos del cálculo de la participación correspondiente a las entidades territoriales, se halla contenido en la Ley 10/1961 Artículo 13, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, expidió con relación a los yacimientos petrolíferos ubicados en el territorio del DEPARTAMENTO DEL HUILA, las siguientes resoluciones:

"a) EN RELACION CON EL YACIMIENTO PETROLIFERO DE PALERMO (San Francisco), explotado por el sistema de asociación: La Resolución, no motivada, No. 001108 de 25 de septiembre de 1985, por la cual "se fijan los precios del petróleo crudo" de la asociación PALERMO "para los efectos del pago de las participaciones a las entidades territoriales".

b) EN RELACION CON EL YACIMIENTO PETROLIFERO DE ANDALUCIA, explotado por el sistema de asociación: La Resolución No. 001114, no motivada, del 25 de septiembre de 1985 y la Resolución 001332, no motivada, de 13 de noviembre de 1985 mediante las cuales se fijaron los precios del petróleo crudo para efecto de los pagos de regalías y participaciones correspondientes al DEPARTAMENTO DEL HUILA por concepto de la explotación de dicho yacimiento.

"c) EN RELACION CON LOS YACIMIENTOS DE NEIVA, TELLO Y CARNICERIAS, explotados por el sistema de concesión: La Resolución No. 001117, no motivada, de 25 de septiembre de 1985, "por la cual se fijan los precios del petróleo crudo" que se explota en las concesiones NEIVA, TELLO Y CARNICERIAS, "para efectos del pago de las regalías y participaciones correspondientes a las entidades territoriales". Con posterioridad se expidió la Resolución No. 001331, no motivada, de 13 de noviembre de 1985 por la cual se aclara la anteriormente citada, "en el sentido de que la liquidación de las regalías a que se refiere dicha Resolución se hará tomando como precio de referencia el mismo de la Empresa Colombiana de Petróleos y el Gas Natural, y demás normas que la modifican o adicionan".

"A su turno, la referida Resolución 058 de 1980 fija los precios **"para la producción de petróleo crudo, destinado a la refinación interna"** (subrayado nuestro), proviene de la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural y fue expedida en ejercicio de las facultades que le confieren los Decretos 444 de 1967 y 844 de 1975. Esta Resolución a pesar de provenir de la Comisión enunciada facultada para fijar "los volúmenes de producción que estos deban vender para la refinación en el país y de fijar los precios a que se

refiere este artículo y el 154 del presente decreto, con excepción del que sirve de base para liquidar las regalías..." para las cuales el precio que rige es "sistema vigente de precios cotizados o de lista" -fue modificada por el Ministerio de Minas y Energía, usurpándole funciones a la Comisión y fijando un nuevo precio para el crudo destinado a la refinación interna, a través de la Resolución 060 de 1986, con la finalidad de utilizar este precio como base de la liquidación de las participaciones correspondientes.

"d) Por último la Resolución 002063, no motivada, de 11 de diciembre de 1986, fijó base de liquidación de regalías para las concesiones de Neiva, Tello y Carnicerías.

"18. SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA.- EL DEPARTAMENTO DEL HUILA por intermedio del Gobernador de esa época Dr. Rodrigo Manrique Medina, solicitó al Ministerio de Minas y Energía la revocación directa de los siguientes actos administrativos:

"a) Liquidación del valor de regalías petrolíferas de las concesiones Neiva, Tello y Carnicerías del Departamento del 31 de octubre de 1986.

"b) Resolución 2063 de 11 de diciembre de 1986, mediante la cual se fijaron los precios del petróleo crudo que se explota dentro de las concesiones mencionadas para efectos del pago de regalías.

"c) Resolución 1108 de 25 de septiembre de 1985, por la cual se fijaron los precios del petróleo crudo para el área correspondiente al Contrato de Asociación Palermo.

"Solicitó, igualmente, la modificación del Artículo 2 del Decreto 2734 de 1985 y del artículo 3o. de la Resolución 1118 de 1986, relacionados con el procedimiento para la liquidación de las regalías.

"19. PRONUNCIAMIENTO DEL MINISTERIO.- El Ministerio de Minas y Energía el 16 de Junio de 1987 expidió la Resolución No. 001602, esta sí motivada, a través de la cual resolvió la solicitud de Revocatoria Directa impetrada por el DEPARTAMENTO DEL HUILA, disponiendo en su parte resolutiva: "No acceder a la petición presentada por el Sr. Gobernador del Departamento del Huila, Dr. Rodrigo Manrique Medina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

"20. CONCEPTO DEL DOCTOR CARLOS GUSTAVO ARRIETA.- El doctor Carlos Gustavo Arrieta a pedido de la Cámara de Comercio de Neiva rindió concepto sobre los derechos patrimoniales que le corresponden al

DEPARTAMENTO DEL HUILA por concepto de participaciones por la explotación de los yacimientos petrolíferos ubicados dentro de su jurisdicción territorial. Cabe anotar que las calidades de este eximio jurista conocedor como pocos del campo del derecho petrolero, ex-ministro de Estado, ex-consejero de Estado, hacen que su concepto constituya importante doctrina en materia de derecho de petróleos, más aún cuando fue inspirador de la normatividad comento.

"21. LIQUIDACIONES MENSUALES.- El Ministerio de Minas y Energía en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 1 de 1984, aplicando el sistema de cuantificación y liquidación de participaciones previsto por las Resoluciones impugnadas y no el preceptuado por el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961, desde el 25 de septiembre de 1985 y hasta la fecha, viene periódicamente, en forma mensual (y trimestral a partir del presente año), liquidando en favor del DEPARTAMENTO DEL HUILA las prestaciones periódicas que a esta entidad territorial le corresponden por concepto de las participaciones a las que tiene derecho por las explotaciones petrolíferas adelantadas por la Nación, por el sistema de concesión o asociación, en su respectivo territorio.

"22. MODIFICACION DEL SISTEMA.- El 15 de marzo de 1989 el Gobierno Nacional, ante las protestas reiteradas del DEPARTAMENTO DEL HUILA, expidió el Decreto Reglamentario 545 "por el cual se reglamentan parcialmente los Decretos 1246 y 2310 de 1974 y la Ley 75 de 1986", **modificando el sistema de cuantificación y liquidación de las prestaciones periódicas que por concepto de las participaciones petroleras les corresponden a las entidades territoriales. La fórmula descrita en el Decreto 545/89 comenzó a aplicarse con retroactividad al primero de enero de 1989,** por disposición del Decreto 716 de 7 de abril de 1989, variando, adicionalmente, la periodicidad del pago, haciéndolo trimestral.

"23. RESOLUCION 001211/89.- En desarrollo del Decreto 545/89, referido, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución No. 001211 del 17 de abril de 1989 "por la cual se fijan las bases para efectos del precio de las regalías de petróleos crudos..." y se fijan algunas constantes "para efectos del cálculo del precio básico de regalías de petróleos crudos".

"24. OPERACIONES ADMINISTRATIVAS DE LIQUIDACION.- Con base en la Resolución 001211 de 1989 expedida por el Ministerio, a partir del presente año, las operaciones administrativas de liquidación que desde 1961 se venían realizando mensualmente, comenzaron a liquidarse trimestralmente, desde el 1 de enero del presente año, modificándose así la periodicidad con que se cancelan las prestaciones por concepto de las participaciones petrolíferas de las cuales es titular el DEPARTAMENTO DEL HUILA.

"25. SISTEMA VIGENTE.- El Decreto 545/89 y la Resolución No. 001211 de 17 de abril de 1989 son las normas de origen gubernamental, no legal, que actualmente rigen el sistema para la liquidación de las participaciones petrolíferas que periódicamente se liquidan a las entidades territoriales quienes ostentan sobre ellas el derecho de dominio que les confirió la Ley".

Durante el trámite de la instancia fueron presentados alegatos por las partes así: Ecopetrol, a folios 426 y ss; por la Nación a folios 447 y ss; y por la parte actora a folios 554 y ss. Asimismo conceptuó el señor procurador décimo delegado, tal como se lee a folios 436 y ss.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Estima la Sala que para la solución del presente litigio es preciso seguir el siguiente derrotero: a) la acción propuesta; b) los actos impugnados; c) las pretensiones; d) la acumulación; e) las excepciones; f) la conclusión.

LA ACCION

Son inequívocos los términos de la demanda en cuanto a la acción propuesta. Allí se formula la acción de restablecimiento, **"genéricamente denominada de nulidad resarcitoria".**

Aunque inicialmente en el código administrativo la acción contemplada en el art. 85 del mismo (que reemplazó a la plena jurisdicción de la Ley 167 de 1941), orientada a la nulidad de los actos administrativos de contenido particular con fines resarcitorios, se enunciaba como de restablecimiento, con el dec. 2304 de 1989 (art. 15) empezó a llamarse "de nulidad y restablecimiento del derecho".

Acción que algunos han calificado como de nulidad resarcitoria para diferenciarla de las demás acciones de impugnación de actos administrativos, como sería, entre otras, las de simple nulidad, las electorales y las agrarias.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la corporación, la acción de nulidad y restablecimiento, desde la Ley 167 de 1941 (en aquel entonces, como se dijo, de plena jurisdicción) siempre se ha dirigido contra los actos administrativos de contenido particular y con fines restablecedores. En cambio, esa misma jurisprudencia no ha aceptado la posibilidad de que contra los actos de contenido general y abstracto pueda instaurarse acción de restablecimiento. En otras palabras, se ha reiterado que el acto administrativo de carácter general sólo será posible de la acción de simple nulidad, en los términos del art. 84 del C.C.A.

La única variante que ha admitido la jurisprudencia frente a las acciones de impugnación de actos administrativos, es la apertura que se hizo a partir de la sentencia de 10 de agosto de 1961 (Pon. Dr. Carlos Gustavo Arrieta L), para demandar también en acción de simple nulidad ciertos actos administrativo de contenido particular, siempre que la nulidad de estos no implique para los sujetos destinatarios un restablecimiento automático de su derecho, porque, en tal evento, como se precisó en auto de agosto 21 de 1972, con ponencia del señor Consejero Mora Osejo, la acción tendría que ser de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento, como se explicó atrás.

LOS ACTOS IMPUGNADOS

En la acción de restablecimiento propuesta, se impugnaron los siguientes actos:

a) El Decreto Reglamentario 2734 de 1985.

b) Las resoluciones #s 001108, 001114, 01117, 001331 y 00111332 de 1985; y 002063 de 1986.

c) La resolución #1602 de 1987 del Ministerio de Minas.

d) Los Decretos Reglamentarios # 545 y 716 de 1989.

e) La resolución 001211 de 1989.

f) Todas las operaciones administrativas de liquidación trimestral decretadas entre el 1o. de enero de 1989 y la fecha "en que quede ejecutoriada la sentencia que se profiera dentro de este proceso".

Como se observa, en el enunciado precedente se pretende por la parte actora no sólo la nulidad con efectos de restablecimiento de unos actos de contenido general y abstracto, como serían los indicados en los lits a), d) y e), sino también la nulidad de otros de contenido particular, como son los enunciados en el lit b). Además solicita la nulidad de unas resoluciones de liquidación de regalías, (actos de contenido particular, que no se identifican dentro de la demanda); y pretende la nulidad de la resolución 001602 de 1987 que decide, entre otros asuntos, la revocatoria directa de las resoluciones #s 2063/86 aquí impugnada y 1108 de 1985; la petición de modificación del dec. 2734 de este mismo año; y la revocatoria de las liquidaciones de regalías correspondientes al período comprendido entre el 1o. y 31 de octubre del 1986.

Tal como lo ha dicho la jurisprudencia, las acciones de impugnación de los actos administrativos están organizadas, en principio, en función de la naturaleza de

los actos impugnados; y no es el capricho de los impugnadores el que señala la acción que debe proponerse frente a determinados actos. Se dice en principio porque ciertos actos de carácter particular también podrán impugnarse en acción de simple nulidad, tal como se explicó atrás.

La excepción anotada confirma la regla.

Los actos administrativos demandados tienen distinta naturaleza, así:

1) Son de carácter general y abstracto los Decretos Reglamentarios 2734 de 1985, 545 y 716 de 1989 y la resolución 001211 de este mismo año.

Por la índole, naturaleza o contenido de estos actos eran sólo susceptibles de la acción de simple nulidad (art. 84 de C.C.A). Precisamente el dec. 545 fue conocido por esta misma Sala por la indicada vía y fue declarado ajustado al ordenamiento (Sen. junio 5/92. Dr. Julio César Uribe Acosta).

2) Son de carácter particular las resoluciones 001108, 001114, 001117, 001331 y 001332 todas de 1985 y la #002063 de 1986 y por lo tanto, no podrán impugnarse sino en acción de restablecimiento. Ni siquiera con apoyo en la tesis de los móviles y finalidades podrán demandarse en simple nulidad, porque su sola nulidad restablecería el derecho de los sujetos destinatarios de las mismas.

A este respecto se recuerda que esta misma Sala en sentencia de octubre 11 de 1991 (Proc. 5894, pon. Carlos Betancur Jaramillo) tuvo oportunidad de calificar la índole de actos similares y de sostener que aunque formalmente parecieran de carácter general, no eran más que actos particulares, sólo susceptibles de ser demandados en acción de nulidad y restablecimiento por personas legitimadas.

3) La resolución 001602 de 1987, aunque de carácter particular, no era susceptible de impugnación por tratarse de un acto de revocatoria de otros actos (presumiblemente con sus acciones ya caducadas) y por no contener su decisión puntos nuevos. Se recuerda que "ni la petición de revocatoria de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas..." (art. 72 del C.C.A.).

4) Las operaciones de liquidación de regalías impugnadas **sin identificación en la demanda,** dictadas desde el 1o. de enero de 1989 hasta la fecha de ejecutoria de este fallo, no pueden ser sino actos de contenido particular y tendrían acción de restablecimiento si hubieran sido plenamente individualizadas. A este respecto el código administrativo es lo suficientemente claro cuando dispone en la

primera parte de su art. 138: **"cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión"** (subrayas fuera de texto).

LAS PRETENSIONES

En toda acción de nulidad y restablecimiento la persona que se crea lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica, deberá pedir que se declare la nulidad del acto y se le restablezca en su derecho o se le repare el daño, según el caso.

Esta es la forma obligada, según el texto del art. 85 del C.C.A. Así, la pretensión de nulidad deberá apoyarse en razones de ilegalidad; razones que el mismo código enuncia en el segundo inciso del art. 84, como incompetencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder, desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa e infracción de la regla de derecho de fondo. Y la pretensión de restablecimiento, que debe concordar o armonizar con la lesión producida para subsanarla, no puede ser sino la consecuencia de los efectos dañinos que produjo el acto que se declara nulo, pero no más.

Aquí se pregunta la Sala: El *petitum* de la demanda que se analiza, corresponderá a las precisiones hechas en el párrafo que precede? Será apta la demanda para permitir un fallo de fondo?

Para la Sala la respuesta tiene que ser negativa. Y lo es porque, en primer término, la anulación de un acto de carácter general no puede producir efectos restablecedores para un sujeto determinado. Cuando se anula un acto de esta naturaleza, el efecto es *erga omnes*; el acto no podrá aplicarse hacia el futuro y no tendrá ese fallo la virtualidad de anular los actos ejecutoriados de contenido particular que se hayan dictado en su desarrollo.

En otras palabras, no podrá pedirse el restablecimiento de un derecho particular y concreto como consecuencia de la nulidad de un acto reglamentario. (nl 1 precedente).

Y la respuesta también es negativa frente a los actos de contenido particular impugnados (nl 2), porque en parte alguna se indica cuál sería el restablecimiento concreto que se pretende como consecuencia de la nulidad de los mismos. Aquí también se recuerda que en el antecitado art. 138 del código se señala que "cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, **deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda"** (subrayas fuera de texto).

Y seguirá siendo negativa la respuesta frente a las resoluciones de liquidación de las regalías (nl 4), porque la jurisdicción no podrá anular actos cuya identificación se desconoce y frente a los cuales, lo que es más grave aún, se ignora si tuvieron agotamiento de vía gubernativa, si fueron oportunamente notificados y si cuando se demandaron todavía no se había producido la caducidad de la acción.

Y es asimismo negativa la respuesta frente a la resolución 001602 de 1987, mediante la cual no se revocaron otros actos anteriores, porque su invalidez no tendría el efecto de anular los no revocados, ya que estos tenían sus acciones propias, y se ignora si fueron impugnados oportunamente.

Se precisa que el *petitum* propio de la acción regulada en el art. 85 del C.C.A. (nulidad del acto y restablecimiento consecuencial) no implica una acumulación de pretensiones, ya que los extremos anotados dentro del paréntesis no constituyen por sí solos pretensiones diferentes susceptibles de formulación separada, puesto que en esta clase de acción la nulidad del acto no es más que el presupuesto para la procedencia del resarcimiento; lo que ha permitido a la doctrina hablar que en este evento la doble formulación constituye una unidad conceptual y no dos pretensiones separadas susceptibles de solución independiente.

LA ACUMULACION

Muestra la demanda propuesta también una indebida acumulación de pretensiones. La nulidad de los actos de carácter general no puede acumularse con la de otros de contenido particular, ni siquiera cuando estos no sean sino desarrollo de aquellos. Así, la jurisprudencia no ha aceptado que se demande la nulidad, por ejemplo, de un acuerdo creador de un impuesto municipal con la pretensión anulatoria del acto de liquidación del gravamen.

La pretensión de que se declare la nulidad del acto particular del cual proviene la lesión, de forzosa formulación en el contencioso aquí tratado, no puede presentase en forma alternativa, como se hace en la demanda en la cual se pide su nulidad y/o declaratoria de inconformidad con el ordenamiento, porque el restablecimiento no podrá ordenarse sino como consecuencia de la nulidad del acto, no con su simple inaplicación por ilegalidad.

En el caso *subjudice* la pretensión de inaplicación por ilegalidad de los actos generales no tendría ningún efecto resarcitorio, aún aceptándose su viabilidad, no sólo por las razones dadas, sino por motivos de simple oportunidad y de técnica relacionados con la impugnación de los actos particulares, los cuales además de agotamiento de vía gubernativa imponían la presentación en la demanda dentro del

término de caducidad de la acción de restablecimiento, expresamente señalado en la ley en cuatro meses.

Pero aún dejando de lado la impugnación de los actos generales (decs. 2734/85, 545 y 716 de 1989) y mirada la demanda sólo en relación con los actos particulares, también se observaría esa indebida acumulación entre las pretensiones de nulidad de las resoluciones 001108, 001114, 001117, 001331 y 001332 de 1985 y 002603 de 1986 y las orientadas a la anulación de las operaciones de liquidación de las regalías, porque las primeras tienen autonomía propia y efectos restablecedores diferentes. Sucede en esta hipótesis algo similar a lo que se observa en el manejo de impuestos como el predial. En este evento la administración, en primer término, determina el avalúo fiscal del predio que se convierte así en la base para la determinación del gravamen; acto que es impugnable en acción de restablecimiento con miras a que se determine un avalúo diferente. Avalúo que le permitirá a la administración liquidar el impuesto que debe pagar el contribuyente. El segundo acto de liquidación, asimismo será demandable en acción de restablecimiento para que se determine su impuesto menor o se determine su exención. Si el contribuyente no discute la base gravable, la acción deberá orientarse sólo hacia el acto de liquidación y no podrá referirse a aquella.

En el caso concreto no se precisan estos extremos y ni siquiera se dan las bases para su determinación.

LAS EXCEPCIONES

Fuera de la indebida acumulación de pretensiones estudiadas y que es de tal magnitud que ni siquiera siguiendo la orientación jurisprudencial podrían dejarse de lado unas para conocer de fondo otras, se observan en gracia de discusión otros aspectos que no permitirían en forma alguna entrar al fondo de la controversia, cuales serían la ineptitud de la demanda, la caducidad y la falta de prueba del agotamiento gubernativo.

La demanda es inepta porque las operaciones de liquidación (nl 4 precedente) no sólo no fueron identificadas, ya que no se suple este requisito con decir que son las dictadas entre el 1 de enero de 1989 y la fecha en que se ejecutorie el fallo que las revise, que presumiblemente sería este, sino porque no se indicó cuál sería el restablecimiento correspondiente a cada una de ellas.

Es inepta, además, porque la resolución 001602 de 1987, que negó la revocatoria de otras anteriores, no era demandable, ya que no podía revivir los términos para impugnar estas últimas y porque no contenía puntos nuevos.

Pero aún habiéndose identificado las distintas operaciones de liquidación, a la fecha de la presentación de la demanda que aquí se decide (el 6 de julio de 1989) y dentro del supuesto de que se hubiera agotado la vía gubernativa frente a las mismas, estaría caducada la acción en relación con las que se encontraban ejecutoriadas el día 5 de marzo de ese año. Se señala esta fecha porque la caducidad para este tipo de acción sería de cuatro meses contados a partir de la ejecutoria del acto.

Y si la caducidad se diera frente a las operaciones de liquidación, frente a las resoluciones de fijación de precios para la liquidación y pago de las participaciones enunciadas en el nl. 2 precedente de esta providencia, con más veras se vería el fenómeno, ya que todas fueron expedidas en 1985, a excepción de la 002063 de 1986.

De tal suerte que a la presentación de la demanda en 6 de julio de 1989, el plazo caducatorio estaba más que vencido.

LA CONCLUSION

Pese a los esfuerzos de las partes, la demanda no está llamada a prosperar. Es una lástima que no se hubiera dado la oportunidad de estudiar la problemática planteada. Fueron tales los obstáculos, parte de los cuales se explicaron atrás, que cualquier intento para encontrar la solución de fondo resultó fallido, porque como si fuera poco la demanda pretende, contra expresa prohibición legal (art. 17 del C.C.), que se provea en el presente asunto por vía de disposición general o reglamentaria, ya que no tienen otro alcance las pretensiones formuladas en el literal b), nls 1, 2 y 4 que buscan que esta Sala, de un lado, le señale a la administración las directrices generales que debe seguir en el futuro para la liquidación de las participaciones por concepto de regalías; y de otro, que se disponga que carece "de competencia para fijar los precios de liquidación del petróleo crudo, para efecto del pago de las prestaciones periódicas".

Este extremo deja ver otra ineptitud en la demanda.

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

FALLA:

Declárase inhibido para fallar de fondo el presente asunto, por las razones dadas en la motivación.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los Anales. Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

ADJUDICACION DE CONTRATO. PLIEGO DE CONDICIONES. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. PRESUNCION DE LEGALIDAD

Si el pliego de condiciones no fue objeto de la acción de nulidad aquí ejercitada, no le corresponde al juzgador oficiosamente pronunciarse sobre la legalidad del mismo. Conviene tomar en cuenta, además, que en las resoluciones de adjudicación demandadas, expresamente se consagra la existencia de disponibilidad presupuestal, manifestación contenida en actos administrativos que, por lo mismo, se encuentra amparada por la presunción de legalidad de aquellos, la que no fue desvirtuada por la parte actora.

PLAN GENERAL DE COMPRAS - Omisión. **INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI** - Presupuesto. **APROPIACION PRESUPUESTAL**- Inexistencia. **ADJUDICACION DE CONTRATO**

En relación con el tercer cuestionamiento que la parte actora formula contra las resoluciones demandadas, consistente en que los repuestos para vehículos no se incluyeron en el plan general anual de compras del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", conforme lo disponen los artículos 137 del Decreto 222 de 1983 y 1o., 2o., 3o., 5o., y 14o., del Decreto 751 de 1984, la Sala comparte los razonamientos del fallador de primera instancia cuando sostiene que la omisión aludida no genera la nulidad de los actos respectivos, sino que afectaría la correspondiente ejecución de la asignación presupuestal que la entidad hubiera destinado para satisfacer el gasto respectivo, sin perjuicio de las eventuales sanciones de orden fiscal, penal o administrativo, que pudieran imponerse a los funcionarios intervinientes en la actuación licitatoria y de adjudicación cumplida.

LICITACION PUBLICA - Propuestas. **PROPUESTA** - Falta de Items. **LICITACION** - Descripción. **ADJUDICACION DE CONTRATO**

Bien podían las firmas participantes presentar sus propuestas sobre la totalidad o parte de los elementos licitados, en forma global, sin que la falta de propuesta sobre uno o varios *ítem*, que daría lugar a la existencia de una sola propuesta, originará necesariamente la determinación de declarar desierta la licitación y consecuencialmente la nulidad en lo pertinente del acto administrativo que dispuso tal adjudicación. Estima la Sala que mantener el criterio expresado en la sentencia impugnada, sólo contribuiría a incomodar y complicar el proceso de licitación en casos similares al que se examina, en lugar de agilizarlo y facilitarlo.

ACTUACION DE LA ADMINISTRACION - Error. **INVALIDACION**-Improcedencia. **DERECHOS DE LOS PARTICULARES. DISCRECIONALIDAD** - Improcedencia. **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. OBLIGACION CONTRACTUAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA ADMINISTRACION. LICITANTE. CONTRATISTA. PERJUICIO**

Las actuaciones equivocadas de la administración no deben servir de fundamento para atentar contra los derechos de los particulares, desconociendo que éstos no pueden quedar al arbitrio del funcionario o de la entidad, especialmente en aquellas situaciones en que se dan normas y principios que sólo cobijan a la propia administración como única destinataria, ajenas al licitante o contratista, quienes esperan confiados en que la respectiva entidad cumpla estrictamente y satisfaga los requisitos que legalmente le corresponden, sin que le sea jurídicamente permisible al ente público alegar posteriormente el incumplimiento de tales disposiciones frente a los particulares para invalidar o dejar sin efectos las obligaciones contractuales adquiridas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., Enero treinta de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 9349. Actor: Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Demandado: Sociedad Repuestos y Partes Ltda. y Mundo Campero Ltda.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de septiembre de 1993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1.874 y 1.875, ambas de 31 de Agosto de 1987, proferidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en los siguientes apartes:

"PRIMERO.- De la resolución 1.874 de 31 de Agosto de 1987, por medio de la cual se adjudicó parcialmente la Licitación Pública No. 04-87 a la firma REPUESTOS Y PARTES LIMITADA y se ordenó la suscripción de un contrato para adquirir mediante compra local:

"A. En cuanto a los repuestos para vehículos Susuky (sic) modelo 1980, los ítems "3, 4, 6, 7 a 22, 24 a 46".

"SEGUNDO.- De la resolución 1.875 de 31 de Agosto de 1987, por medio de la cual se adjudicó parcialmente la Licitación Pública No. 04-87 a la firma MUNDO CAMPERO LIMITADA y se ordenó la suscripción de un contrato para adquirir mediante compra local:

"A. En cuanto a los repuestos para vehículos Chevrolet Custom Deluxe, serie 10, doble transmisión, motor 8 en V 350 los ítems Nos. "1, 2, 4 a 15, y 19 a 21".

"B. En cuanto a los Repuestos para vehículos Chevrolet, motor en línea 292, modelo 1975, serie 20, los ítems Nos. "1 a 28".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 16 de octubre de 1987, ante la Sección Primera del Consejo de Estado, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", por conducto de apoderado, formuló demanda para que con citación y audiencia de la Sociedad Mundial de Camperos Limitada -Mundo Campero Ltda, y la Sociedad Repuestos y Partes Limitada, se accediera a las siguientes pretensiones:

"Solicito que el Honorable Consejo de Estado, previos los trámites del proceso ordinario, con citación y audiencia de las partes antes mencionadas, declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

"1.- La Resolución No. 1874, emanada de la Dirección General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" el 31 de Agosto de 1987 y por la cual se autoriza suscribir un contrato con la firma REPUESTOS Y PARTES LIMITADA, por la suma de $10.661.178 para adquirir mediante compra local repuestos para vehículos automotores y

"2.- La Resolución No. 1875, emanada de la Dirección General de Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" el 31 de Agosto de 1987 y por la cual se adjudica parcialmente la licitación pública No. 04-87, adquisición de repuestos para vehículos a la firma MUNDOCAMPERO LIMITADA por la suma de $11.117.744.oo".

2. Fundamentos de hecho

Se relata en la demanda que el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" mediante la Resolución No. 1395 de 6 de julio de 1987 convocó una licitación pública para contratar la adquisición de repuestos para vehículos automotores, con base en dos consideraciones: la primera, por la necesidad de reparar los vehículos de la entidad y la segunda, por la disponibilidad presupuestal de $10.000.000 para dicho gasto. Presentaron propuestas las firmas Genuinas de Repuestos Limitada, Mundial de Camperos Limitada -Mundocampero Limitada, y Repuestos y Partes Limitada, de las cuales, la primera de las nombradas fue excluida por cuanto se había constituido menos de seis meses antes de la apertura de la licitación. Por medio de las resoluciones acusadas, es decir, las números 1874 y 1875 del 31 de agosto de 1987 se adjudicó la licitación a las firmas Repuestos y Partes Limitada, y a Mundial de Camperos Limitada.

En la resolución que convocó a la licitación se disponía en el presupuesto de la cantidad de $10.000.000.oo, a pesar de lo cual en el pliego de condiciones se pretendía obtener propuestas para una cantidad de repuestos que superaría en su valor por varios millones de pesos la disponibilidad presupuestal. La adjudicación final ascendió a $21.778.922.oo.

Si bien se hizo un análisis previo comparativo entre dos proponentes, al final ambos resultaron favorecidos, "pero no se cotejaron los precios propuestos con los valores del mercado ordinario o comercio de repuestos", lo que significa que la entidad demandante "no tuvo una visión precisa de los valores reales de dichos repuestos pues no hizo los estudios completos y previos del caso" que lo hubiesen mostrado la inconveniencia de hacer las adjudicaciones.

Posteriormente se hizo un muestreo económico de los repuestos y "resultó que los valores presentados en las propuestas de los participantes en la licitación y con los cuales se adjudicó, eran muy superiores al costo corriente de los mismos aún para compra por menor o al detal. Señala igualmente que la licitación pública referida "no tuvo como origen una programación previa o por lo menos delineada en el programa general de compras, sino que para el caso se permitió la aplicación

del artículo 137 del Decreto 222 de 1983 y por lo mismo tampoco se dio aplicación al Decreto 751 del 30 de marzo de 1984".

En la adición de la demanda se refirió que respecto de varios de los *ítems* adjudicados mediante las resoluciones acusadas, no se dio la pluralidad de propuestas exigida en el pliego de condiciones, por lo que ha debido declararse desierta la licitación, según lo establece el ordinal i) del artículo 30 del Decreto 222 de 1983.

3. Normas violadas - Concepto de violación

Considera el ente demandante que desde el pliego de condiciones la licitación desconoció las disposiciones del Decreto 222 de 1983 por no incluir en forma expresa la cláusula de sujeción a las apropiaciones presupuestales, según lo dispone el artículo 30 del estatuto contractual mencionado. Igualmente aduce que previamente a las adjudicaciones no se hicieron estudios sobre el tema de la licitación, para conocer precios, plazos, calidad, condiciones, etc., como lo prevé el artículo 33 del Decreto 222 de 1983. De otra parte, considera el demandante que si se hubieran hecho los estudios aludidos, se hubiera podido aplicar el numeral 5 del artículo 33 del estatuto antes citado, en razón de la inconveniencia de la propuesta. Aduce así mismo el instituto referido, que no se elaboró un programa general de compras donde estuviera incluida la adquisición de repuestos para los vehículos de la entidad, contrariando en esa forma los artículos 3o. y 5o. del Decreto 751 de 1984.

Al adicionar la demanda sostuvo el actor que si de conformidad con los artículos 27, 32 y 43 del estatuto contractual entonces vigente se requerían mínimo dos propuestas, en el *subjudice*, de una parte fue excluida una de las firmas proponentes, por lo que sólo quedaron apenas dos, una de las cuales no hizo propuesta alguna sobre distintos ítems, originando así una adjudicación a una firma cuya oferta quedaba solitaria, sin permitir, por lo mismo, adelantar alguna comparación.

4. Actuación procesal

Por auto de ponente fechado el 12 de noviembre de 1987 en la Sección Primera del Consejo de Estado fue admitida la demanda y denegada la suspensión provisional de los actos acusados. Posteriormente el proceso pasó al conocimiento de la Sección Tercera, donde oficiosamente también por Sala Unitaria, se declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y se dispuso enviar lo actuado, por competencia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que admitió la demanda por considerar que la controversia derivaba

de un contrato administrativo y que el debate no se limitaba a dicho contrato, sino a todo conflicto que resultara de su celebración, ejecución o cumplimiento. El Tribunal negó la suspensión provisional impetrada.

Al contestar la demanda, las firmas demandadas por conducto de un mismo apoderado manifestaron que en efecto existía una disponibilidad presupuestal insuficiente para pagar la totalidad de los repuestos, por lo cual debía pagarse en más de una vigencia presupuestal; que por la ausencia de las apropiaciones suficientes para 1987, llevó a los proponentes a elevar prudencialmente los precios para aliviar así los efectos de la devaluación; que la propia administración en la demanda hace una confesión de culpa o negligencia, pues si los cuestionamientos que ahora formula los hubiera visto con anterioridad a la adjudicación, bien hubiera podido declarar desierta la licitación.

Ante el *a-quo* solo presentó alegato de fondo el instituto demandante para solicitar, básicamente con los argumentos expuestos en el libelo inicial, un pronunciamiento favorable a sus pretensiones.

5. La sentencia apelada

Consideró el *a-quo* que el cargo relacionado con la adjudicación de la licitación por mayor valor de la disponibilidad presupuestal que tenía la administración, no vulnera las normas señaladas por el actor, dado que las mismas no se refieren al pliego de condiciones ni al contrato, los que no fueron demandados, sino a las resoluciones de adjudicación, en las que se anotó la existencia de la disponibilidad presupuestal, actos que por ser de carácter administrativo se presumen legales.

Con respecto al otro cargo, es decir, a la falta de estudios y análisis comparativos previos a la adjudicación, estimó el juzgador *a-quo* que al instituto accionante le correspondía demostrar el desconocimiento por parte de los actos demandados de lo previsto en el artículo 33 del Decreto 222 de 1983. Que las manifestaciones contenidas en las resoluciones acusadas acerca de haberse efectuado los estudios correspondientes se encuentran amparadas por la presunción de veracidad, motivo por el cual denegó la prosperidad de este segundo cuestionamiento.

En tercer lugar, el actor sostiene que los repuestos para vehículos no se incluyeron en el plan anual general de compras del Instituto, conforme lo establece el artículo 137 del Decreto 222 de 1983. Para el Tribunal, tal omisión no es suficiente para viciar de nulidad el acto de adjudicación, por cuanto en tal evento lo que se afectaría sería la correspondiente ejecución de la asignación presupuestal que se hubiera destinado para cubrir tal adquisición y generaría responsabilidad

fiscal, penal y administrativa respecto de los funcionarios intervinientes. Estima el *a-quo* que la disposición citada "no es principio de legalidad aplicable a la expedición de los actos de adjudicación".

En lo concerniente a que varios de los *ítems* adjudicados no tuvieron el mínimo de dos propuestas exigido en el pliego de condiciones y en la ley, por lo que ha debido declararse desierta la licitación con respecto a esos *ítems*, consideró el juzgador de primera instancia que los actos acusados transgredieron las normas contenidas en los artículos 27, 29, 30 y 42 del Decreto Ley 222 de 1983 cuando al adjudicar parcialmente la licitación, "adjudicó algunos *ítems*, respecto de los cuales, solamente hubo un solo oferente o participante". Por tal motivo prosperaron las súplicas de la demanda únicamente en relación con los *ítems* frente a los cuales no se dio una pluralidad de proponentes.

La parte actora pidió una aclaración y adición de la sentencia, la que fue denegada por el *a-quo*, al considerar, de una parte, que no existía motivo de duda en el fallo y, de otra, que ante la nulidad parcial de las resoluciones acusadas, las partes de estas que no resultaron afectadas quedaron incólumes sin necesidad de manifestación expresa en la sentencia sobre tal aspecto.

6. Razones de la apelación

El Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" apeló de la anterior decisión "solamente en cuanto no accedió a anular las restantes partes de las resolución demandadas". Argumenta que los actos demandados adolecen de falsa motivación, expedición irregular y violación de normas superiores por cuanto no existió la disponibilidad presupuestal superior a $21.000.000.oo para cubrir la adjudicación. Estima que el *a-quo* confundió la presunción de legalidad con la verdad de los actos administrativos y que en su expedición se dieron distintas irregularidades.

Respecto de la omisión de los estudios previos y la falta de comprobación de los mismos por parte del ente demandante, sostiene el apelante que sí hubo la demostración correspondiente, que si no se ratificaron los documentos aportados fue porque con base en el artículo 22 del Decreto 2651 de 1991 tal ratificación no se hacía necesaria. De esas cotizaciones, donde figuran precios más favorables que los de los proponentes, resulta acreditada la inconveniencia de la adquisición de los repuestos licitados. Manifiesta que contra lo dicho por el *a-quo*, las actas que se extrañan en el fallo impugnado, sí aparecen en el expediente "y consisten en cuadros comparativos de las ofertas y análisis de las mismas".

Con referencia a la adquisición de los repuestos sin haberlos incluido en el plan general de adquisiciones, afirma el impugnante que es equivocado el planteamiento del Tribunal por cuanto que mientras el acto de adjudicación es legal, su ejecución daría lugar a responsabilidad penal, fiscal o administrativa. En cuanto a lo decidido por el Tribunal para declarar la nulidad parcial de las resoluciones acusadas, aduce el recurrente que se omitió en la sentencia hacer referencia a la anulación de otros *ítems* enunciados en la adición de la demanda y los relaciona para que a los mismos también cobije la nulidad. En la oportunidad para alegar de conclusión en la segunda instancia, el impugnante reiteró los planteamientos de la sustentación.

El apoderado de las firmas Mundial de Camperos Ltda y Repuestos y Partes Ltda., en su alegación de fondo, sostiene que algunos planteamientos de la entidad apelante, como el de la falsa motivación, no se expusieron en la demanda, sino apenas en el alegato de la segunda instancia. Con desconsuelo señala que la administración "prefirió litigar en vez de efectuar los correspondientes traslados, si es que realmente las apropiaciones eran insuficientes". Manifiesta que hubo un error de técnica jurídica en el demandante, por cuanto si pretendía la nulidad de las resoluciones de adjudicación, ha debido demandar también la nulidad del pliego de condiciones, cuya ilegalidad no ha sido controvertida, sin que oficiosamente pueda el fallador declarar tal nulidad so pena de decidir *ultra petita.*

Descarta la posibilidad de cualquier convenio atentatorio contra los intereses de la entidad oficial dentro del trámite licitatorio. Considera que se dio un cambio de criterio en el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" sobre la conveniencia en la adquisición de los repuestos a las firmas favorecidas, sin que se hubiera demostrado el supuesto sobre precio, dado que no se probó la existencia de las personas jurídicas que cotizaron los productos para ventas al contado por mostrador, ni se autenticaron las firmas de las personas que suscribieron las cotizaciones. Advierte la diferencia de precios entre una venta de contado por mostrador y la efectuada mediante una licitación, cuyos gastos financieros encarecen los valores, sin olvidar los inconvenientes que se presentan en las negociaciones a plazos celebradas con el Estado. Estima que si lo que se pretendía era la nulidad de todo el proceso licitatorio ha debido demandarse éste en su totalidad y no solamente la adjudicación.

En escrito posterior, informa el apoderado de las firmas mencionadas que por auto de 22 de septiembre de 1994 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, por auto de ponente, decretó la suspensión del proceso donde tales empresas reclaman perjuicios por la omisión de la administración al no dar trámite a las resoluciones 1874 y 1875 mediante las cuales se les hizo la adjudi-

cación parcial de la licitación, hasta cuando se dicte sentencia de segunda instancia en este proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuentra la Sala debidamente acreditado que el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", mediante la Resolución No. 1395 de 6 de julio de 1987 decidió convocar a una licitación pública para contratar la adquisición de repuestos para los automotores de la entidad. De igual manera, en el pliego de condiciones de la licitación pública No. 04 de 1987, autorizada mediante la anterior resolución, entre otros puntos se establecieron los relacionados con el objeto, las definiciones, quiénes pueden licitar, el término de la licitación, condiciones generales de la misma, garantías, sanciones por incumplimiento de la propuesta, condiciones y forma de pago, autoridad competente para adjudicar, casos en los que se declara desierta la licitación, inhabilidades e incompatibilidades, plazo para firmar el contrato y legalizarlo, legalización del contrato, documentos de la propuesta y observaciones. En las especificaciones se relacionaron separadamente los repuestos requeridos. Cabe señalar que entre las condiciones generales se estableció que la minuta del contrato, anexa al pliego de condiciones, hace parte del mismo, que "el contratista podrá ofrecer parcialmente los *ítems* solicitados y presentar alternativas", que el instituto "se reserva el derecho de adjudicar total o parcialmente la presente licitación". Así mismo se estableció que para la adjudicación se tendrían en cuenta los criterios establecidos en el artículo 33 del Decreto 222 de 1983. Entre los casos que permiten declarar desierta la licitación se relacionaron la presentación de una sola propuesta, la inconveniencia de las formuladas a juicio de la entidad, la omisión de alguno de los requisitos del Decreto 222 de 1983.

También se halla en este proceso la minuta del contrato y la documentación que, en su oportunidad, cada una de las firmas participantes en la licitación presentara. Se encuentran así mismo, las Resoluciones Números 1874 y 1875 de 31 de agosto de 1987, proferidas por el Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", mediante las cuales se adjudicó parcialmente la licitación y se autorizó la suscripción de los respectivos contratos con las firmas Repuestos y Partes Ltda, y Mundo Campero Ltda respectivamente.

Cabe señalar que en cada uno de dichos actos se consignaron textualmente estas manifestaciones: "Que efectuado el estudio correspondiente... Que existe disponibilidad presupuestal para atender este gasto".

Ahora bien, en el mismo orden que siguió el Tribunal para el estudio de los distintos cargos formulados en la demanda y con fundamento en los hechos que se

encuentran acreditados en el proceso, procede la Sala a examinar lo decidido en la primera instancia.

Radica el primer cuestionamiento en que en la resolución No. 1395, convocatoria de la licitación, se señalará una disponibilidad presupuestal de $10.000.000, para posteriormente, en el pliego de condiciones, referirse a propuestas más elevadas y luego adjudicar por sumas superiores a la inicialmente reseñada como disponible. De otra parte, también se censura el hecho de que no se hubiera incluido la cláusula obligatoria de sujeción a las apropiaciones presupuestales.

Al respecto, comparte la Sala los razonamientos del *a-quo* para responder a este cargo, por cuanto las disposiciones relacionadas como vulneradas por los actos administrativos, nada tienen que ver con estos, dado que aquellas se refieren al pliego de condiciones y al contrato que en cada caso se celebró, mas no a las resoluciones acusadas en este proceso. Si el pliego de condiciones no fue objeto de la acción de nulidad aquí ejercitada, no le corresponde al juzgador oficiosamente pronunciarse sobre la legalidad del mismo. Conviene tomar en cuenta, además, que en las resoluciones de adjudicación demandadas, expresamente se consagra la existencia de disponibilidad presupuestal, manifestación contenida en actos administrativos que, por lo mismo, se encuentra amparada por la presunción de legalidad de aquellos, la que no fue desvirtuada por la parte actora.

La segunda crítica del actor a los actos acusados, radica en que no se llevaron a cabo previamente, sino con posterioridad, los estudios correspondientes sobre precios, calidad, condiciones, plazos, etc., para la adquisición de los repuestos, omisión que de no haberse presentado, le hubiera permitido al instituto demandante declarar desierta por inconveniente la licitación pública. Sobre el particular considera la Sala que existe una incuestionable deficiencia probatoria que no permite determinar con certeza si hubo o no los estudios previos comparativos ya referidos. Obra también en este caso la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos, la cual debe desvirtuarse para que puedan prosperar los cargos formulados en la demanda, deber que corre a cargo de la parte accionante, pero que en el *sub-júdice* no se cumplió a cabalidad, dado que se limitó a la manifestación de los cuestionamientos respectivos sin probar que lo consignado en las resoluciones demandadas y amparadas por la presunción de legalidad ya mencionada no era una realidad. En las anteriores condiciones los planteamientos de la demanda sobre este aspecto no podían salir avantes, razón por la cual se considera acertada la decisión denegatoria del juzgador *a-quo* sobre los puntos referidos.

En relación con el tercer cuestionamiento que la parte actora formula contra las resoluciones demandadas, consistente en que los repuestos para vehículos no se

incluyeron en el plan general anual de compras del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", conforme lo disponen los artículos 137 del Decreto 222 de 1983 y 1o., 2o., 3o., 5o., y 14o., del Decreto 751 de 1984, la Sala comparte los razonamientos del fallador de primera instancia cuando sostiene que la omisión aludida no genera la nulidad de los actos respectivos, sino que afectaría la correspondiente ejecución de la asignación presupuestal que la entidad hubiera destinado para satisfacer el gasto respectivo, sin perjuicio de las eventuales sanciones de orden fiscal, penal o administrativo, que pudieran imponerse a los funcionarios intervinientes en la actuación licitatoria y de adjudicación cumplida.

Censuró así mismo el ente demandante, que varios de los *ítems* adjudicados no tuvieron un mínimo de dos propuestas conforme se exigía en el pliego de condiciones y lo establece el mandato legal. Por esa falta de pluralidad en las propuestas, considera el accionante que ha debido declararse desierta la licitación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 27, 29, 30-2-i y 42-1 del Decreto 222 de 1983. Considera que la propuesta presentada por la firma Genuina de Repuestos Ltda, no podía tomarse en cuenta como participante, dado que se hallaba inhabilitada por encontrarse incursa en la causal prevista en el inciso tercero del artículo 7o. del Decreto 222 de 1983. De otra parte, en algunos de los *ítems*, una u otra de las sociedades participantes dejó de formular propuesta, omisión que daba lugar a que solo quedara una sola propuesta sobre el *ítem* correspondiente impidiendo así la comparación. En tal situación estima el accionante que ha debido declararse desierta la licitación.

Decidió el Tribunal que el cargo formulado podía prosperar parcialmente respecto de los repuestos para vehículos Susuki, modelo 1980, en relación con los *ítems*: 3, 4, 6, 7 a 22, 24 a 46, adjudicados a la firma Repuestos y Partes Limitada, mediante la Resolución No. 1874 de 1987, del instituto accionante, así como en lo concerniente con los repuestos para vehículos *Chevrolet Custom Deluxe*, serie 10, doble transmisión, motor 8 en V 350, *ítems* 1, 2, 3, 4 a 15, 19 a 21, y los repuestos para vehículos Chevrolet, motor en línea 292, modelo 1975, serie 20, cuyos *ítems* 1 a 28, fueron adjudicados a la empresa Mundocampero Ltda, por medio de la Resolución 1875 de 1987, emanada también de la entidad actora y recurrente.

Consideró el juzgador *a-quo* que uno de los objetivos del mecanismo de selección del contratista mediante la licitación pública, es de brindarle a la administración la posibilidad de escoger entre varias propuestas la de mejor conveniencia para los intereses oficiales, todo dentro de un marco de igualdad de oportunidades para los particulares que deseen participar en el trámite correspondiente. Por tal motivo en el pliego de condiciones, de acuerdo con el artículo 43, numeral 1, del

Decreto 222 de 1983, se estipuló claramente que cuando se presentara una sola propuesta había lugar a declarar desierta la licitación. En tales condiciones, concluyó el Tribunal, que al adjudicarse parcialmente a las sociedades Mundo Campero Ltda, y Repuestos y Partes Ltda, la licitación pública 04 de 1987, se adjudicaron algunos *ítems* respecto de los cuales solamente hubo un solo oferente o participante, lo que dio lugar a la prosperidad parcial del cargo formulado.

No comparte la Sala el anterior criterio del juzgador de primera instancia al declarar parcialmente la nulidad de los actos acusados por la circunstancia de que en relación con algunos *ítems* se hubiera presentado una sola propuesta en la licitación. Conviene anotar que el proceso licitatorio cumplido en el *sub-júdice* tuvo como objeto "La adquisición de repuestos para vehículos automotores de propiedad del instituto" de acuerdo con las necesidades que el parque automotor de la entidad tenía. Pero no se trató de una licitación sobre un determinado *ítem*, o sobre un determinado repuesto, sino que lo solicitado era el suministro genérico de los repuestos y elementos relacionados específicamente en el pliego de condiciones. Así las cosas, bien podían las firmas participantes presentar sus propuestas sobre la totalidad o parte de los elementos licitados, en forma global, sin que la falta de propuesta sobre uno o varios *ítems*, que daría lugar a la existencia de una sola propuesta, originara necesariamente la determinación de declarar desierta la licitación y consecuencialmente la nulidad en lo pertinente del acto administrativo que dispuso tal adjudicación. Estima la Sala que mantener el criterio expresado en la sentencia impugnada, sólo contribuiría a incomodar y complicar el proceso de licitación en casos similares al que se examina, en lugar de agilizarlo y facilitarlo. Sin embargo, como la sentencia solo fue recurrida por la entidad pública demandante y las firmas afectadas no protestaron la decisión de primera instancia, esta habrá de mantenerse, desde luego, sin perjuicio de las observaciones que se acaban de señalar.

No pasa la Sala por alto la conducta asumida por el ente público demandante. Son varios los cuestionamientos que se hacen en la demanda a los actos emanados del propio Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", con olvido de que las actuaciones equivocadas de la administración no deben servir de fundamento para atentar contra los derechos de los particulares, desconociendo que estos no pueden quedar al arbitrio del funcionario o de la entidad, especialmente en aquellas situaciones en que se dan normas y principios que sólo cobijan a la propia administración como única destinataria, ajenas al licitante o contratista, quienes esperan confiados en que la respectiva entidad las cumpla estrictamente y satisfaga los requisitos que legalmente le corresponden, sin que le sea jurídicamente permisible al ente público alegar posteriormente el incumplimiento de tales disposiciones frente a los particulares para invalidar o dejar sin efectos las obligaciones contractuales adquiridas.

Teniendo en cuenta que en el proceso radicado en la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el No. 4863, se dispuso la suspensión del mismo a espera de que se dictara sentencia en el presente, de acuerdo con la solicitud formulada por el apoderado de las firmas adjudicatarias de la licitación, se remitirá con destino a ese proceso, copia de esta sentencia con constancia de ejecutoria, de los alegatos de conclusión presentados en primera y segunda instancia por la parte actora y de la demanda.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 30 de septiembre de 1993, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A costa de la parte solicitante expídanse las copias pedidas y remítase a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se agreguen al proceso radicado bajo el Número 88-D-4863, sustanciado por la señora Magistrada doctora Fabiola Orozco de Niño.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase. La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha treinta (30) de Enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

DAÑO ANTIJURIDICO. SOBERANIA. ESTADO SOCIAL DE DERECHO. TEORIA DE IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

No es posible, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 10 de la C.C.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca daños antijurídicos a los asociados.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION. FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA PUBLICA. PALACIO DE JUSTICIA - Toma. **OPERATIVO MILITAR**

Se abandonó a su suerte la institución judicial representada por sus cuerpos de mayor jerarquía, desconociendo, por lo tanto, no solo la obligación de proteger la vida y la integridad física de Magistrados, funcionarios y empleados judiciales, sino también la de velar por la institucionalidad del Estado en una de sus ramificaciones tradicionales: la jurisdiccional. Curiosamente, todo lo ocurrido se presenta luego bajo un panorama de defensa de las instituciones de la República; ¡valdría la pena preguntar si la rama judicial estaba excluida de este concepto...! La segunda parte de la actuación oficial, constitutiva también de falla del servicio consistió como se dijo en la sentencia de la Sala cuyos apartes de transcribieron en ésta, en la forma atropellada, imprudente e improvidente con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma del Palacio de Justicia, dejando en el juzgador la triste sensación de la insignificancia que tuvo la vida de las víctimas en la refriega, para quienes las peticiones, los ruegos, los lamentos, resultaron infructuosos. La falla del servicio es el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, por consiguiente, desplaza

cualquiera otro que resultara aplicable; además de las razones que en dicho fallo se explican y que ahora se reiteran, hay que subrayar el papel del control de la acción del Estado, fundamentalmente en el ejercicio de su función administrativa que ha sido confiada a esta jurisdicción. Por él, debe el Juez Contencioso Administrativo determinar para cada caso concreto, las obligaciones a cargo de las entidades públicas, su extensión y su infracción o cumplimiento frente a los hechos sometidos a su examen.

CONDENA - Actualización

Jurisprudencialmente esta Corporación ha procedido a actualizar de oficio las sumas que sirven de base para la liquidación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero dos de mil novecientos noventa y cinco.

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

Referencia Expediente No. 9273. Actor: Rafael Antonio Barrios Chaparro. Demandado: Procuraduría General de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

Debe resolver la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra del fallo pronunciado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 16 de Septiembre de 1993, en virtud del cual dispuso:

"PRIMERO: Declárese no probadas las excepciones propuestas.

"SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales falleció MARIA TERESA BARRIOS.

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénase a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA a pagar la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS ($3.979.394.73), COMO PERJUICIOS MATERIALES, Y UNA SUMA EQUIVALENTE A mil gramos de oro puro (1000), de acuerdo con la cotización que realice el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor de RAFAEL ANTONIO BARRIOS CHAPARRO.

"CUARTO: (sic) Exonérese a la Procuraduría General de la Nación de todo cargo.

"QUINTO: Si este fallo no fuere apelado consúltese con el superior". (Fl. 221, 222).

ANTECEDENTES

1o.- **La demanda**: El 21 de julio de 1987, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, el señor RAFAEL ANTONIO BARRIOS CHAPARRO, instauró demanda contra la Nación-Procuraduría General de la nación-Ministerio de Defensa, con el propósito de que fueran declarados patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios que sufrió con la muerte de su hija MARIA TERESA BARRIOS RODRIGUEZ, acaecida en el Palacio de Justicia en Santafé de Bogotá, el 6 y 7 de noviembre de 1985.

En consecuencia, solicitó condenar a los demandados a pagar los daños morales equivalentes a un mil (1000) gramos de oro en la fecha en que se dicte la correspondiente sentencia, y por los materiales lo que corresponda, teniendo en cuenta la asignación mensual que devengaba la fallecida, con los correspondientes aumentos a partir de la fecha de su fallecimiento.

A juicio del demandante, el fatal resultado de la toma de palacio de justicia se debió a la falta de vigilancia y protección por parte de las autoridades del ejército y de la policía.

2o.- El auto admisorio de la demanda, se notificó personalmente al señor Ministro de Defensa; al Procurador General de la Nación y al agente del Ministerio Público.

El apoderado de la Nación- Ministerio de Defensa encausa la contestación de la demanda, argumentando la inexistencia del vínculo causal entre la conducta de la administración y el daño reclamado.

En el mismo escrito propuso las excepciones de inepta demanda por falta de requisitos formales del artículo 137 del C.C.A., y por falta de integración del litis consorcio necesario con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Igualmente solicitó la práctica de pruebas tendientes a esclarecer la realidad de los hechos.

Por su parte el apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó fallo denegatorio, por las siguientes razones:

1.- La falta de identificación de la presunta occisa por cuanto, la persona fallecida llevaba el nombre de María Teresa Barrios Rodríguez y la funcionaria de la Procuraduría respondía al nombre de María Teresa del Niño Jesús y del Rosario Barrios Rodríguez.

2.- Los autores de los hechos fueron los miembros del grupo guerrillero M-19, por lo tanto no se puede deducir la responsabilidad al Estado.

3.- Omisión de la demanda por no llamar al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia a responder las pretensiones indemnizatorias.

3.- **Los alegatos de bien probado en la primera instancia**:

A) El apoderado de la parte demandante presentó su escrito que corre de folios 152 a 165 del C. Principal; en él, insiste que la falla del servicio quedó lo suficientemente demostrada en el informe rendido por el Tribunal Especial designado por el Gobierno para investigar las causas y efectos de los sucesos ocurridos el 6 y 7 de Noviembre de 1985; de este informe la parte actora transcribe las siguientes líneas:

> "Inexplicablemente había sido retirada la fuerza pública que durante varias semanas tuvo a su cargo ese servicio, el cual, según declaración del Ministerio de Defensa, el mismo había ordenado sin que haya pruebas de que hubiese dispuesto su retiro". Y más adelante afirma: "establecida pues, la preexistencia de las amenazas proferidas simultáneamente por grupos subversivos y por mafia de narcotraficantes, el Gobierno tenía el deber de mantener, o mejor aumentar las medidas de protección y seguridad de los organismos amenazados, con su anuencia o sin ella...". (fl.159).

Por último concluye que "la falta del servicio aquí planteada tiene que ver con los problemas de orden público que estaban ocurriendo en el país, el sinnúmero de amenazas que estaban sufriendo los magistrados de la Corte y del Consejo de Estado, la protección de sus vidas y de su integridad personal en sus propios domicilios y en el lugar de su trabajo, funciones todas a las cuales era totalmente ajeno el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y por esas circunstancias y ante las informaciones sobre una posible toma del Palacio de Justicia, fue por lo que el Ministerio de Defensa destacó unidades militares y de policía para realizar una labor de auténtica protección del edificio y de sus ocupantes.

"La responsabilidad del Estado radica en el hecho de que después de haber tomado todas las medidas aconsejables para que la mencionada protección fuera

efectiva y estando vigentes todavía las amenazas formuladas por los subversivos y pendiente de cumplirse el plan elaborado por estos para asaltar el edificio, intempestivamente se desalojaron del mismo los cuerpos armados dejando totalmente indefensables (sic) las instalaciones del Palacio de Justicia y en manos del personal civil de vigilancia del mismo fondo rotatorio, cuyo personal fue víctima también de los hechos, dando la oportunidad de que se cumplieran los propósitos de la subversión, con lo cual se configuró la falla del servicio que hace responsable al Estado y lo obliga a indemnizar a todos lo perjudicados por los daños causados como consecuencia de los hechos violentos de la toma y el rescate del Palacio de Justicia".

B.- El apoderado de la Nación (Ministerio de Defensa) expresa también sus opiniones en la etapa final de la primera instancia (fls. 106 a 143 del C. Ppal.); pide que se profiera sentencia que absuelva a las entidades públicas, pretensión que apoya sobre planteamientos de este orden:

Comienza por distinguir la responsabilidad patrimonial del Estado de la civil de los particulares, estimando que ésta es general y aquella restringida; esta premisa le permite construir la tesis de que "El Estado está exento de toda responsabilidad pecuniaria cuando su función implica el ejercicio de su soberanía. Es así como ni los actos legislativos, ni los actos de gobierno, ni los actos del Juez, ni los hechos de guerra pueden dar lugar a una acción de responsabilidad en contra del Estado, cualquiera que fuesen las faltas imputables a sus representantes o agentes.

"Es un principio, el que los daños causados a los particulares por medidas de carácter legislativo no abren ningún derecho a indemnización. La actividad legislativa es en efecto una manifestación de soberanía, la defensa y la actividad judicial también lo son, y lo propio de la soberanía es poderse imponer a todos sin que alguno pueda reclamar compensación.

"En estos casos sólo el Legislador puede determinar, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad del daño, según las necesidades y los recursos del Estado, si se debe reconocer una compensación (qué no es lo mismo que una indemnización).

"En síntesis, según la jurisprudencia nacional y la extranjera, cuando se trata de actos de poder público, la regla que domina es aquella de la irresponsabilidad pecuniaria del Estado. Esta regla se aplica en las relaciones del Estado con sus funcionarios, en el ejercicio de actividades de defensa, en la función legislativa, en las actividades de control de orden público, en la función judicial".

Continúa con el listado de los elementos cuya concurrencia, por regla general, compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, se detiene en las caracte-

rísticas que ha de revestir el daño indemnizable dejando entrever cierta posición crítica a la reparación del daño moral, y repasa la noción del nexo causal y de las causales de exoneración que lo destruyen impidiendo que el daño sea imputable al demandado.

Prosigue con el análisis de la falla del servicio y del principio de la relatividad de la misma y advierte:

> "La falla del servicio comporta grados. La jurisprudencia tradicionalmente ha distinguido faltas simples y faltas graves. Esta distinción tiene importancia por cuanto no toda falla del servicio tiene como consecuencia el deber de reparar. Ciertos servicios, que la jurisprudencia ha considerado particularmente difíciles, no responden sino por aquellas faltas consideradas graves. Tal es el caso de las actividades de conservación del orden público, la lucha contra incendios. Y la responsabilidad hospitalaria entre otros. De otra parte, las circunstancias pueden transformar en falta simple, no generadora de responsabilidad, una falta que hubiera sido grave en tiempo de normalidad". (fl.116 C.Ppal.).

Después de dar algunos trazos generales sobre la responsabilidad sin falta, sobre todo de la que se funda en el riesgo, hace algunas acotaciones sobre "las formas de reparación" del daño y sobre la indemnización a *forfait*, para, con apoyo en la sentencia de esta Corporación del 7 de diciembre de 1989 de la cual fue ponente el Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, señalar la pensión vitalicia creada por la Ley 126 de 1985 para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Trazado este marco general estima que "la responsabilidad del Estado se excluye en el presente caso, no sólo por cuanto se trató de actos de hechos ejecutados en ejercicio y para la protección de la soberanía del Estado, sino además por razón de falta de pruebas encaminadas a demostrar las afirmaciones de la parte actora". (fl 122 C.Ppal).

Seguidamente sostiene que en el momento de la "toma" las instalaciones del Palacio de Justicia, además de la vigilancia normal y cotidiana, se encontraban custodiadas por vigilantes de la empresa privada de seguridad COBASEC LTDA, cuyos servicios habían sido contratados por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, tal y como se encuentra demostrado en el expediente.

Dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia se encontraban escoltas que protegían a Magistrados, pertenecientes a organismos de Seguridad del Estado, como el Departamento de Seguridad D.A.S. y de la Policía Nacional, quienes en

un primer momento, junto con los vigilantes privados, repelieron el ataque sorpresivo y violento de los guerrilleros del M-19, que dado el carácter fratricida de la "toma" no permitió una mayor resistencia, cayendo abatidos en primera instancia varios de los vigilantes y el señor administrador del Palacio de Justicia".

c) Los soldados pertenecientes al Batallón Guardia Presidencial y agentes de la Policía Nacional que vigilaban el sector acudieron a poco de haberse escuchado los primeros disparos. (Fl. 123 C.Ppal).

Con base en la declaración certificada de los Generales Jesús Armando Arias Cabrales y Miguel Vega Uribe, sostiene que "...la decisión del Gobierno de no negociar, no implicó nunca una actitud de rechazo al diálogo con los subversivos. Se tuvo siempre en cuenta el peligro que corrían las personas que se encontraban como rehenes del grupo guerrillero, y la operación militar se desarrolló teniendo en cuenta dicha circunstancia".

Se refiere luego a lo que se denomina en la demanda "llamadas inútiles" y afirma que según la declaración rendida en el proceso por el General Maza Márquez, este no recuerda la llamada que le hiciera el Dr. Saenz por encargo del Magistrado Darío Velásquez; que sí se intentó, por los cuerpos de Bomberos, el rescate con grúas o malacates, pero que la intención se frustró con los disparos; y que, y esto lo desprende de la declaración del General Delgado Mallarino, "vale la pena destacar el inmenso esfuerzo desarrollado por la Policía, a través de su cuerpo especializado el GOES para rescatar a los Magistrados".

En cuanto al reproche que hace la demanda respecto del desconocimiento del derecho de gentes, expresa que tal quebranto se produjo, desde la iniciación de la toma del Palacio de Justicia, por parte del grupo Guerrillero M-19, situación que indujo al Gobierno a tomar la decisión de no negociar "porque ello implicaría someter la soberanía del Estado a un puñado de terroristas", conducta ésta reconocida y respetada por el artículo 3 del Protocolo II de Ginebra.

En cambio el Gobierno siempre estuvo dispuesto a dialogar con los guerrilleros, utilizando la intermediación de la Cruz Roja Colombiana, labor que resultó infructuosa por el rechazo violento del grupo armado; por otra parte, la estructura del edificio no facilitó la labor de rescate de los rehenes.

Sobre el informe elaborado por el Tribunal Especial de Instrucción, señala que:

> "...no prueba en este proceso nada distinto del simple hecho de que esta comisión de ilustres profesionales integrada por el Gobierno Nacional, realizó

una labor de instrucción criminal respecto de la cual rindió unas conclusiones a las cuales el Gobierno, insertándolas en el Diario Oficial quiso darles publicidad. La "investigación" realizada por el llamado Tribunal Especial constituye la etapa sumarial de los procesos penales iniciados con ocasión de la "toma" del Palacio de Justicia. De hecho, su misión era la de investigar y emitir una conclusiones y no la de proferir un fallo o sentencia.

"Lo anterior se demuestra con la simple lectura de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 3300 del 13 de noviembre de 1985, por el cual se creó el mencionado Tribunal y que a la letra dice:

"ARTICULO 1o. Créase un Tribunal Especial de Instrucción, integrado por dos (2) Magistrados elegidos por la Corte Suprema de Justicia, encargado de *investigar los delitos* cometidos con ocasión de la toma violenta del Palacio de Justicia de Bogotá durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

"ARTICULO 2o. Para los efectos previstos en el artículo anterior, el Tribunal Especial de Instrucción tendrá las facultades que las normas vigentes asignan en materia de instrucción criminal".

"Acorde con el Código de Procedimiento Civil, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 174). Según la misma obra, sirven como medios de prueba, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez (artículo 175). Así mismo, el Juez debe practicar personalmente las pruebas (artículo 181).

"Ese Diario Oficial, tampoco es una prueba documental en sí mismo, toda vez que no tiene carácter de documento público, ni siquiera tiene firma y no reúne las condiciones del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás, las publicaciones en periódicos oficiales, como es el caso del llamado Diario Oficial, debidamente autenticados, tiene el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten (artículo 263 *ibidem*). Sin embargo el documento original contentivo de las conclusiones a las cuales llegó el "Tribunal Especial" y cuyo texto fue objeto de la aludida publicación, tampoco tiene el carácter de documento público puesto que no reúne las condiciones establecidas para el efecto por el artículo 251 citado" (fls. 569 a 571 C. 1).

Dar validez a dicho informe -sostiene- equivaldría a trasladar de hecho, sin petición ni decreto previos, las pruebas practicadas por el Tribunal Especial, tras-

lado que, a su juicio, tampoco era posible según deducción que hace la sentencia de esta Corporación del 26 de enero de 1989, cuyo ponente fue el Consejero Carlos Ramírez Arcila.

Desvirtúa también la aplicación del "hecho notorio" como sucedáneo de la prueba al caso comprometido.

c) El apoderado de la Procuraduría General de la Nación, reiteró su solicitud para que las pretensiones del libelo demandatario fueron denegadas por las razones esgrimidas en la contestación de la demanda.

4o.- La señora agente del Ministerio Público ante el Tribunal estima "...que existió omisión por parte de quienes tenían la responsabilidad de vigilar y proteger el Palacio de Justicia, no obstante que se tenía pleno conocimiento sobre una posible toma del mismo, pero infortunadamente se ha querido justificar que la vigilancia que se venía prestando fue retirada por una -orden- la cual no aparece por ninguna parte..." (fl. 175).

Después de hacer un análisis de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, llega a la conclusión que el *sub-júdice*, se reúnen todos los elementos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

5o.- El fallador de primera instancia, luego de transcribir las pretensiones y los hechos de la demanda, examina los presupuestos procesales, encuentra establecida la legitimidad *ad causam* del actor, y sobre el fondo de la controversia, señala lo siguiente:

"Del informe rendido por el Tribunal Especial, se observa, en forma explícita, que en días anteriores, algunos funcionarios de las Corporaciones que allí laboraban, habían recibido amenazas por parte de grupos guerrilleros y del narcotráfico, que a pesar de ello, las entidades gubernamentales encargadas de la protección ciudadana no prestaron en debida forma el servicio de vigilancia a que estaban obligadas.

"Dice el informe que venimos relacionando:

...

"El día 16 de octubre según afirmación del Ministerio de Defensa Nacional ante la Honorable Cámara de Representantes, el Comité General de las Fuerzas Militares recibió por carta un anónimo que decía: El M-19 plantea tomarse el Edificio de la Corte Suprema de Justicia el jueves 17 de octubre, cuando los Magistrados estén reunidos tomándolos como rehenes al estilo de

la Embajada de Santo Domingo; harán fuertes exigencias al Gobierno sobre diferentes aspectos, entre ellos el Tratado de Extradición". (pag 6).

"La conducta omisiva de las autoridades del Orden, demuestra en forma protuberante la negligencia, imprevisión desidia, que hizo posible el acceso a elementos subversivos al Palacio de Justicia, y con ello se dio oportunidad a que se iniciara tan cruento ataque que finalizó en el holocausto indemne de gran número de indefensos ciudadanos.

"Dice así un aparte del informe oficial:

"De existir suficiente fuerza armada, a juicio de los investigadores, el ataque posiblemente no se habría cometido, o de realizarse habría tenido otras consecuencias".

"De lo hasta aquí expuesto, la Sala llega a la conclusión que la demandada incurrió en falla del servicio, ello se desprende sin mayor dificultad, del análisis detallado y ponderado de todas las pruebas que fueron recepcionadas por los Magistrados especiales, y las aportadas ante este Tribunal, en efecto se dijo:

"Una de las causas directas de la toma fue sin lugar a dudas la falta de vigilancia en las instalaciones del edificio". (fl.214, 215).

Finalmente, el Tribunal encontró probados los siguientes hechos:

"1.- Que el día 6 de noviembre, la Dra. MARIA TERESA BARRIOS RODRIGUEZ, laboraba como Secretaria de la Fiscalía 6a. y que se encontraba dentro de las instalaciones.

"2.- Que su muerte ocurrió por calcinación, dentro de los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia.

"3.- Que desde días antes, varios funcionarios que laboraban dentro del Palacio habían recibido serias amenazas contra su vida y contra la edificación. De tales hechos tenían conocimiento las autoridades.

"4.- Que el día en que se inició la toma del Palacio de Justicia, no existía vigilancia oficial.

"5.- La empleada oficial inmolada era hija legítima de Rafael Barrios y de Cristina Rodríguez. Convivía con su padre, quien por su avanzada edad dependía moral y económicamente de su hija". (Fl. 216).

6o.- Las partes inconformes con lo decidido por el *a-quo*, recurrieron en apelación el fallo, recurso que cada una de las partes sustentó ante el *ad-quem*, así:

a.- El apoderado de la parte actora, encamina al recurso a obtener: que sea revocada parcialmente la Sentencia de Primer grado, en la parte que determina el monto de los perjuicios materiales de conformidad con las pruebas aportadas al proceso; o en su defecto, disponer que su cuantía sea determinada mediante un incidente de liquidación previsto en los artículos 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil.

b.- El Apoderado Judicial de la parte demandada, manifiesta su inconformidad con el fallo sobre los siguiente puntos:

"2.1 Ausencia del hecho constitutivo de la falla o falta del servicio, como primer elemento de la teoría.

"No se ha demostrado, como se aprecia en el expediente, ni siquiera la forma como acontecieron los hechos. De no ser porque para todos es evidente que el M-19 se tomó el Palacio de Justicia durante los días 6 y 7 de Noviembre de 1985, que como consecuencia del ataque guerrillero, murieron varias personas y la edificación resultó destruida, procesalmente debería dudarse hasta de la ocurrencia de estos elementales hechos.

"En el proceso no se demostró la supuesta existencia del hecho constitutivo de la falla o falta del servicio, consistente en la ausencia de vigilancia por parte de la Fuerza Pública en la instalaciones del Palacio de Justicia, como equivocadamente afirmó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca". (fl.235, 236).

(...)

"2.2. Ausencia del nexo causal entre el daño y la falla del servicio, como segundo elemento de la teoría.

"En el acervo probatorio no existe evidencia de nexo causal entre la muerte de la doctora María Teresa Barrios Rodríguez y la inexistente, no probada, pero supuesta falla del servicio, consistente en la falta de vigilancia por parte del Estado al Palacio de Justicia.

"Por otra parte, cualquier nexo causal que hubiera podido existir resultó roto por el hecho de un tercero, que en este caso consistió en la acción terrorista ejecu-

tada por el grupo subversivo M-19, la cual anula o destruye cualquier vínculo que hubiera podido existir entre el lamentable fallecimiento de la Señora Barrios Rodríguez, y el Estado". (Fl. 237, 238).

7o.- En el transcurso de la segunda instancia, las partes presentaron sendos escritos, en los cuales reiteran todos los planteamientos esgrimidos a lo largo de todo el proceso.

LA SALA CONSIDERA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá ser confirmada en lo fundamental por haberse estructurado la responsabilidad extracontractual del Estado en los trágicos hechos acaecidos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en el Palacio de Justicia de la capital de la República; así lo decidió esta Corporación en varias Sentencias entre ellas la del 26 de enero de 1995, con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes H.

En el evento *sub-júdice*, la Sala seguirá las directrices y orientaciones trazadas en esa oportunidad, con las precisiones que exijan las particulares circunstancias del caso.

A.- **La legitimación en la causa:** Al proceso se allegaron los documentos que prueban fehacientemente dicha calidad:

- Partida eclesiástica de matrimonio de Rafael Barrios Rodríguez, celebrado el 28 de agosto de 1936.

- Registro de nacimiento de María Teresa del Niño Jesús y del Rosario Barrios Rodríguez, nacida el 3 de junio de 1938.

- Partida de defunción de la fallecida, MARIA TERESA BARRIOS RODRIGUEZ ocurrida el 7 de noviembre de 1985, y en la cual aparece como causa de la muerte "Calcinación".

B.- Establecido lo anterior, es menester dilucidar el planteamiento de las entidades demandadas en lo atinente a una supuesta irresponsabilidad del Estado "cuando su función implica el ejercicio de su soberanía"; no explica el contenido de la noción pero al ejemplificar señala "los actos legislativos", los actos de gobierno", "los actos del Juez" y "los hechos de guerra".

La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico Universal y en nuestro Derecho.

Si bien la instauración del Estado de Derecho y de la sujeción de aquel al ordenamiento jurídico, como supuesto básico del sistema, no desencadenó de inmediato la obligación estatal de reparar los daños que causara a los particulares con su acción, no hay duda de que constituyó fundamento político necesario para la implantación posterior del instituto indemnizatorio.

Relegadas ciertas formulaciones políticas del *ancien régime* tales como aquella que desligaba al príncipe del orden jurídico (*princeps legibus solutus est*) a través del principio de legalidad y de la concepción del Estado como persona jurídica, paulatinamente se empieza a consagrar y a consolidar el principio de responsabilidad que, en la época actual, es considerado como uno de los pilares fundamentales de un Estado de Derecho.

Este tránsito se produce, como lo recuerda el profesor Eduardo García de Enterría, de maneras diversas según los países; los anglosajones, (Inglaterra y Estados Unidos), buscaron la fórmula legislativa; España sigue esa misma vía; Francia encuentra la salida por medio de la creación jurisprudencial; Alemania hace una combinación de tales mecanismos....etc.

Sobre este tema, el profesor León Duguit apunta lo siguiente:

"Miradas de cerca, soberanía y responsabilidad son dos nociones que se excluyen. Sin duda la soberanía puede ser limitada, y en la concepción de nuestro Derecho público tradicional está limitada por el Derecho del individuo, como ella recíprocamente limita el derecho de éste. Estas limitaciones recíprocas son reguladas y no pueden serlo más que por la ley, expresión de la voluntad general, emanación de la soberanía misma y que forma el derecho del país. Es, pues, en definitiva el Estado soberano quien crea el Derecho, y siendo así no se puede admitir que pueda ser responsable. En la concepción tradicional la responsabilidad implica una violación del Derecho: y quien crea el Derecho por un acto de su voluntad soberana, no puede violarle. Así como en los países de monarquía absoluta "el rey no puede hacer mal", y por tanto no puede ser responsable, el Estado democrático, que no es más que la nación soberana organizada, tampoco puede hacer mal, ni puede ser responsable.

"El Estado soberano no puede ser responsable con ocasión de la ley, expresión misma de la soberanía. No puede serlo tampoco con ocasión de los actos ejecutivos, actos jurisdiccionales o administrativos. Si estos actos, en efecto, son conforme a la ley, la cuestión de responsabilidad no se plantea ni para el Estado ni para el agente público. Si son contrarios a la ley no se plantea para el Estado, pues este ha hecho una ley, ha creado el Derecho, y no ha querido que esta ley sea ejecutada. Si no lo es o es violada es que el agente pone su

propia voluntad en lugar de la del Estado soberano. No hay, pues, sino una voluntad que pueda ser responsable, la del agente público.

"Todo esto era muy lógico, tan lógico que algunos autores, de tendencia progresista, cuyos escritos gozan de autoridad, no han podido aún sustraerse a esta surte de obsesión que impone a su espíritu la idea persistente de soberanía. Obligados a reconocer que la responsabilidad del Estado está seguramente comprometida en algunos casos, declaran que no es posible cuando el Estado obra como poder público, a menos que la ley no haya determinado expresamente M. Berthelemy en la 7a. edición (1913) de su *Traité du Droit administratif* declara aún que en principio el Estado es irresponsable con ocasión de los actos de poder público (pág.73). Teissier en su interesante obra *Responsabilité de la puissance publique*, es menos afirmativo. Pero su espíritu continúa dominado por esta idea: que allí donde se manifiesta verdaderamente la soberanía del Estado no puede haber cuestión de responsabilidad. "Las leyes, escribe, constituyen en primer término actos de soberanía, y los daños causados por ellas a los particulares, salvo disposiciones contrarias, no pueden dar lugar a un acción de responsabilidad contra el Estado, ni ante la jurisdicción administrativa ni ante la autoridad judicial" (núm. 17).

"Se ve con esto interdependencia de estas dos nociones de soberanía y de irresponsabilidad. Ella se afirma claramente en estas doctrinas que reconociendo la responsabilidad del Estado en ciertos casos, se apresuran a añadir que es solamente en los casos en que el Estado no obra como poder. Se hace, pues, una brecha al principio de la irresponsabilidad. ¿Pero dónde se detendrá? ¿Cómo se podrá distinguir los casos en que hay manifestación de poder y por consecuencia irresponsabilidad, y aquellos en que hay responsabilidad porque no hay manifestación del poder? Se ha dicho ya que el Estado es una persona soberana por definición, es siempre esta persona y no puede no serlo en ciertos casos y serlo en otros, y si su soberanía implica su irresponsabilidad, no puede nunca ser responsable. "(Las Transformaciones del Derecho Público y Privado" -Heliasta- págs. 135 a 137).

Como se ve, al origen de la teoría existen ciertas zonas de la acción estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otras para los cuales su deducción se condicionó a ciertas exigencias especialmente rigurosas, tales como la existencia de "faltas manifiestas y de particular gravedad", o de "faltas administrativas graves", para algunos servicios públicos. En el primero de los renglones indicados, se situaron por ejemplo, las leyes, los actos jurisdiccionales y los actos de gobierno, los cuales, sin embargo, con el paso del tiempo fueron formando parte de la acción "responsable" del Estado,

disminuyendo, hasta su extinción, los casos de irresponsabilidad en buena parte de los regímenes jurídicos.

Y, en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigurosidad, de modo que se facilitó notoriamente la responsabilidad patrimonial a cargo de las personas jurídicas de Derecho Público.

Recorrido similar ha seguido nuestro derecho en el cual, por lo demás, no se conocen antecedentes importantes que permitan señalar una época del Estado patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones de la demandada resultan francamente inaceptables, bien como teoría general, bien como tesis particular para el Estado Colombiano.

Ya la Corte Suprema de Justicia, para entonces encargada de la guarda de la Constitución, en sentencia de 15 de noviembre de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario No.01 de 1984, en lo atinente al control jurisdiccional de los denominados "actos políticos o de gobierno", dijo "que la distinción entre el acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación que por mayor o sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos, que no servirá para excluir tales actos del control jurisdiccional".

Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. En este propósito han revestido especial importancia las reflexiones del profesor García de Enterría al establecer las diferencias entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, ideas que han sido acogidas en oportunidades diversas por la jurisprudencia española y por la colombiana.

Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta pero decidida elaboración por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado Social de Derecho (art. 1o. de la C.N.), so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podrá jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados.

C.- La falla del servicio.- En el expediente No.8222, actor: Cecilia Sierra de Medina y otros, que fue fallado el 19 de agosto de 1994 con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, se analizó este elemento con base en el material probatorio recaudado en el proceso; como los medios de prueba allí recogidos se corresponden con los que obran en este proceso, los análisis hechos entonces resultan pertinentes ahora.

Dijo la Sala:

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

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

"a) Que en la reunión correspondiente al 30 de Septiembre de 1985, el Consejo Nacional de Seguridad trató el tema de las amenazas que existían contra los Magistrados de la Corte, según informe rendido por el DAS, el cual fue leído por su Director Maza Márquez, en el cual "Analiza los antecedentes, los hechos más significativos, la credibilidad de las amenazas y presenta conclusiones y recomendaciones", en tanto que el General Delgado Mallarino, Director General de la Policía Nacional expresa que "los Magistrados en general aceptan las medidas de seguridad que se adopten, salvo el doctor Ricardo Medina Moyano, quien no ha querido que se le dé protección"; el Ministro de Gobierno se refirió a que en el Consejo Nacional de Seguridad se había convenido enviar "una carta a la Corte Suprema de Justicia en la cual se le informara sobre el conocimiento que tenía de las amenazas a algunos Magistrados de la Corte y sobre la necesidad de tomar las medidas del caso para brindarles seguridad", posición que compartió el Ministro de Justicia, quien además agregó "que tales amenazas no debían mantenerse en reserva sino darse a conocer para que no se convirtieran en una grave presión para los Magistra-

dos y por esa razón resolvió hacerlas conocer a través de los medios de comunicación". (Fls. 395 y 396 c.2).

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

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

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

"e) Que para el 4 de noviembre de 1985, la Policía Nacional retiró la vigilancia que prestaba en el edificio del Palacio de Justicia, sin que al respecto se encuentre en el proceso justificación o explicación alguna para tomar tan irresponsable determinación. La mayor parte de los testimonios recaudados de los Magistrados de la Corte y de los Consejeros de Estado, permiten deducir que fue una medida inconsulta, tomada a espaldas de los Presidentes de dichas Corporaciones.

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

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

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

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

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

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

"La presencia de personal civil ajeno a la ocupación, integrado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por los Consejeros de Estado, por los funcionarios y empleados de tales corporaciones judiciales, por quienes en ra-

zón de sus funciones debían realizar diligencias dentro del edificio, no alcanzaron a impedir el uso exagerado e irresponsable de las armas oficiales. El pie de fuerza fue sin duda numeroso, el armamento fue de gran poder destructivo, participaron tropas de la Compañía Antiguerrilla, Escuela de Artillería, Escuela de Caballería, Escuela de Ingenieros, Grupo Mecanizado Rincón Quiñones, Policía Militar, Batallón Guardia Presidencial, Departamento de Policía Bogotá, vehículos Cascabel y Urutú, pistolas, revólveres, fusiles y ametralladoras de diferentes calibres, granadas de fragmentación y cañón, subametralladoras, bombas Kleimer, minas, dinamita, explosivos plásticos, personal y armamento que fueron utilizados precipitadamente, con desconocimiento absoluto de quienes indefensos se encontraron en medio de la violencia, afectándolos por igual, lastimados inmisericordemente y sin diferenciación alguna por las armas de la subversión, o por las de quienes constitucionalmente, de manera paradójica, estaban obligados a protegerlos en su vida e integridad. Lamentablemente, antes que la defensa de las instituciones, lo que se dio fue un exceso en el uso del poder y un desconocimiento de los fines del Estado, los que impidieron prever al Gobierno Nacional, las dolorosas consecuencias que traería para Colombia y para sus gentes el sacrificio ilegítimo y precipitado no solo de algunos de los más caracterizados y notables exponentes de la justicia colombiana, sino de los demás funcionarios y ciudadanos que ajenos a la contienda, sin embargo, en medio de la misma encontraron la muerte.

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

"Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular. La vigilancia incrementada por la visita del Presidente de Francia desapareció cuando el mismo salió de Colombia. Ni la Policía Nacional, ni el Das, ni el Ejército, prestaron custodia alguna para el día de la toma del Palacio, y ello a pesar de que se trataba de una toma anunciada, como la calificaron los distintos personajes del propio gobierno. En verdad resulta de difícil comprensión para la Sala la actitud en extremo negligente, imprevista y desde luego culposa de las autoridades de la República para dejar

en la más aterradora desprotección a Consejeros, Magistrados y personal que laboraba en el Palacio de Justicia, a la buena de Dios y con el único respaldo de una exigua vigilancia particular, carente de experiencia y de los medios necesarios para enfrentase a un enemigo audaz, osado y peligroso, el que venía amenazando de muerte a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que había anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que había sido objeto de comentarios en la reunión del Consejo Nacional de Seguridad, organismo de donde surgió la determinación de brindar una especial protección a los referidos funcionarios judiciales y establecimiento de labores.

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

"Pero no solo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes. Con razón el Procurador Primero Delegado ante la Corporación, al emitir su concepto en el proceso No.9276, donde figura como demandante Susana Becerra de Medellín, en términos que la Sala comparte íntegramente, manifestó: "Se observa pues que los principios generales del Derecho de Gentes, o aún del Derecho Internacional Humanitario, no requieren necesariamente de expresión positiva en un ordenamiento interno. El Protocolo II, que afirma que la población civil en caso de operaciones militares gozará de protección contra los peligros que conllevan dichas operaciones y que no pueden ser objeto de ataque, puede ser complementario del contenido obligacional enunciado por el Artículo 3 común... En síntesis, tanto por los Convenios de Ginebra, incorporados positivamente al derecho interno, como por los Protocolos I y II adicionales a aquellos, los civiles no combatientes que se encontraban en el Palacio de Justicia tenían un derecho cierto e indiscutible a un trato humano". Agrega más adelante el señor Procurador Primero Delegado, "que por la vía del artículo 121 de la Constitución de 1886 se imponía al Estado, incluso en operancia de los estados de excepción, el respeto del derecho de gentes". (Lo destacado es de la Sala). Deduce lo anterior del criterio expresado en la ponencia para segundo debate en el Senado, de la Reforma Constitucional de 1968, donde se expresó que las reglas y

principios contenidos en convenios y tratados internacionales los cuales ha suscrito Colombia "si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas, pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados...". Lo anterior permite concluir, con el citado funcionario" que el operativo militar fue excesivo e inhumano en tanto no se preocupó por salvaguardar la vida de los rehenes, y que violó las normas internacionales existentes sobre el Derecho de Gentes - no debe olvidarse que al interior del denominado Derecho de Guerra también existe una filosofía ética que exige el respeto a la dignidad humana- y, por tanto, constituyó una falla del servicio por la cual la Nación colombiana debe responder patrimonialmente".

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

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

"No comparte la Sala todas las apreciaciones de la parte recurrente en torno al valor probatorio asignado a las conclusiones del Tribunal Especial. De una parte, su calidad de documento público mal podría desconocerse cuando sus autores fueron funcionarios públicos especialmente designados por el Gobierno Nacional para investigar oficialmente lo sucedido en el Palacio de Justicia

y al emitirlo cumplían una función pública y lo hacían, desde luego, en ejercicio de su cargo, situación que corresponde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 251 del C. de P.C.".

En síntesis, la falla del servicio se presentó por partida doble:

De una parte, por haber suprimido la vigilancia necesaria en momentos en que no cabía duda acerca de la gravedad de las amenazas que pesaban sobre los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, como personas y como funcionarios, la **institución judicial** en la cúpula de la rama correspondiente y el Palacio de Justicia que albergaba las dos altas corporaciones jurisdiccionales. La vigilancia adecuada de las instalaciones físicas que servían de sede a los organismos judiciales, era obligación corriente del Estado; por lo probado en el proceso; esa obligación no se cumplió. Las extraordinarias circunstancias de violencia que vivía el país, las dificultades por las que atravesaba el proceso de paz trazado por el Gobierno, los actos que con anterioridad inmediata se habían cumplido por la guerrilla, los asuntos especialmente delicados que se debían decidir por esos días en la Corte Suprema de Justicia, las amenazas graves de que habían sido objeto Magistrados y Consejeros y cuya seriedad fue constatada por las fuerzas de seguridad, exigían que se proveyese de vigilancia y de protección especiales al Palacio de Justicia, así como a Magistrados y Consejeros; y que dicha vigilancia y protección permanecieran mientras la situación de riesgo subsistiera.

Sostener que "el peligro de la toma era el día 17", y que sin embargo "se puso el servicio hasta el 21", como muestra de eficiencia en el cumplimiento de la obligación estatal (fls. 319 del C.3), es una explicación que oscila entre la ingenuidad y el cinismo; idéntica cariz tiene la pretensión de descargar en el sacrificado Presidente de la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad del abandono de la vigilancia del Palacio, la cual, por lo demás, aparece claramente desmentida por los testimonios de magistrados y consejeros y, por sobre todo, por las afirmaciones del entonces Presidente del Consejo de Estado, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, quien sostiene categóricamente que tal orden no salió del Palacio, amén de que, para las fechas en que presuntamente se dió, el Dr. Reyes Echandía atendía diligencias académicas en la ciudad de Bucaramanga.

Por este primer aspecto, pues, se abandonó a su suerte la **institución judicial** representada por sus cuerpos de mayor jerarquía, desconociendo, por lo tanto, no sólo la obligación de proteger la vida y la integridad física de Magistrados, funcionarios y empleados judiciales, sino también la de velar por la institucionalidad del Estado en una de sus ramificaciones tradicionales: la jurisdiccional.

Curiosamente, todo lo ocurrido se presenta luego bajo un panorama de defensa de las instituciones de la República; ¡valdría la pena preguntar si la rama judicial estaba excluida de este concepto...!

La segunda parte de la actuación oficial, constitutiva también de falla del servicio consistió como se dijo en la sentencia de la Sala cuyos apartes se transcribieron en ésta, en la forma atropellada, imprudente e improvidente con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma del Palacio de Justicia, dejando en el juzgador la triste sensación de la insignificancia que tuvo la vida de las víctimas en la refriega, para quienes las peticiones, los ruegos, los lamentos, resultaron infructuosos.

Se arrasó a los captores cuya injustificable necedad, apoyada en la negligencia estatal, desencadenó la tragedia.

Pero se arrasó, al mismo tiempo, a casi un centenar de personas entre las cuales se contaban once Magistrados de la Corte y ocho funcionarios y empleados de esa misma Corporación y del Consejo de Estado y, "protegiendo las instituciones", se desinstituicionalizó la rama judicial generando horrendos y justificados temores entre los miembros que la conforman y falta de confianza entre la ciudadanía respecto de la fortaleza institucional de la rama judicial, en un proceso de deslegitimación que no termina aún.

La atropellada cadena de circunstancias, dolorosas unas, escandalosas otras, gravísimas todas, que presencia inerme la ciudadanía, ha impedido que se evalúen concienzudamente las desastrosas secuelas que, en todos los órdenes, dejaron y siguen produciendo los hechos atroces que aquí se juzgan y cuya sola descripción horroriza el espíritu y contrista el alma de un pueblo noble como el colombiano, todo a contrapelo de cualquier idea de civilización.

Lo dicho muestra hasta qué punto es desacertado invocar la soberanía Estatal como justificante de la acción cuestionada y como fundamento de una pretendida irresponsabilidad patrimonial.

Se hacen estas reflexiones sobre la falla del servicio porque, como se dice en el fallo que ha venido citando la Sala, este es el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, por consiguiente, desplaza cualquiera otro que resultara aplicable; además de las razones que en dicho fallo se explican y que ahora se reiteran, hay que subrayar **el papel de control de la acción del Estado,** fundamentalmente en el ejercicio de su función administrativa que ha sido confiada a esta jurisdicción. Por él, debe el Juez Contencioso Administrativo determinar, para cada caso concreto, las obligaciones a cargo de las entidades públicas, su

extensión y su infracción o cumplimiento frente a los hechos sometidos a su examen.

d) El daño

Los daños morales están correctamente reconocidos y evaluados por el *a-quo*.

En cuando a los perjuicios materiales, en la sentencia que se ha venido citando, se dijo:

"Cabe precisar, en esta parte de la sentencia, lo relacionado con los cuestionamientos formulados por el impugnante en relación con la llamada indemnización *"a fortait"*, y lo dispuesto en la Ley 126 de 1985, mediante la cual "se crea una pensión vitalicia de condiciones especiales en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público", para los funcionarios que murieron "como consecuencia de homicidio voluntario, durante el desempeño de su cargo y sin haber cumplido el tiempo de servicio requerido por la Ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación...."norma que igualmente se dispuso aplicar "a los beneficiarios de los miembros de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público que hubieren fallecido como consecuencia del asalto iniciado el seis de noviembre del presente año, contra el Palacio de Justicia".

"De otra parte y con el mismo sentido crítico, hace alusión el apelante a los Decretos 3270 del 9 de noviembre de 1985 "Por el cual se autoriza el pago de unas gratificaciones", 3381 del 22 de noviembre del mismo año, modificatorio del anterior y 32 74 del 11 del mismo mes y año, por el cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia asumió los costos ocasionados por la atención médica y hospitalaria de las víctimas del Palacio de Justicia de Bogotá, así como los gastos generados por la inhumación de quienes allí fallecieron.

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

"Sobre este particular, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones y ha fincado el concepto de que en tratándose de indemnizaciones resultantes de fallas del servicio, hay lugar al reconocimiento y pago no sólo de los valores derivados de la relación laboral prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin hacer descuento alguno entre las sumas

reconocidas, las cuales, por el contrario, pueden acumularse. Se ha tomado como razón diferencial entre uno y otro reconocimiento, el origen de cada uno, de orden laboral el pensional, en tanto que el indemnizatorio proviene del daño ocasionado. De otra parte, también se ha considerado que descontar el valor de las pensiones no resulta equitativo, por cuanto en ella saldrá beneficiada la administración responsable, la que al efectuar el pago que las leyes laborales le imponen, viene a quedar eximida, en todo o en parte, de la obligación indemnizatoria del daño ocasionado por la acción u omisión en que haya incurrido.

"Conviene recordar cómo en sentencia de 30 de octubre de 1989, expediente 5275, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se precisó: "La Sala ha venido ordenando, sin una adecuada precisión, el descuento de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones de tipo laboral; olvidando que estas tienen como causa una relación jurídica distinta al motivo que respalda la indemnización de perjuicios extracontractuales que obedece a una normatividad diferente. Por lo tanto, teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones son compatibles y por lo tanto el reconocimiento deberá ser pleno". En similar sentido se recuerdan las providencias de 6 de abril de 1990 (Exp. No.5070), junio 8 de 1990 (Exp. No.5814), 28 de septiembre de 1990 (Exp. No.6091), 15 de noviembre de 1992 (Exp. No. 5990), 25 de septiembre de 1992 (Exp. No.6945), 13 de noviembre de 1992 (Exp. No. 4374) y del 13 de septiembre de 1991, Expediente No.6253, actor: Mélida Inés Domínguez de Medina, donde con ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en lo pertinente se expresó: "Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la corporación, en casos como éste el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no solo a la especial *"a fortait"* o predeterminadas por las leyes laborales que rigen a la institución... En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora..., cónyuge supérstite, y a sus hijos,... no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, porque aquellas tienen su causa en la ley (dec. 2063 de 1984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada a su pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizada atrás... En otras palabras, con el pago de esas prestaciones no se estaba indemnizando a los damnificados, sino que simplemente se les estaba reconociendo unos derechos sociales creados por la ley. ... En estas condiciones, como lo ha dicho la doctrina, es admisible el cúmulo de indemnización" (La Sala ha destacado).

"Ahora bien, del análisis desprevenido de las normas citadas por el apoderado de la demandada, es dable inferir que las mismas son de contenido eminente-

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

La liquidación del daño material se hará más adelante.

E.- En cuanto a los cuestionamientos de las entidades demandadas en relación con el nexo causal, la Sala reitera cuanto dijo en la oportunidad ya señalada:

"Establecidos, pues, los dos primeros elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la administración, se procede a examinar si entre la falla del servicio y el daño, se presenta una relación de causalidad. En este punto, la demandada ha manifestado que dicho nexo causal no se da, por cuanto las víctimas del Palacio de Justicia no fallecieron por culpa del Estado Colombiano. No se probó siquiera, afirma el impugnante, que los magistrados, funcionarios o civiles desaparecidos, fallecieron como consecuencia de la acción de las Fuerzas Armadas, "mucho menos resulta jurídico sostener que su muerte fue producida de manera indirecta, por la reacción de las Fuerzas Militares a la toma guerrillera".

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

"Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño. En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quienes con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por

lo menos facilitaron, la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no solo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación por parte del M-19 de la edificación, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria tomaron, mucho menos extraordinaria, como lo exigía la situación. Esa contribución estatal traducida en la falla del servicio que le permitió al M-19 tomarse el Palacio de Justicia es la que hace recaer la responsabilidad exclusivamente sobre la Nación y desautoriza la eximente alegada como medio de interrumpir o romper el nexo de causalidad entre la falla de la administración y el daño ocasionado. Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el *sub-júdice*, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el generado daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

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

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

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

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

"Ahora bien, dada la referencia que se hizo en el fallo apelado al artículo 90 de la Constitución Política vigente y el cuestionamiento que el recurrente formula por estimar que se le dio una aplicación retroactiva a la norma constitucional, la Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones al respecto. La primera de ellas consiste en que no se trata de que el *a-quo* haya dado aplicación retroactiva a la Constitución Política de 1991 como se dice por el impugnante. De ninguna manera. El Tribunal al hacer referencia al último estatuto constitucional simplemente expresó que a partir del 6 de julio de 1991 la responsabilidad del Estado fue expresamente consagrada en el texto constitucional. Esa alusión al artículo 90 mal podría entenderse como una aplicación retroactiva. El afirmar que en la nueva norma se consagró constitucionalmente la responsabilidad patrimonial del Estado, no implica su aplicación retroactiva, en razón a que con anterioridad a su vigencia también las normas constitucionales, especialmente el artículo 16 de la Carta Fundamental habían servido a la jurisprudencia para elaborar la teoría de la responsabilidad estatal por falla del servicio. De otra parte, no puede olvidarse que el manejo jurídico del caso examinado lo orientó el Tribunal por el régimen de responsabilidad administrativa basado en la tesis de la falla del servicio".

Demostrado el perjuicio, es importante anotar que al *sub-júdice* se allegaron testimonios que dan certeza de la dependencia económica del actor respecto de la occisa, pero ante la dificultad de establecer el quantum de dicha ayuda y dadas las circunstancias de edad de la fallecida (47 años) y la de su padre de 75 años, la Sala en aras de la justicia y teniendo en cuenta las circunstancias antes anotadas, considera justo hacer la liquidación teniendo en cuenta un 40% de lo que devengaba la fallecida.

Se estableció que la renta que obtenía MARIA TERESA BARRIOS RODRIGUEZ, en el año de 1985 era de ochenta y dos mil ochocientos pesos ($82.800), la Sala entonces procederá a realizar la liquidación de los perjuicios sobre la base de treinta y tres mil ciento veinte pesos (33.120.oo), equivalente al 40% de $82.000.oo.

En la demanda no se solicitó la actualización de la suma que constituye la base para la liquidación y por esta razón el *a-quo* denegó la actualización de la condena por no haber sido pedida dentro de las súplicas de la demanda, decisión que no comparte la Sala, toda vez que jurisprudencialmente esta Corporación ha procedido a actualizar de oficio las sumas que sirven de base para la liquidación, así por ejemplo tenemos la sentencia de octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro con ponencia de quien redacta esta providencia, en la cual se dijo:

"En la demanda no se solicitó la actualización de esa suma que constituye la base de la liquidación. Sin embargo, hay dos razones que impulsan a la Sala a proceder a su actualización, a saber:

"1.- La actualización consiste en el simple reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del peso, circunstancia de fatal ocurrencia en economías inflacionarias y ajena por completo a la voluntad de la víctima; desde este punto de vista, la indemnización no actualizada no es plena; no comprende la totalidad del daño generado, de consiguiente, constituye una injusticia en contra de la víctima.

"En materia de responsabilidad contractual, el ordinal 8o. del artículo 4o. de la Ley 80 de 1993 previó la actualización, por ministerio de la ley, del valor histórico para efectos de calcular el monto de los intereses moratorios; este es un nuevo elemento, de carácter legal y de la mayor importancia, pues carecía de toda justificación que en tratándose del daño contractual la actualización procediese sin petición y que, en cambio, ello no fuese posible en la responsabilidad extracontrato; una distinción de esa naturaleza produce injusticia en contra de las víctimas de un daño que han visto menoscabado su patrimonio material o moral o su integridad física, simplemente porque los hechos se produjeron por fuera del contrato".

La suma de $33.120, se actualizará con la fórmula:

$$V.p = V.h \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

$$V.p = 33.120 \frac{398.24}{51.89}$$

$$V.p = 254.186.$$

Para efectos de la liquidación de la condena, hay que tener en cuenta que el demandante, al momento de la ocurrencia de los hechos, contaba con 75 años de edad, lo cual significaba que le quedaban 8.54 años de vida probable, según la tabla de mortalidad suministrada por la Superintendencia Bancaria. Esto indica que el actor presuntamente viviría hasta la edad de 84 años que cumpliría en octubre de 1993. Por tal razón, la condena solo se hará hasta la fecha de expectativa del señor RAFAEL BARRIOS.

Así tenemos que la indemnización debida comprenderá desde la fecha de los hechos hasta el 30 de octubre de 1993.

$$S = 254.186 \frac{(1 + 0.004867)\ 100.15..1}{0.004867}$$

$$S = 32.704.332$$

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

FALLA

1o.- CONFIRMANSE los ordinales 1o., 2o. y 4o. del fallo apelado.

2o.- MODIFICASE el ordinal 3o., el cual quedará así:

3o.- CONDENASE a la Nación - Ministerio de Defensa, a pagar la suma de treinta y dos millones setecientos cuatro mil trescientos treinta y dos pesos ($32.704.332) por concepto de perjuicios materiales, y una suma equivalente a un mil (1000) gramos de oro, de acuerdo a la cotización que realice el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a favor del señor RAFAEL ANTONIO BARRIOS CHAPARRO.

Expídanse copias a la parte actora por conducto de su apoderado, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a las demás partes para su cumplimiento. (art. 115 del C.P.C.).

Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Dr. Mauricio Sarria Barragán, Diego Moreno Jaramillo.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.-

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido sobre actualización de condena se reitera la sentencia de octubre 27 de 1994, Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS - Causa. ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia. **RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LA LEY. RESPONSABILIDAD POR LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Las acciones contencioso administrativas de resarcimiento (tomando el concepto en sentido genérico) están vinculadas a la fuente u origen de la lesión del derecho que se dice conculcado. Vinculación que no le permite al accionante escoger a su arbitrio la vía a seguir. Así, si el daño lo produce el acto administrativo, la acción será de nulidad y restablecimiento; si tiene origen en un hecho, omisión u operación administrativa, será de reparación directa; y si proviene de un contrato, la acción deberá ser contractual. Esta, es a grandes rasgos, la orientación jurisprudencial sobre las fuentes que podrían considerarse como ortodoxas. Porque también puede darse la responsabilidad por la administración de justicia. En uno y otro caso, la responsabilidad se estima como excepcional y la jurisprudencia la somete a moldes rígidos. En el primer evento, relacionándola fundamentalmente con la violación, por la ley que se considera lesiva, del principio de la igualdad de las personas contemplado hoy en el artículo 13 de la Constitución de 1991; y en segundo, orientado más a la actividad administrativa de la rama judicial que a la actuación procesal misma de los jueces; los que serán en principio, responsables por sus actuaciones y omisiones que causen detrimento a los interesados.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Funciones. **SOCIEDAD COMERCIAL** - Liquidación. **CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO** - Convocatoria. **ACTO JURISDICCIONAL. ACTO ADMINISTRATIVO. ACTO DE TRAMITE. ACCION DE REPARACION DIRECTA** - Improcedencia. **DEMANDA** - Inepitud

El acto del cual se quiere derivar la responsabilidad estatal (la convocatoria al concordato) que se dice interrumpió el proceso liquidatorio de la

sociedad cuando ya estaba disuelta y en estado de liquidación por orden de la misma Superintendencia (auto AN-BQ-03442), no era, ni en ese entonces ni luego de la expedición del Decreto 350 de 1980, demandable ante la jurisdicción administrativa: en aquel entonces porque esos actos dictados durante el proceso concordatorio se consideraban de carácter jurisdiccional controlables por los recursos procesales propios; y ahora, porque por definición legal sería de simple trámite. Y si en gracia de discusión pudiera calificarse el auto de convocatoria a concordato como administrativo, por ser, según la demanda, el causante del perjuicio, la acción, como se indicó atrás, debió ser de nulidad y restablecimiento y no de reparación directa. Así, sería inepta la demanda.

SOCIEDAD COMERCIAL - Disolución. **CONCORDATO PREVENTIVO. QUIEBRA** - Proceso

En primer término podrá hacerse el procedimiento concordatorio para luego poder continuar la vida social o proceder a la disolución o liquidación de la misma. Pero nada impide que se invierta el proceso, decretando primero la disolución y liquidación para luego abrir el proceso concordatorio. Tan cierto es esto que decretada la disolución y liquidación de la sociedad puede ordenarse y cumplirse el proceso de quiebra. Además, tal como lo prevé el Código de Comercio, aún dentro del proceso de quiebra podrá celebrarse concordato, en los términos del art. 1986 de dicho estatuto.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia Sentencia No. Expediente 4094 - Ordinario Indemnizaciones. Actor: Aerovías Cóndor de Colombia S.A. (en liquidación). Demandada: La Nación - Superintendencia de Sociedades

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia, instaurado por Aerovías Cóndor S.A. Aerocóndor, en liquidación, contra la Nación- Superintendencia de Sociedades.

En el libelo pidió expresamente la parte actora:

"1o. Se declare que con el acto de convocatoria a AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. -En liquidación- y sus acreedores, al trámite de un Concordato Preventivo Obligatorio, que profirió la Superintendencia de Sociedades en Auto OC-0337 del 27 de junio de 1980, cuando la Sociedad ya se encontraba "disuelta" y había sido ordenada con anterioridad su liquidación por la misma Superintendencia mediante Auto AN-BQ-03442 del 24 de abril del mismo año, se interrumpió el proceso de liquidación del patrimonio social de la empresa y se impidió a su Liquidador el ejercicio de las atribuciones legales que le corresponden;

"2o. Se declare que como consecuencia de aquel acto de la Superintendencia de Sociedades, se dio curso al trámite de un Concordato Preventivo Obligatorio, que se prolongó por espacio de 33 meses desde entonces hasta el día de la ejecutoria de su Auto 00-00721 del 22 de Marzo de 1983, que confirmó a su vez el Auto OO-BO-00517 del 22 de febrero del mismo año, que declaró agotado dicho trámite, sin haber obtenido con dicho procedimiento ningún resultado favorable para la empresa, sino por el contrario avocándola al estado de "quiebra".

"3o. Se declare que durante el lapso de 33 meses del trámite del Concordato Preventivo Obligatorio de AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. -En liquidación- a la que convocó con sus acreedores la Superintendencia de Sociedades, mediante su Auto OC-00337 del 27 de junio de 1980, interrumpiendo el proceso de liquidación de la empresa, se causó grave daño a la Sociedad al impedirse la gestión del Liquidador, por cuanto no le permitió enajenar los activos sociales para atender al pago de sus acreencias, dando ocasión la conducta de la Superintendencia a que se sustrajeran y deterioraran los bienes de la Sociedad, depreciándose considerablemente su patrimonio, en tanto que de otra parte se acrecentaron las obligaciones por pagar en razón de los intereses moratorios causados sobre los créditos durante el mismo tiempo:

"4o. Se declare a la NACION Colombiana responsable extracontractualmente del daño causado a la Sociedad AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. -En liquidación-, por causa de los actos de convocatoria y trámite del Concordato Preventivo Obligatorio que realizó la Superintendencia de Sociedades, como órgano que es de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Estado, respecto de la Sociedad y sus acreedores, a partir de su Auto OC-00337 del 27 de junio de 1980, hasta el día de la ejecutoria del Auto de la misma Superintendencia OC-00721 del 22 de marzo de 1983, que confirmó a su vez el Auto OC-BQ-00517 del 22 de febrero del mismo año que declaró agotado aquel trámite;

"5o. Se declare a la NACION Colombiana responsable extracontractualmente de la "quiebra" de la Sociedad AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. -En liquidación- por causa de las anteriores actuaciones de la Superintendencia de Sociedades que le impidieron a la Sociedad liquidar su patrimonio social al declararse su disolución el 24 de abril de 1980 cuanto tan solo acusaba pérdidas comerciales que redujeron su patrimonio neto por debajo del 50% de su capital suscrito según la misma Superintendencia;

"6o. Que como consecuencia de todo lo anterior se condene a la NACION Colombiana a reconocer y pagar a la Sociedad AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. -En liquidación- los daños y perjuicios patrimoniales que le infirió, más los intereses compensatorios que se causen sobre el monto de la indemnización desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga hasta cuando se realice su pago;

"7o. Que como consecuencia de la anterior condena, los perjuicios patrimoniales causados se determinen teniendo en cuenta para fijarlos, los índices de corrección monetaria o devaluación que correspondan incrementar para ajustar su valor monetario;

"8o. Que igualmente como consecuencia de todo lo anterior se condene a la NACION Colombiana a reconocer y pagar a la Sociedad AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A. como indemnización por el daño moral que le ha inferido, el equivalente a 1.000 gramos oro;

"9o. Que se ordene y obligue a la NACION Colombiana a dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo previsto en el art. 121 y 122 del C.C.A.".

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que Aerocóndor, por mandato legal, ha estado sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

2) Que en virtud de esas atribuciones la Superintendencia la declaró disuelta y liquidada mediante resolución AN-BO-03442 de 24 de abril de 1980, inscrita en el registro mercantil el 14 de mayo siguiente (#0211 de libro respectivo).

3) Que en el estado anterior por mandato del art. 222 de C. de Co., conservó su capacidad jurídica pero sólo para los efectos de su liquidación.

4) Que, sin embargo, la misma entidad, mediante auto OC-00337 de 27 de junio del mismo año convocó a la sociedad y a sus acreedores a la celebración de

un concordato preventivo obligatorio, cuyo trámite declaró agotado el indicado organismo por auto OC-BO-00517 de 22 de febrero de 1983.

5) Que con la convocatoria al Concordato, la Superintendencia interrumpió la liquidación de la empresa; y suspendió, interviniéndola, el ejercicio de las atribuciones del liquidador señaladas en el art. 238 del C. de Co., al hacer prevalecer el trámite concordatorio sobre el de disolución y liquidación social.

6) Que la Superintendencia advirtió al liquidador que no efectuara enajenaciones, transacciones ni arreglos diferentes al "giro ordinario de los negocios" de la sociedad.

7) Que disuelta la sociedad, ésta carecía de capacidad jurídica para desarrollar el giro de sus negocios y para celebrar cualquier acto que no se relacionara directamente con su liquidación.

8) Que los actos que suspendieron el proceso liquidatorio e impidieron las labores del liquidador causaron serios daños a la sociedad *"puesto que al no permitir la enajenación de sus activos, ni realizar pagos, ni transacciones, sus bienes se deterioraron considerablemente, en tanto que se incrementaron los créditos a su cargo con los intereses moratorios correspondientes causados durante todo este lapso (hasta ahora 33 meses), empobreciendo el ya exiguo patrimonio social hasta provocar virtualmente su "quiebra".*

9) Que la Nación, comprometida con los actos de la Superintendencia, como órgano que es de la rama ejecutiva, es responsable extracontractualmente del daño inferido a Aerocóndor y la debe indemnizar tanto de los perjuicios morales como materiales sufridos.

En el mismo libelo, sin explicación adicional alguna y bajo el acápite "Derechos", se invocaron los arts. 2341 del C.C; 68, 122 y 124 del C.C.A.; 30 del dec. 528 de 1964, en armonía con la Ley 22 de 1977.

Muestra el trámite de la instancia:

a) Que por auto de 26 de julio de 1983 se inadmitió la demanda (a fls., 57 ss.).

b) Que en proveído de julio 23 de 1983 se revocó la decisión precedente y se admitió la demanda (a fls. 67, ss).

c) Que en escrito de 2 de agosto de ese año se adicionó la demanda, en el capítulo de las pruebas.

d) Que mediante escrito que obra a folios 80 y ss. el sindicato "Sintracóndor" formuló demanda de coadyuvancia. En dicho libelo se narraron los hechos en forma más amplia y comprensiva (en lo esencial iguales) y se adicionaron los fundamentos de derecho (a f. 86).

Cumplido el procedimiento de rigor, es oportuno decidir.

Para ello,

SE CONSIDERA:

Para una mayor comprensión del asunto, la Sala estima que la motivación deberá analizar los siguientes puntos: La acción intentada; la *causa petendi*; la índole de la actuación de la Superintendencia; el control de los actos de la Superintendencia y la conclusión.

En este orden de ideas, se observa:

LA ACCION Y LA CAUSA PETENDI

Tal como se desprende de la demanda, la parte actora instauró una acción de reparación directa, porque los actos de la Superintendencia que ordenaron el trámite del concordato preventivo obligatorio cuando ya se había iniciado, por orden de ese mismo organismo, el proceso de disolución y liquidación de Aerocóndor S.A., le causaron serios perjuicios que la Nación deberá indemnizar.

Como se observa, el daño o perjuicio se hace derivar de la actuación administrativa correspondiente, conformada fundamentalmente por la convocatoria a concordato preventivo obligatorio hecha mediante auto OC-0337 de 27 de julio de 1980; del trámite concordatorio que se prolongó por espacio de 33 meses y por la suspensión del proceso liquidatorio de la sociedad, ya que ésta, por orden de la misma Superintendencia, estaba con antelación en estado de liquidación, tal como consta en auto AN-BO-03442 de 24 de abril del mismo año.

La presentación anterior y la definición de la índole de los actos expedidos por la Superintendencia, que se afirma causaron el daño a la demandante, son aspectos que requieren ser dilucidados para definir si la acción de reparación directa estuvo bien intentada y si, incluso, era demandable la responsabilidad del Estado por los actos de la Superintendencia.

Para la Sala, como lo ha sostenido en forma reiterada, las acciones contencioso administrativas de resarcimiento (tomando el concepto en sentido genérico)

están vinculadas a la fuente u origen de la lesión del derecho que se dice conculcado. Vinculación que no le permite al accionante escoger a su arbitrio la vía a seguir.

Así, si el daño lo produce el acto administrativo, la acción será de nulidad y restablecimiento; si tiene origen en un hecho, omisión u operación administrativa, será de reparación directa; y si proviene de un contrato, la acción deberá ser contractual.

Esta es, a grandes rasgos, la orientación jurisprudencial sobre las fuentes que podrían considerarse como ortodoxas. Porque también puede darse la responsabilidad por la administración de justicia. En uno y otro caso, la responsabilidad se estima como excepcional y la jurisprudencia la somete a moldes rígidos. En el primer evento, relacionándola fundamentalmente con la violación, por la ley que se considere lesiva, del principio de la igualdad de las personas contemplado hoy en el art. 13 de la Constitución de 1991; y en segundo, orientado más a la actividad administrativa de la rama judicial que a la actuación procesal misma de los jueces; los que serán, en principio, responsables por sus actuaciones u omisiones que causen detrimento a los interesados.

LA ACTUACION DE LA SUPERINTENDENCIA Y SU CONTROL

Aquí, se pregunta la Sala: Pretende la parte actora la responsabilidad del Estado por actos administrativos de la Superintendencia?. O la pretenderá por la actuación judicial de ésta?. O acaso, la demanda estará basada en los daños causados por una operación administrativa?.

Los interrogantes precedentes indican que, en primer término, deberá definirse la naturaleza de la actuación cumplida por la Superintendencia. Esa definición mostrará si la acción escogida fue adecuada o no.

Las dudas al respecto se pusieron de presente desde la admisión misma de la demanda.

Quien redacta este fallo consideró inicialmente que no era admisible. De ese auto que obra a folios 57 y s.s, se destacan los siguientes apartes que la Sala considera que mantienen su vigencia para la solución del litigio planteado:

> "Muestra la parte petitoria una indebida acumulación de pretensiones, ya que además de buscar la declaración de responsabilidad de la nación por actos de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y la consecuencial condena de perjuicios, quiere la actora que se hagan declaraciones sobre los efectos sus-

pensivos de unos actos dictados por la mencionada Superintendencia, en especial los causados con motivo del Concordato preventivo obligatorio que se cumplió.

"No puede olvidarse que cuando se sigue una acción de responsabilidad extracontractual por hechos u omisiones de la administración, el *petitum* no puede salirse de estos dos extremos: La declaratoria de responsabilidad y la condena de perjuicios. Pero cuando la acción indemnizatoria tiene como supuesto un acto ilegal perjudicial, la vía a seguir será la de plena jurisdicción, en la cual la petición se centra en dos extremos: la declaratoria de nulidad del acto y el consecuencial restablecimiento de perjuicios.

"Muestran los hechos de la demanda una cierta confusión al respecto. Aunque la demandante no es explícita en su libelo, éste da a entender que la causa del perjuicio radica en actos de la Superintendencia; y sin embargo, no solicita su anulación, sino la declaratoria de que esos actos no pudieron producir ciertos efectos.

"Pero fuera de lo anterior, existe un punto de mayor entidad que impide la admisión de la demanda, como pasa a explicarse:

"Si bien es cierto la Superintendencia de Sociedades ejerce funciones administrativas típicas orientadas a regular la inspección necesaria sobre las sociedades mercantiles sometidas a su control (art. 267 del C. de Co.), no es menos cierto que este mismo código le asigna otras de claro sentido con el trámite del concordato preventivo obligatorio de que dan cuenta los artículos 1928 y siguientes.

"La figura del concordato preventivo incidente jurisdiccional, previo en algunos eventos a la quiebra, apareció por primera vez en la legislación colombiana con el actual Código de Comercio.

"Por este concordato, como lo dice la doctrina, se busca, bajo la dirección y control del Juez, solucionar las cuestiones entre el deudor y los acreedores fuera del procedimiento de la quiebra y tratando de evitarla.

"El concordato puede presentar varias modalidades: preventivo, suspensivo y resolutorio; y aquel, protestativo y obligatorio.

"Aquí interesa este último, por ser el que convocó la Superintendencia mediante auto OC-0337 de 27 de junio de 1980, con fundamento, entre otros, en el artículo 1928 del C. de Co., y que, a diferencia del potestativo que debe

surtirse ante el Juez competente para conocer del proceso de quiebra (1912 *ibidem*), se tramita ante el citado organismo estatal.

"El cambio de funcionario competente que se observa, no modifica la índole de la función cumplida en ambos casos, que es netamente jurisdiccional. Lo que sucede es que cuando se dan las hipótesis indicadas en el artículo 1928 (preventivo obligatorio), quiere el legislador que no sea el Juez ordinario el que lo tramite, sino un órgano diferente, especializado en cuestiones mercantiles, quien buscará por todos los medios que el conflicto se solucione en la mejor forma posible sin que haya lugar a la quiebra, salvaguardando el equilibrio entre los intereses del ente social y los de los acreedores.

"En este orden de ideas, la función cumplida por la Superintendencia no es de simple control policivo, porque esta, por mandato del legislador, hace las veces de Juez ordinario, lo sustituye o reemplaza, como ha tenido oportunidad de sostenerlo esta misma Corporación en proveído de 4 de febrero de 1976 y lo somete al mismo trámite establecido para el concordato preventivo potestativo (artículo 1930 *ibidem).*

"Visto lo anterior, se concluye que la indemnización, según la demanda, se basa en el procedimiento judicial (concordato preventivo obligatorio) cumplido por la Superintendencia de Sociedades, es decir, por actos jurisdiccionales. La responsabilidad estatal en este campo no tiene asidero en nuestro sistema, máxime cuando la parte que se dice afectada tuvo a su disposición los recursos señalados en la ley comercial (artículo 1910 y siguientes).

"Además, si los autos dictados por la Superintendencia tienen su propio control a nivel jurisdiccional y no constituyen típicos actos administrativos, la actuación cumplida no puede arbitrariamente presentarse como administrativa para fundar en ella una responsabilidad estatal. Los aludidos recursos procedentes contra los autos de la Superintendencia fueron, precisamente, organizados por la ley para evitar perjuicios como los pretendidos y el resultado final de dichos recursos no puede abrir una posibilidad más a título de falla del servicio, porque, como se observó, las actividades jurisdiccionales solo por excepción dan cabida a la responsabilidad pública.

"No puede olvidarse que de conformidad con las normas que regulan la competencia de los órganos jurisdiccionales administrativos y que delimitan su órbita de acción, la jurisdicción administrativa está instituida, en principio, para definir los negocios originados en los actos administrativos que expida (los autos de la Superintendencia no lo son), en las operaciones que ejecute (el

procedimiento del concordato no es una operación administrativa) y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades".

Pero, esa inadmisión fue revocada por la Sala de Decisión, la cual admitió la demanda con razones más de índole formal que sustancial; y defirió su estudio de fondo para esta oportunidad. Allí, se lee:

"El Consejero Ponente inadmitió la demanda, como quedó consignado, por indebida acumulación de pretensiones, y contera, hizo otros reparos al libelo incoactivo.

"En un primer repaso del escrito incoactivo se puede creer que se está acumulando indebidamente varias pretensiones, unas referidas a determinados actos y otros a la reparación de perjuicios, que de ser cierto se ajustarían a derecho las observaciones que el Consejero Ponente le formuló al mencionado escrito.

"Sin embargo, si se analiza la demanda con cuidado no se llegará a la misma conclusión; no obstante la falta de claridad que se aprecia, porque el punto 1o. de las pretensiones va dirigido no a la declaratoria en particular sobre el acto de convocatoria a AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A., -en liquidación-, al trámite del concordato preventivo, sino **que con el acto de** convocatoria a dicho trámite, se interrumpió el proceso de liquidación y se impidió a su liquidador el ejercicio de las atribuciones legales que le correspondían. Es decir, no se acusa el acto sino que a través del acto según el demandante, se llevó a la mencionada empresa el estado de quiebra.

"Entonces, no procede el reparo formulado al escrito de demanda. De ahí que no exista el defecto que se le endilga en este aspecto.

"Y en cuanto hace relación a los otros puntos que motivó, también, la inadmisión, considera la Sala, que no puede ser materia de pronunciamiento en este momento, porque debe ser materia de estudio al momento de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Lo expuesto, sobre la índole de la actuación de la Superintendencia en estos eventos, corresponde a la jurisprudencia reiterada de la Corporación, por lo menos a la elaborada con anterioridad al art. 60 del dec. 350 de 1989.

En este sentido se transcriben algunos apartes bastante ilustrativos del auto de 22 de enero de 1981, del cual fue ponente en la Sección Primera de esta Corporación el señor Consejero Carlos Galindo Pinilla (Proc. 3448). Allí se dice:

"El concordato preventivo, tanto el potestativo como el obligatorio, están previstos en el C. de Co. bajo la forma de un proceso, no sólo porque así se le denomina en los artículos 1917, 1918, 1921, 1926, aplicables a uno y otro, sino porque en esencia se trata de actuar una pretensión procesal. En efecto lo que se demanda es una actividad del poder público a través de la cual se persigue obtener un arreglo que facilite el pago de las obligaciones del deudor (art. 1911 C. de Co.) para evitar así un proceso de quiebra; para lograrlo es menester la actuación de poderes compulsivos y decisorios con virtualidad suficiente para afectar la esfera jurídica de terceros acreedores, tales como el enervamiento de todo juicio de quiebra (art. 1913 *ibídem*), la suspensión de la prescripción de créditos y de toda actuación en proceso de ejecución contra el deudor (art. 1914 *ibídem*); igualmente la garantía general de los créditos a cargo del deudor y a favor de los acreedores que no participen en el concurso se reduce al remanente de los bienes del deudor una vez cumplido éste (artículo 1917 *ibídem*). Efectos de esta naturaleza sobre las relaciones entre particulares no pueden concebirse si para producirlos, no media una actividad de naturaleza típicamente jurisdiccional.

"El notable procesalista español Jaime Guasp cuando trata de los procesos de eliminación, "cuya finalidad es la de impedir que se produzca otro proceso principal, de eventual nacimiento ulterior, expresa que se trata de verdaderos procesos entre partes y frente a un Juez. Señala tres categorías entre ellos, a saber, uno que tiende a la eliminación de un proceso ulterior de cognición, que es la conciliación y otros dos que persiguen eliminar un proceso de ejecución extraordinario o general, con "la quita y espera" y la suspensión de pagos.

"Refiriéndose al primero dice: "Ciertamente el Juez no se pronuncia sobre el fondo de la materia que en el proceso de conciliación se debate, ya que lo que se pide de él es, simplemente, la obra pacificadora o avenidora que promueve al demandante, frente al sujeto pasivo o demandado, pero el hecho de que no se pida tanto una resolución concreta como una intermediación entre los litigantes, lo que deja un poco en la sombra la figura de la decisión en esta clase de procesos, no permite desconocer que aquí hay una verdadera reclamación entre partes, que no tiene por qué no merecer el nombre de pretensión procesal" (*opus* cit. pág. 544). Agrega que la actuación de esta pretensión se realiza a través de un proceso de cognición porque en él no hay lugar a la realización de operaciones materiales sino a la emisión por el órgano jurisdiccional de declaraciones con efecto entre las partes. La especialidad de este tipo de procesos no deriva según el mismo Guasp de razones de derecho material, sino que se funda en razones de derecho procesal. En efecto, dice, "la materia que se recoge en la conciliación es irrelevante para la configuración de este

proceso. No es la sustancia sobre la que hay que conciliarse, sino la forma de la aveniencia que se persigue, la que define la especialidad de esta actuación procesal".

"Dentro de este mismo orden de ideas y en relación con el proceso de "quita y espera" cuya función es la de eliminar el concurso de acreedores para el deudor civil, dice "La quita y espera" es en primer término un verdadero proceso. En efecto en ella interviene un Juez en cuanto tal y se recoge una pretensión procesal, que se ha de satisfacer a través de la actuación del órgano jurisdiccional, que media entre deudor y acreedores, al efecto de conseguir el convenio de rebaja o aplazamiento" (Op. cit. pág. 591). Luego, refiriéndose a la naturaleza jurídica del proceso especial de la suspensión de pagos dice que ella "se deduce con toda claridad de la concurrencia de los diversos elementos que integran su concepto... y que se trata de un proceso de cognición especial por razones jurídico materiales, y de significación eliminadora, lo mismo que la conciliación y "quita y espera".

"Tanto el concordato potestativo como el obligatorio previstos en la legislación colombiana corresponden al tipo de proceso especial que Guasp engloba bajo la denominación de procesos de eliminación, en los cuales el deudor pretende a través de la actuación de un Juez obtener un acuerdo en relación con sus obligaciones pendientes, bien para obtener una espera o un pago escalonado, o la aceptación de abonos parciales sobre créditos actual o inmediatamente exigibles, la administración, la enajenación de los negocios del deudor por un tercero, o la vigilancia de su propia administración, la enajenación de bienes para la ejecución del concordato o de cualquier otra medida que facilite el pago de sus obligaciones. La simple admisión de la demanda produce unos efectos que trascienden la esfera jurídica del actor para incidir en la esfera de terceros acreedores según se expresó anteriormente. Durante la actuación de la pretensión puede surgir una serie de cuestiones incidentales cuya solución supone una competencia estrictamente jurisdiccional que ha de culminar con la homologación del concordato.

"Teniendo en cuenta estas notas esenciales, la propia ley califica esta actuación como un proceso y, como tal, lo regula. La jurisprudencia de esta Corporación en perfecto acuerdo con la ley ha concluido también en la naturaleza jurisdiccional de la actividad pública que se desarrolla, no sólo frente al concordato preventivo sino al obligatorio, pues ambos tienen una esencia común. La circunstancia de que la ley asigne a la Superintendencia el trámite parcial del proceso, no lo convierte en mera actuación administrativa. Lo que ocurre simplemente es que el legislador le ha atribuido a la Superintendencia, como

algo excepcional, el ejercicio de una función jurisdiccional por razones de utilidad y conveniencia, lo cual es perfectamente factible dentro de un sistema jurídico como el colombiano, según el cual la separación funcional de las ramas del poder público, no excluye su colaboración armónica en la realización de los fines del Estado (artículo 55 C.N.). Por la misma razón, la Superintendencia en cuanto titular de esa función excepcional tampoco deja de ser un órgano de la administración pública; ese carácter lo mantiene, pero los actos que realice en ejercicio de esa función jurisdiccional que excepcionalmente, se le atribuye no se convierten en actos administrativos, pues su naturaleza propia sigue siendo jurisdiccional y, como tales, sólo están sometidos a la impugnación por la vía de los recursos propios de la vía jurisdiccional ordinaria.

"Sin embargo de lo ya dicho, en el artículo 3o. No. 1o. del Decreto Ley 1171 de 1980 se expresa que la Superintendencia de Sociedades convoca a concordato preventivo en ejercicio de su función administrativa de inspección y vigilancia. Este decreto se dictó en ejercicio de facultades extraordinarias que el Congreso otorgó al gobierno mediante el artículo 16 de la Ley 32 de 1979.

"Salta a la vista que la prescripción contenida en el numeral 1o. del artículo 3o. se refiere a una materia no comprendida en el artículo 16 antes transcrito lo cual implica un desbordamiento del marco de las facultades extraordinarias, que se traduce en clara violación de los artículos 76-12 y 118-8 de la C.N. que hace inaplicable el precepto del referido artículo 3o. numeral primero, en los términos del artículo 215 de la C.N. como lo sostiene el propio actor en su alegato. De esta suerte, carece de toda operancia jurídica dentro de este proceso que la disposición en comento determine que la convocatoria a concordatos sea un atributo derivado de la función administrativa de inspección y vigilancia que le asigna la ley a la Superintendencia de Sociedades, por lo cual el intérprete debe estar a la naturaleza o esencia misma de la función, que conduce a catalogarla como jurisdiccional según las razones que se expusieron antes.

"Como se expresó en otro aparte de esta providencia es evidente que en el caso del concordato preventivo obligatorio, cuando su convocatoria procede de la Superintendencia, la competencia se bifurca en cierta forma, pues al Juez se le reserva la decisión de las cuestiones incidentales de fondo, en tanto que a la Superintendencia solo le compete la decisión de iniciar y la actuación subsiguiente de simple trámite. Pero esta bifurcación no altera en lo más mínimo la naturaleza jurisdiccional de la función, pues es sabido que ésta comprende no sólo poderes para dictar la decisión definitiva o para resolver cuestiones incidentales de fondo, sino también los requeridos para la secuela o sustanciación del proceso.

"Sería ilógico calificar la misma clase de autos o providencias unas veces como jurisdiccionales y otras como administrativas, cuando es el caso que todas se dictan dentro de un mismo tipo de proceso, como es el concordato preventivo, sólo porque unas veces las dicte el Juez (concordato preventivo potestativo, en relación con comerciantes individuales o con sociedades comerciales no sometidas a vigilancia de la Superintendencia) y en otras ocasiones los dicte el Superintendente por virtud de la competencia especial que le asigne la ley.

"Por lo demás es incuestionable que la posibilidad de formular pretensiones contencioso administrativos contra las providencias que profiera la Superintendencia, en el caso que se contempla, implicaría un quebrantamiento de la unidad del proceso establecido para el concordato preventivo, con el consiguiente aniquilamiento de una institución útil y conveniente".

La jurisprudencia contenida en la providencia que se deja transcrita que, como se dijo, fue reiterada en múltiples oportunidades, sufrió una modificación posterior debido al cambio que introdujo dentro del tema el Dec. 350 de 1989; decreto que en su artículo 60 calificó la índole de los actos expedidos por la Superintendencia, relacionados con los concordatos preventivos obligatorios, en actos de trámite y actos definitivos; siendo los primeros los que se expidan durante el procedimiento concordatario y lo colocan en estado de definición; y los segundos, las providencias aprobatorias del acuerdo celebrado entre el empresario y sus acreedores, que le pone fin a la actuación, como también el que declara fracasado el proceso concordatario.

En virtud de este cambio legal, quedaron sólo con control ante esta jurisdicción los actos definitivos; quedando los de trámite sometidos únicamente a los recursos gubernativos correspondientes y sin acción contenciosa, por impedirlo expresamente el art. 50 del C.C.A.

La nueva orientación aparece marcada, entre otras, en las providencias de la Sección Primera de 5 y 11 de junio de 1992, proferidas e los procesos Nos. 1998 y 1850, con ponencia del señor Consejero Miguel González Rodríguez. Del primero de los autos mencionados, se destaca:

"Antes de la expedición de la nueva Carta Política, las autoridades administrativas no ejercían función jurisdiccional, salvo casos excepcionales.

"Esta fué una de las razones por las cuales algunos de los artículos de la Ley 2a. de 1984 fueron declarados inexequibles por la Corte en sentencia de 31 de Mayo de 1984. Dijo la Corte Suprema en esta oportunidad:

""El Constituyente sólo admite de manera restringidísima, ocasional, específica y explícita, por excepción, que el legislador pueda otorgar competencias judiciales de naturaleza delictiva a entidades o funcionarios no judiciales en los siguientes casos...".

"..."No le está entonces constitucionalmente permitido sino prohibido al legislador, conferir como lo hizo en los numerales 2o. y 3o. del artículo 1o. de la Ley 2a. de la 1984, competencia de juzgamiento de delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico a las autoridades de policía, en lugar de atribuírsela a los Jueces...".

"Hoy, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, excepcionalmente la Ley podrá atribuir función jurisdiccional en las materias precisas a determinadas autoridades administrativas, pero obviamente se requiere la reglamentación que así lo disponga.

"Por lo anterior, mal pudo llegar a hablarse de actos jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, aspecto éste que quedó ampliamente corroborado con la sentencia de fecha 31 de Agosto de 1989 de la Corte Suprema de Justicia que declaró exequible el artículo 60 del Decreto 350 de 1989. Al respecto dijo la Corte:

""No encuentra la Sala que esta norma vulnere la Constitución, por el contrario considera que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 26 de la misma, por cuanto está brindando la oportunidad a quien se considere lesionado con tal decisión de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a hacer valer sus derechos.

"Igualmente es acorde con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo en el cual se consagra que tal jurisdicción está instituida para "juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas". Y en el artículo 84 *ibídem* que contempla la acción de nulidad contra actos administrativos".

"Y, en la misma Sentencia, al estudiar la exequibilidad del artículo 52 del Decreto 350 de 1989, dejó la Corte claramente establecido que lo atinente a graduación de créditos y levantamiento de embargos y secuestros practicados y que terceros hayan formulado, no es competencia de la Superintendencia de Sociedades resolver por ser funciones netamente jurisdiccionales reservadas al Juez, porque ya no se trata de conducir un procedimiento de composición de intereses y de disposición de derechos transigibles sin controversia propia, sino de un verdadero litigio que requiere de una decisión imperativa de un conflicto de pretensiones.

"Por lo demás, la disposición contenida en el artículo 60 del Decreto 350 de 1989, está en total armonía con lo preceptuado en el artículo 135 del C.C.A. que señala:

""Posibilidad de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra actos particulares.- La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, QUE PONGA TERMINO A UN PROCESO ADMINISTRATIVO, (se resalta fuera de texto) y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo...".

"Observa la Sala que el acto administrativo que declara fracasado el proceso concordatario, al igual que el que aprueba el acuerdo, PONE FIN A LA ACTUACION ADMINISTRATIVA, y por lo mismo es susceptible de control por la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

En el segundo auto se lee el siguiente aparte:

"Estatuye el artículo 60 del Decreto 350 de 1989:

""Los actos de la Superintendencia de Sociedades en el curso del concordato preventivo obligatorio son de trámite. No obstante, la providencia mediante la cual se apruebe el acuerdo celebrado entre el empresario y sus acreedores, que le pone fin a la actuación administrativa, podrá demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo...".

"Conforme lo manifestó esta misma Sala en providencia de 5 de Junio de 1992, actor: Instituto de Financiamiento y Desarrollo Cooperativo "Financiacoop", del contenido del artículo transcrito, que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de Agosto de 1989, el cual armoniza en un todo con lo preceptuado en el artículo 135 del C.C.A. se infiere que sólo es susceptible de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el acto que pone fin a la actuación administrativa, bien sea aprobando el acuerdo concordatario o declarando fracasado el trámite del concordato. Los demás actos, expresa prohibición legal, no son objeto de demanda ante esta jurisdicción.

"Teniendo en cuenta que el acto impugnado, esto es, el auto OC-CL-890 de 28 de Mayo de 1991, expedido por la Superintendencia de Sociedades, no pone fin a la actuación administrativa, como quiera que no aprueba el acuerdo concordatario ni declara fracasado el trámite del concordato, no puede ser objeto de control por la jurisdicción contencioso administrativa, lo que hace que ni el Consejo de Estado en única instancia, ni el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, en única o primera instancia, según el caso, puedan conocer, por falta de competencia, la acción instaurada en relación con el mismo".

CONCLUSIONES

Primera. Hechas las precisiones precedentes se concluye que el acto del cual se quiere derivar la responsabilidad estatal (la convocatoria al concordato, auto OC-0337 de 27 de junio de 1980) que se dice interrumpió el proceso liquidatorio de la sociedad cuando ya estaba disuelta y en estado de liquidación por orden de la misma Superintendencia (auto AN-BO-03442 de 24 de abril del mismo año), no era, ni en ese entonces ni luego de la expedición del Dec. 350 de 1989, demandable ante la jurisdicción administrativa; en aquel entonces porque esos actos dictados durante el proceso concordatario se consideraban de carácter jurisdiccional controlables por los recursos procesales propios; y ahora, porque por definición legal sería de simple trámite.

Y si en gracia de discusión pudiera calificarse el auto de convocatoria a concordato como administrativo, por ser, según la demanda, el causante del perjuicio, la acción, como se indicó atrás, debió ser de nulidad y restablecimiento y no de reparación directa. Así, sería inepta la demanda.

Segunda. Aunque todo lo anterior da pie para fallar en forma inhibitoria, la Sala estima que debe hacer una última reflexión final en torno a la *causa petendi*, ya que la demandante alega que al suspenderse el proceso de liquidación de la sociedad con la convocatoria a concordato preventivo obligatorio (auto OC-0337/80) durante 33 meses (hasta el agotamiento del procedimiento concordatario producido por auto OC-BO-00721/83), se produjo el daño, ya que el liquidador no pudo cumplir la misión en los términos de la ley comercial.

Pues bien. Estima la Sala que ni siquiera sobre este supuesto o enfoque, que asimilaría el procedimiento concordatario y el trámite de liquidación globalmente con la operación administrativa, la demanda estaría llamada a prosperar, como pasa a explicarse:

La Superintendencia mediante auto AN-BO-03442 de 24 de abril de 1980 decretó la disolución y ordenó la liquidación de la sociedad demandante, por cuanto desde hacía más de seis meses se encontraba en estado de liquidación, por pérdidas que reducían su patrimonio neto por debajo del 50% de un capital suscrito. Para el efecto, la Superintendencia se basó en el nl 7 del art. 267 del C. de Co. en armonía con el 276, ord. 3.

Decretada la disolución y liquidación de la sociedad Aerocóndor por orden de la Superintendencia, este organismo, en vista del pasivo externo superior a los $5.000.000 que presentaba la citada sociedad y en razón de que era una entidad emisora de valores en los términos del art. 6 de la Ley 32 de 1979, convocó a sus acreedores a la celebración de un concordato preventivo obligatorio (ver resol #0337 de 27 de junio de 1980). Estimó así que por esa vía se protegían mejor los derechos de los interesados (socios, acreedores, trabajadores, Estado, etc. etc.).

Como se ve, el proceso liquidatorio, que no fue voluntario sino impuesto por la Superintendencia, se vio efectivamente interrumpido por la convocatoria a concordato obligatorio.

Y esta actitud podía tomarse por la entidad en salvaguarda de los derechos de los interesados, pese a haber decretado la disolución de la sociedad, porque el trámite concordatario es prevalente, tal como lo da entender el art. 1929 del C. de Co. al disponer que ni siquiera el proceso de quiebra podrá instaurarse mientras se tramita el concordato.

Por eso era razonable entender que la medida concordataria suspendía la actuación del liquidador de la sociedad mientras el concordato se definía. Si tal cosa no se hubiera hecho el liquidador en ejercicio de su misión, (art. 238 del C. de Co.) habría podido dar al traste con los derechos de los interesados, los que, en principio se protegen en forma más adecuada a través de la institución concordataria.

Lo lógico en estos eventos es que en primer término se haga el procedimiento concordatario para luego continuar la vida social o proceder a la disolución o liquidación de la misma. Pero nada impide que se invierta el proceso, decretando primero la disolución y liquidación para luego abrir el proceso concordatario. Tan cierto es esto que decretada la disolución y liquidación de la sociedad puede ordenarse y cumplirse el proceso de quiebra.

Además, tal como lo prevé el mismo Código de Comercio, aún dentro del proceso de quiebra podrá celebrarse concordato, en los términos del art. 1986 de dicho estatuto, norma que a la letra dice:

> "Art. 1986.- Vencido el término que tienen los acreedores para hacerse parte en el proceso, el síndico, el quebrado o cualquier número de acreedores que representen el cincuenta por ciento o más de los créditos reconocidos, podrán pedir al Juez que convoque a reuniones generales de los acreedores y del quebrado, con miras a celebrar concordato.

"El Juez deberá convocar a dichas reuniones cuantas veces se le solicite; los miembros de la junta asesora podrán concurrir a ellas.

"La convocatoria se hará con no menos de cinco días de anticipación, y la respectiva providencia se notificará por estado".

Asimismo, cabe recordar que el estado de disolución social no impone forzosamente la liquidación de la sociedad, porque los socios podrán reactivarla o revivirla a través de una manifestación de voluntad, con observancia de las reglas prescritas para las reformas del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal de disolución (art. 220 de C. de C.o.).

Por lo demás, tampoco en el presente caso habría prosperado la acción de reparación directa (de ser posible), porque no sólo no se precisaron los perjuicios que se dice causó la actuación de la Superintendencia, sino que tampoco se probaron.

Esa falta de precisión se observa desde la demanda misma, en la cual la actora estima, sin razonamiento alguno, la cuantía en más de 1.500 millones y solicita que se fijarán en el incidente posterior, ya que la condena deberá hacerse *"in genere"*.

Esta pretensión, por lo demás, haría inepta la demanda.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese en los Anales. Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Lola Elisa Benavides López; Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre la naturaleza administrativa de los actos de la Superintendencia de Sociedades cumplidos en los procesos concordatarios después de la vigencia del Decreto 350 de 1989 establecida en las providencias de 5 de junio de 1992, Exp. 1998, Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez* y 11 de junio de 1992, Exp. 1850, Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*. Antes de la vigencia del Decreto 350 de 1989, la jurisprudencia calificó dichos actos como jurisdiccionales, en la sentencia de 22 de enero de 1981, Exp. 3484, Ponente: *Dr. Carlos Galindo Pinilla.*

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Cesárea. **FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA**

De las pruebas anteriores se deduce que la intervención quirúrgica a la que debió ser sometida la paciente en la Clínica Marly (histerectomía o extracción del útero), perdiendo el órgano de gestación y por lo tanto la posibilidad de procrear nuevamente, fue consecuencia directa de la cesárea que se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION. Dichos medios probatorios permiten a la Sala entonces concluir que el perjuicio recibido por la demandante tuvo origen en el servicio prestado por la entidad demandada, lo que hace entonces presumir que dicho servicio fue inadecuado.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA. CARGA DE LA PRUEBA

La demostración de diligencia que incumbe en casos como el que se deja analizado a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbre, según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta. Y, la prueba de diligencia para destruir dicha presunción, no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada, en las mejores condiciones por el servicio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia Sentencia No. Expediente No. 9142. Indemnizaciones. Actor: Virginio Durán Rizo. Demandada: Caja Nacional de Previsión

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993, mediante la cual se dispuso:

"1. Declárase a la Caja Nacional de Previsión administrativamente responsable, por la infección recibida en una intervención quirúrgica realizada a MARIA MERCEDES CABEZA MIRANDA, que le trajo como consecuencia la práctica de una histerectomía.

"2.- Condénase a la Caja Nacional de Previsión a pagar a MARIA MERCEDES CABEZA una suma equivalente a SEISCIENTOS GRAMOS (600 gramos) de oro fino, y a favor del señor VIRGINIO DURAN RIZO un equivalente a 300 gramos de oro fino según el precio que para la fecha de ejecutoria de este fallo determine el Banco de la República.

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

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

"5.- Si este fallo no fuere apelado, consúltese con el superior".

ANTECEDENTES:

1.- El presente proceso tuvo origen en la demanda presentada el 15 de enero de 1986 contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION, con el objeto de que fuera declarada responsable de las lesiones sufridas por MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA MIRANDA, como consecuencia de la intervención quirúrgica (cesárea) practicada en la clínica de la entidad demandada el 16 de mayo de 1984.

Comparecieron como demandantes, la propia víctima, MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA MIRANDA y su esposo VIRGINIO DURAN RIZO, quienes reclaman el pago de los perjuicios materiales y morales sufridos como consecuencia de los hechos objeto del proceso.

Se señaló en la *causa petendi:*

A.- Que a la demandante, MARIA MERCEDES CABEZA MIRANDA, quien tenía derecho a los servicios de la entidad demandada en virtud de que su

esposo es empleado público y afiliado a la misma, se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION NACIONAL una cesárea el 18 de mayo de 1984, de la cual nació una niña normal, siendo dada de alta la madre el 21 de mayo del mismo año, sin ordenársele tomar ningún tipo de droga.

B.- Que la paciente regresó a la clínica el 24 de mayo, con fiebre, inapetencia y malestar general, sin que se le brindara ningún tipo de atención; que nuevamente acudió allí el 28 del mismo mes, pues su estado de salud no había mejorado y en dicha ocasión fue hospitalizada de urgencia; y que ante el deficiente tratamiento recibido, la paciente fue trasladada por sus familiares a la CLINICA MARLY.

C.- Que en la CLINICA MARLY la paciente tuvo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces porque presentaba una peritonitis generalizada ocasionada por "un hueco encontrado en la matriz o útero debido a la mala sutura en el acto quirúrgico de la cesárea practicada en la Clínica Cajanal"; que en la intervención hubo necesidad de extirparle la matriz para detener el proceso infeccioso; y que en la segunda intervención "hubo necesidad de resecar el epiplon y extirparlo lo mismo que 20 centímetros aproximadamente del intestino delgado".

D.- Que como consecuencia de las operaciones a que tuvo que ser sometida, la demandante perdió la posibilidad de procrear más hijos.

2.- La entidad demandada fué vinculada al proceso y solicitó la práctica de pruebas dentro de término legal.

3.- El Tribunal en la sentencia de primera instancia consideró que con las pruebas practicadas se acreditaba el daño recibido por la demandante y que este guardaba relación de causalidad con la intervención quirúrgica (cesárea) practicada en la clínica de la entidad demandada, lo cual hacía presumir la falla del servicio de dicha entidad; y, que dicha presunción no fue desvirtuada por la demandada, lo que compromete entonces su responsabilidad. Condenó a la demandada al pago de prejuicios morales y negó el pago de los materiales por considerar que ellos no estaban adecuadamente demostrados.

4.- La entidad demandada en su recurso de apelación expresó que en la sentencia de primera instancia no se había apreciado adecuadamente el dictamen pericial rendido por Medicina Legal, en cuanto en él se señaló que *"los tratamientos efectuados tanto en la clínica de la entidad demandada, como en la Clínica Marly son los usuales y necesarios en un cuadro clínico como el que presentaba la señora Cabeza Miranda..."* (254).

Expresó igualmente que el cuadro de sepsis que presentó la paciente "es impredecible, o sea inherente a todo acto quirúrgico (cesárea), a pesar del óptimo grado de asepsia en que se encontraba la sala de partos y las demás instalaciones de la clínica" (fl. 255).

CONSIDERACIONES:

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones:

1.- Aparecen acreditados en el expediente los siguientes hechos:

A.- Que a la demandante, MARIA MERCEDES DEL SOCORRO CABEZA, se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION una cesárea el 16 de mayo de 1984, sin complicaciones, de la cual nació un niño sano; que el día 28 del mismo mes la paciente ingresó nuevamente a la Clínica presentando dolor abdominal y fiebre; que allí le iniciaron tratamiento con antibióticos hasta el 30 de mayo, fecha en la cual se retiró de dicha institución en forma voluntaria. Este hecho se acredita con la copia de la historia clínica allegada por la propia demandada. (f. 87, 98 y 79).

B.- Que el mismo 30 de mayo de ese año fue internada en la CLINICA MARLY, presentando "peritonitis y sepsis (infección) por deshicencia en la sutura uterina", como consecuencia de la cesárea; que allí se le practicó, el 1 de junio, una histerectomía (extirpación del útero) y drenaje de peritonitis. (Ver copia de la historia clínica de dicha institución f. 152).

C.- Que como consecuencia de la histerectomía, la paciente quedó sin el órgano de la gestación y con una perturbación funcional del órgano de la reproducción. Este hecho se acredita con el dictamen rendido por Medicina Legal. (f. 205 al 210).

En el mismo dictamen se señala que la cesárea practicada en la Caja Nacional presentó como única complicación una miometritis puerperal, y que se le inició el tratamiento para la sepsis o infección. Que frente a una complicación de este tipo (miometritis) era obligatorio practicarle a la paciente una histerectomía y en determinadas circunstancias extraer también los ovarios para salvar la vida de la paciente.

2.- De las pruebas anteriores se deduce que la intervención quirúrgica a la que debió ser sometida la paciente en la Clínica Marly (histerectomía o extracción

del útero), perdiendo el órgano de gestación y por lo tanto la posibilidad de procrear nuevamente, fue consecuencia directa de la cesárea que se le practicó en la CLINICA DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION. Dichos medios probatorios permiten a la Sala entonces concluir que el perjuicio recibido por la demandante tuvo origen en el servicio prestado por la entidad demandada, lo que hace entonces presumir que dicho servicio fue inadecuado.

3.- Frente a tal presunción le correspondía a la entidad demandada, para eximirse de responsabilidad, demostrar la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; o bien acreditar el comportamiento diligente que permitiera deducir su ausencia de culpa en la producción del daño.

No era, pues, a la parte demandante, a quien tocaba demostrar la negligencia que dió origen al perjuicio sufrido por la víctima como consecuencia de la intervención quirúrgica. Era a la parte demandada a quien correspondía aportar la prueba de su diligencia y cuidado en dicha intervención.

Se reitera aquí lo expuesto por la Sala en la sentencia del 24 de junio de 1994, expediente No. 8940; actor, EDELMIRA CASTAÑEDA DE MUÑOZ, ponente Carlos Betancur Jaramillo:

"En casos como el presente, la sala ha manejado el asunto con base en la tesis de la falla presunta. En tales condiciones la demandante sacará avante sus pretensiones si demuestra que la administración le prestó el servicio y que esa prestación le produjo un daño; y la demandada se exonerará si logra establecer que actuó con la diligencia y cuidado que requería el caso o que todo se debía a fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o al hecho del tercero, también exclusivo y determinante.

"Aunque el *a-quo* algo menciona sobre la tesis de la falla presunta aplicable a la responsabilidad por falla del servicio médico y hospitalario oficiales, es menester reafirmarla conforme a las pautas señaladas por la corporación, entre otros, en los procesos 6897 y 6754, con ponencia de quien ahora redacta esta, se dijo sobre el particular:

"Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir, se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros dos, como se sabe son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administra-

ción, sino sólo el daño antijurídico (art. 90 de la C.N.) produciéndose así más que una presunción de falta una de responsabilidad".

"Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

...

"La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

"En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial o sea el daño y la relación causal: quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

"Se justifica esta diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condiciones de evidenciar las fa-

llas que puedan presentarse durante el proceso operatorio (sent. agosto 24 de/92, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy).

"... En otras palabras, quedó demostrada la falla presunta y la responsabilidad que de ella se deriva para el Instituto de Seguros Sociales, pues éste no probó que en la práctica quirúrgica y hospitalaria a que sometía su afiliado, señor Carlos Tulio Muñoz Hurtado, hubiera actuado con la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomiendan para casos como el examinado; y que, como consecuencia de su fallecimiento, debe resarcir los daños y perjuicios causados a sus familiares".

4. Tal como lo entendió el Tribunal en la sentencia recurrida, el hecho de que en la misma CLINICA DE LA CAJA NACIONAL se hubiese podido practicar la histerectomía a la paciente, lo cual no fue posible porque ella voluntariamente se retiró de allí para acudir a otra Clínica, en forma alguna exime de responsabilidad a la entidad demandada, pues el perjuicio que se le imputa es el que se le causó con la práctica de la cesárea. Poco importa aquí dónde le fue practicada la segunda intervención, que como se vió fue consecuencia necesaria de la primera operación.

En el dictamen médico se señala que el tratamiento que se dió a la situación infecciosa presentada por la paciente, tanto en la CAJA NACIONAL, como en la CLINICA MARLY, fue adecuado, lo cual en lugar de exonerar de responsabilidad a la entidad demandada por la primera intervención, ratifica que en dicho momento era absolutamente necesaria la histerectomía practicada a la paciente.

5. Ahora bien, la Sala no puede aceptar el argumento del apelante, que señala que la infección post-cesárea presentada por la paciente constituye un riesgo inherente en este tipo de intervenciones, a pesar de las óptimas condiciones de asepsia del lugar donde ella se practicó, porque dicho argumento carece de respaldo probatorio en el proceso, ya la parte demandada ni siquiera aportó algún elemento probatorio que permitiera deducir que la cesárea se había practicado en las condiciones afirmadas por el recurrente.

Por el contrario, la infección sufrida por la paciente, de acuerdo con el testimonio de la anestesióloga de la CLINICA MARLY, DORANY GONZALEZ SEPULVEDA, pudo ser el resultado de una inadecuada preparación de la paciente o de deficientes condiciones de asepsia del lugar en el que se le practicó la cesárea.

Esta testigo dijo:

"La causa (de la segunda intervención), fue por infección uterina que produjo un schok séptico... la causa pudo ser una cesárea que se le practicó unos días antes en otra institución y la causa de la infección en la cesárea pues puede ser por varios motivos entre ellos cuando lavan mal la paciente, o que la paciente tiene alguna infección en la piel o cualquier digamos contaminación en la sala.... En cuanto a la técnica quirúrgica fue adecuada, pero en cuanto a las condiciones de asepsia no puedo confirmar nada" (f. 122. C2)

Finalmente, la Sala observa precisar algunos aspectos doctrinarios que considera de importancia:

La demostración de diligencia que incumbe en casos como el que se deja analizado a la parte demandada, permite entonces destruir la relación de causalidad que en un principio demuestra el demandante al acreditar que el perjuicio sufrido tuvo como causa el servicio prestado por ella. A la actora le incumbe según se dijo antes, demostrar que el daño tuvo como origen el servicio médico prestado por la demandada; y probado este supuesto la carga de desvirtuarlo le corresponde a ésta.

"No es necesario sin embargo exagerar la importancia de la prueba impuesta a la víctima (la de la relación de causalidad). .. no puede exigirse, en un primer tiempo, de la víctima, sino una prueba bastante elemental, suficiente para invertir la carga de la prueba, pero que deja ampliamente lugar al demandado, de demostrar que en realidad el vínculo de causalidad exigido para la obtención de la reparación no es el adecuado. Así sucede en todos los casos en los cuales en materia de responsabilidad del hecho de las cosas, la víctima puede contentarse con demostrar que la cosa intervino en la realización del perjuicio, sin tener que demostrar, que en dicho evento ella tuvo un papel activo". *(Droit Civil des obligations Weill Terré P.836)*

"Ocurre según vimos, que el médico como deudor de la prestación asistencial, es quien debe demostrar, ante el incumplimiento y el daño, que se presumen de origen culposo, la causalidad fortuita o causal; o sea que el daño en la salud -que es el resultado opuesto o contrario al prometido- le es ajeno, como imprevisible derivación del hecho médico".

"Ello significa, en buen romance, establecer en favor de la víctima una presunción de causalidad adecuada. Dicha presunción debe ser destruida por el médico con la prueba de la causalidad fortuita". (Jorge Mosset Iturraspe, Responsabilidad civil del médico, página 260).

Y, la prueba de diligencia para destruir dicha presunción, no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada, en las mejores condiciones permitidas por el servicio.

Refiriéndose al cumplimiento de la obligación del médico, la doctrina señala que dicha prueba consiste en *"demostrar que ejecutó la prestación a su cargo, esto es la serie de actos (llámeselos medios, si se quiere) previstos por la ciencia y el arte médicos para el tratamiento del caso que el paciente le confió: que estudió la historia y particularidades del paciente; que en presencia de los síntomas consultados y percibidos y hecha la evaluación de su estado de salud ordenó los exámenes previos a su intervención para precisar el diagnóstico, si no acertado por lo menos consecuente en esas circunstancias, y determinó la terapéutica correspondiente; que preparó al paciente con las drogas e indicaciones para la intervención quirúrgica; que se rodeó del personal auxiliar especializado y experimentado; que recluyó al enfermo oportunamente en un hospital; que disponía y utilizó los equipos adecuados; que practicó las incisiones e hizo las operaciones requeridas y en la forma prevista por su técnica; que controló los síntomas vitales del operado; que intervino al paciente en condiciones de asepsia; que dio las órdenes y las instrucciones apropiadas para el control post-operatorio; que explicó al paciente o a su familia los efectos y las precauciones a ser tomadas durante este período; que mantuvo un control y vigilancia sobre el enfermo, su progreso etc. Véase como todos estos actos son precisos y determinados previstos por el arte médico según el caso. Sucede que el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico (con miras a obtener el resultado deseado, que él no garantiza ni constituye la prestación objeto de su obligación)"*. (Felipe Vallejo -La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo-noviembre de 1993, página 33).

LOS PERJUICIOS

No es procedente referirse a los perjuicios materiales pedidos en la demanda y que fueron denegados en la sentencia de primera instancia, por cuanto la parte actora no apeló dicha providencia.

Considera la Sala que era procedente acceder a la condena en perjuicios morales decretada en la sentencia de primera instancia en favor de la víctima directa y de su cónyuge, cuya condición de tal fue debidamente acreditada (f.11); y, que es adecuada la estimación que de ellos realizó el *a-quo*.

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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1993.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 2 de febrero de 1995.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 24 de junio de 1994, Exp. 8940, Actor: *Edelmira Castañeda Muñoz*, Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

CONTRATO ESTATAL. PROCESO EJECUTIVO. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. COMPETENCIA. CONSEJO DE ESTADO - En segunda instancia.

El conocimiento del proceso ejecutivo previsto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, es de competencia, en primera o única instancia, según la cuantía, de los Tribunales Administrativos, puesto que lo pretendido en últimas es la satisfacción de una suma líquida de dinero previamente decretada por la Jurisdicción o que emerge directamente del contrato estatal y demás documentos pertenecientes al mismo. Mal se concluiría al afirmar que el cobro ejecutivo de las cobranzas de créditos originados en contratos estatales, sean de competencia en única instancia del Consejo de Estado, cuando por averiguado se tiene que el proceso de conocimiento, declarativo o de condena tiene su origen en los Tribunales Administrativos y, si la cuantía lo permite, tan solo conocerá en grado de apelación el Consejo de Estado en segunda instancia (numeral 8, art. 1331 y núm. 8, art. 132 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero nueve de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia Expediente No. 10266. Actor: Francisco Javier Montoya. Demandada: I.S.S.

Procede el Despacho a resolver sobre si avoca o no conocimiento del proceso de la referencia, puesto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Tercera dispuso remitir por competencia, "el presente asunto al Consejo de Estado, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia".

El Tribunal *a-quo* para tomar la decisión anteriormente transcrita, consignó las siguiente consideraciones:

"Se pretende la ejecución de un título ejecutivo, contenido en una sentencia de esta jurisdicción, en la cual se dirimió una controversia contractual habida entre FRANCISCO JAVIER MONTOYA y el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

"La sentencia revocó la primera instancia, dictada por esta Sección del Tribunal, y declaró la nulidad de las resoluciones que integraban el acto administrativo de declaración de caducidad del contrato de obra pública No. 1.543 de 22 de Marzo de 1982; además y en consecuencia de esta declaración, condenó al Instituto de los Seguros Sociales a pagar como indemnización por los perjuicios ocasionados al demandante, las sumas de $992.281.99 y $5.751.266.39.

"Como la Sala observa que quien tiene competencia para conocer del asunto, es el Consejo de Estado, en términos del artículo 128 numeral 16o. del C.C.A., hace el siguiente análisis:

"A. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le corresponde el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas; las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno. (Artículo 82 del C.C.A.).

"B. Asimismo, le corresponde a esta jurisdicción por mandato del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de contratación del Estado, en cuanto a las controversias contractuales, salvo cuando se haya acudido a la Colaboración de las asociaciones profesionales y de las Cámaras de Comercio" o se haya pactado cláusula compromisoria o por suscripción de compromiso "...**de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento...**".

Dice el artículo, que:

"Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el Juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa".

"C. **Cabe preguntarse, si todo proceso de ejecución de títulos originados con ocasión de un contrato estatal es o no de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.**

"Para la Sala la respuesta es negativa.

"c.1. La Ley 80 de 1993, en primer término no hizo derogatoria de los jueces ordinarios, o de jurisdicción coactiva según el caso, sobre la competencia en procesos ejecutivos sobre títulos ejecutivos emanados del Estado o de los particulares, en favor de uno u otro, y que tuviesen como causa un contrato estatal.

"c.2. Y es que si el legislador no ha dispuesto en contrario, y no ha derogado las normas anteriores a la Ley 80 de 1993, aquellas deben estimarse subsistentes.

"¿Pero se pregunta el Tribunal, hasta qué punto esa subsistencia?

"c.3. La Ley 80, alude a que son de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, los procesos de ejecución o cumplimiento, derivadas de contratos estatales.

"c.4. Las controversias estatales, pueden solucionarse no solo con sentencia, sino además por cualquiera otra forma prevista por la ley -laudo arbitral, conciliación, transacción u otra prevista por la Ley-.

"De manera, que en cualquier forma de solución del litigio, pueden contenerse títulos ejecutivos, o en favor de la administración o en favor de los particulares.

"c.4: Para la Sala no queda duda, que lo que la Ley 80 de 1993 quiso en su artículo 75 fue asignar a la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento de los "**procesos de ejecución o cumplimiento**", de títulos ejecutivos derivados de la solución de la controversia contractual a favor del particular.

"c.5. Y ese sentido, (sic) para esta Corporación tiene esa virtualidad, por lo siguiente:

"Los procesos de ejecución con relación a títulos ejecutivos que tengan causa en contratos de la administración o de un particular, hasta antes de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, eran de conocimiento sin excepción alguna, respectivamente de la jurisdicción coactiva, y de la jurisdicción ordinaria.

"Pero al entrar en vigencia el nuevo estatuto contractual del Estado, y por disposición de su artículo 75, y en armonía con reglamentaciones ya hechas a ese ordenamiento, no queda duda que lo que se atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa, es la ejecución de títulos ejecutivos nacidos con ocasión de la solución a una controversia contractual **en favor del particular.**

"De manera, que todo título ejecutivo que tenga nexo con un contrato estatal, no es de conocimiento *per se*, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"c.6. Hay que examinar entonces, si este título ejecutivo resultó de la solución de una controversia contractual, como ya se vio anteriormente, *y a favor del particular*, y es en ese caso cuando la ejecución de aquel corresponde a esta jurisdicción.

"Si por el contrario el título ejecutivo está contenido en un documento que no fuera resultado de una solución a controversia contractual estatal, hay que examinar si la acreencia es en favor de una persona jurídica pública, o si lo es para una particular.

"En el primer caso de los prenombrados corresponderá la ejecución de la jurisdicción coactiva, y si el título es a favor de un particular, la ejecución de aquél es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria (Artículo 561 del C.P.C., en armonía con los artículos 334 y 448 *ibídem*).

"c.6. Y ocurre que la jurisdicción contenciosa tendría conocimiento para efectos de ejecución de un título ejecutivo **en favor de un particular, por lo siguiente:**

"El artículo 176 del C.C.A. sobre la "EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PUBLICAS " dispone, entre otros, que "Tales condenas, serán ejecutables **ante la justicia ordinaria** dieciocho (18) meses después de su ejecutoria".

"Esta disposición, que permanece vigente y que no fue derogada por la Ley 80 de 1993, deja ver que toda condena EN CONTRA DE ENTIDADES PUBLICAS es ejecutable ante la justicia ordinaria. Significa entonces, *a contrario sensu*, que las sentencias proferidas por la justicia contencioso administrativa y constitutivas de título ejecutivo **a favor de entidades públicas no son (sic) conocimiento de la justicia ordinaria. Lo son de la jurisdicción coactiva, y por disposición especial.**

"Ha querido pues el legislador, que haya fuero especial de ejecución de todos los títulos ejecutivos a favor de entidades públicas, **adscribiéndole a la jurisdicción coactiva el conocimiento de aquellos**. (Artículo 68 del C.C.A. **referente a la definición de las obligaciones a favor del ESTADO que prestan mérito ejecutivo).**

"De manera, que el conocimiento que atribuyó el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 sobre procesos de ejecución a la justicia contenciosa, reside en los **títu-**

los ejecutorios a favor de los particulares, y que estén contenidos en la decisión de solución de la controversia contractual estatal, como ya se explicó anteriormente.

"De esta manera, entonces, lo que hizo el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, fue crear una excepción a la regla general de conocimiento, que tenía la jurisdicción ordinaria, para conocer de la ejecución de títulos ejecutivos, en favor del particular cuando **estos devengan de la solución de una controversia contractual.**

"c.7. Se concluyen entonces, varias situaciones:

"- **Que todo título ejecutivo en favor del Estado**, es de conocimiento de la jurisdicción coactiva. (Artículo 561 del C.P.C.).

"Que todo título ejecutivo en favor de los particulares, **y que no haya sido resultado de la solución de una controversia contractual estatal**, es de conocimiento de la jurisdicción ordinaria. (Artículo 488 del C.P.C., en armonía con el artículo 561 *ibídem*).

"Que todo título ejecutivo en favor de un particular, que se haya expedido con ocasión de la solución de una controversia contractual estatal, es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. (Artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en armonía con los artículos 177 del C.C.A. -**penúltimo inciso**-, 488, 561, y 335 del C.P.C.

"c.8. **Por lo tanto, la ejecución de título ejecutivo EN FAVOR DE UN PARTICULAR, que se afirma contenido en una sentencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo** sí es de conocimiento de esta jurisdicción.

"c.9. Pero la competencia para la ejecución no es de este Tribunal, pues el legislador no ha dispuesto ese conocimiento de los Tribunales Administrativos.

"Habrá entonces de acudirse a la CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA, regulada en el artículo 128 numeral 16 del C.C.A., el cual indica:

"El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

"16. De todos los demás, de carácter administrativo, **para los cuales no exista regla especial de competencia**". (Destacado fuera de texto).

El Despacho habrá de abstenerse de conocer de la presente ejecución y dispondrá la remisión del expediente al Tribunal de origen para que se pronuncie sobre el mandamiento de pago deprecado por la siguientes razones:

1) No cabe la menor duda que con el advenimiento de la Ley 80 de 1993, por disposición de su artículo 75, todas las controversias originadas en contratos estatales son del conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De la misma manera el cobro ejecutivo de los créditos que tengan origen directo o indirecto en todos los negocios estatales, consten en títulos judiciales o extrajudiciales, son del resorte de la misma jurisdicción. Así lo admitió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en providencia de 29 de noviembre de 1994 (expediente No. S414; Actor: Rigoberto Arenas Olmos, en ejecutivo contra el municipio de Tunja), con ponencia del Consejero Dr. Chahín Lizcano.

2. En todo proceso ejecutivo se parte del principio de la existencia, claridad, manifestación expresa y exigibilidad de una prestación insatisfecha que bien puede ser de dar, hacer o no hacer, **pero en todo caso de naturaleza económica,** vale decir, que refleja o incorpora sabor patrimonial de dicho linaje, representable siempre en cantidad líquida de dinero aún cuando la obligación sea específica y no pueda lograrse su satisfacción *in natura*, pues en tal evento el mandamiento de pago habrá de librarse por su equivalente pecuniario o a *estimatio pecuniae*. Esta última circunstancia no puede perderse de vista, dado que de ella deriva la conclusión de a qué entidad judicial de lo Contencioso Administrativo le corresponde el conocimiento de los cobros ejecutivos previstos por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

3. Se afirma en el auto analizado que el conocimiento de la presente ejecución es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en términos del artículo 128 numeral 6o. (sic) del C.C.A., pero tal aserto no se aviene con la distribución de competencias hecha por el C.C.A. en procesos en donde se discuten intereses de carácter económico, como lo es precisamente el cobro compulsivo, por la vía ejecutiva, como pasa a analizarse.

Para este Despacho el conocimiento del proceso ejecutivo previsto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, es de competencia, en primera o única instancia, según la cuantía, de los Tribunales Administrativos, puesto que lo pretendido en

últimas es la satisfacción de una suma líquida de dinero previamente decretada por la Jurisdicción o que emerge directamente del contrato estatal y demás documentos pertenecientes al mismo. Mal se concluiría al afirmar que el cobro ejecutivo de las cobranzas de créditos originados en contratos estatales, sean de competencia en única instancia del Consejo de Estado, cuando por averiguado se tiene que el proceso de conocimiento, declarativo o de condena tiene su origen en los Tribunales Administrativos y, si la cuantía lo permite, tan solo conocerá en grado de apelación el Consejo de Estado en segunda instancia (Numeral 8 art. 131 y Numeral 8 art. 132 del C.C.A.).

Por los anteriores razonamientos esta Corporación no es la competente para conocer en única instancia de los cobros ejecutivos, previstos por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, y, en el caso concreto corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca pronunciarse sobre si libra o no mandamiento de pago. Por consiguiente se devolverá el expediente a la oficina de origen para que tome la determinación que corresponda conforme a derecho.

Por lo expuesto este Despacho RESUELVE:

1. ABSTENERSE de conocer del presente asunto, por falta de competencia.

2. Remítase el expediente a la oficina de origen para que se pronuncie sobre el mandamiento de pago deprecado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en los Anales.

Daniel Suárez Hernández.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

OCUPACION PERMANENTE. CADUCIDAD. PRESCRIPCION EXTINTIVA. PROCESO REIVINDICATORIO. ACCION DE REPARACION DIRECTA. TRANSITO DE LEGISLACION

Es cierto que la ocupación permanente cuestionada en este proceso tuvo iniciación el 24 de agosto de 1966 y la demanda reivindicatoria o de dominio se presentó para reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá el 3 de junio de 1982, es decir, aproximadamente catorce años después de producirse la ocupación. De igual manera se sabe que el Decreto 01 de 1984 comenzó a regir el 1o. de marzo de dicho año y que dicho estatuto consagró un término de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de reparación directa. Ese término, aplicable para aquellas controversias que se hallaban sometidas al régimen de prescripción extintiva y cuya acción aún no se había ejercitado al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento, vencía para estos casos el 1o. de marzo de 1986. Ahora bien, con miras a establecer la oportunidad para la presentación de la demanda en situaciones como la del *sub-júdice*, o sea, en aquellas en las que la ocupación permanente se regulaba por el término prescriptivo de 20 años, la Sala determinó que en razón del tránsito de legislación, los casos en los cuales los hechos generadores del daño se hubieran cumplido con anterioridad a la nueva ley y antes de su vigencia se hubiera instaurado la acción ante la jurisdicción ordinaria, así el proceso hubiera pasado al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, debían prevalecer con las normas vigentes cuando el actor comenzó su accionar ante el Juez civil. En cambio, si el hecho dañoso fue anterior al Decreto 01 de 1984, pero la demanda se formuló en vigencia de éste, corresponde aplicarle el plazo de caducidad de dos años establecido en el artículo 136 para las acciones de reparación directa.

NULIDAD PROCESAL. PRUEBA RECAUDADA - Validez

La información probatoria relacionada, especialmente la de carácter técnico, la toma la Sala a pesar de que fue recaudada cuando el proceso lo adelantaba la justicia ordinaria y quedó por lo tanto cobijada por la declaración de nulidad que el Tribunal Superior de Bogotá hubo de declarar para enviarlo al conocimiento del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Toma en consideración la Sala que conforme al artículo 146 del C. de P.C., la prueba practicada dentro de la actuación anulada "conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla".

Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero nueve de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 9679. Actor: Ingenio Riopaila S.A. Demandado: Puertos de Colombia - Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y Puertos de Colombia "Colpuertos", contra la sentencia de 10 de diciembre de 1993, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

"**Primero.**- Declárense responsables administrativamente a la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS" y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, por la ocupación de los terrenos de propiedad de la demandante Sociedad INGENIO RIOPAILA S.A., en la forma que quedó establecido en el cuerpo de esta providencia.

"**Segundo**.- Declárase no probada la excepción de caducidad propuesta por la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS".

"**Tercero**.- Niéganse las pretensiones de la demanda de reconvención de la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS".

"**Cuarto**.- Condénase solidariamente a la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS" y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, a reconocer y pagar a la Sociedad INGENIO RIOPAILA S.A. por concepto de los perjuicios causados por la ocupación del terreno de su propiedad ubicado en la ciudad de Buenaventura la suma de TRESCIENTOS NO-

VENTA MILLONES TREINTA Y CINCO MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 30/100 ($390.035.199.30) M/CTE.

"**Quinto**.- Dése cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"**Sexto**.- Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"**Séptimo**.- De no ser Apelada, CONSULTESE".

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 3 de junio de 1982, que fue repartido al Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad Ingenio Riopaila S.A., formuló demanda contra la Empresa Puertos de Colombia y la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, para que por los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía previsto en el Libro III, Título XXI, Capítulos I y II, artículos 396 a 409 y concordantes del C. de P.C., se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"**Primera**. Que pertenece en dominio pleno y absoluto a "INGENIO RIOPAILA S.A.", sociedad con domicilio principal en Zarzal, por haberlo adquirido mediante las escrituras públicas mencionadas en los hechos y en su determinación, los terrenos que en el acápite "Determinación del inmueble objeto de esta demanda", se identifican, ubicados en Buenaventura.

"**Segunda**. Por hacerse imposible la restitución del terreno, que se condene a Puertos de Colombia y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, en forma solidaria, o en subsidio a la primera por haber sido la ocupante inicial, o en subsidio a la segunda por ser la actual poseedora, o en subsidio a cada uno por la parte que actualmente ocupen, al pago del valor comercial del inmueble en la fecha de ejecutoria de la sentencia, que resulte probado dentro del proceso, o en incidente posterior, o en subsidio al valor que tuvo en la fecha de la ocupación inicial más la devaluación monetaria en concreto desde tal momento hasta la fecha de la última sentencia que se dicte en el presente proceso, y en abstracto desde dicha fecha hasta la del pago. O, en subsidio, que la condena por la depreciación monetaria se haga en abstracto, en su totalidad.

"**Tercera**. Que se condene a la demandada, Puertos de Colombia, al pago de los perjuicios ocasionados por ésta a Ingenio Riopaila S.A., por la destrucción de los edificios y maquinarias señalados en los hechos 2o., 7o., y 10o., y parte relativa de esta demanda a la determinación del inmueble, edificaciones y maquinaria, por el valor que dichos bienes hubieran podido tener en el momento

en el momento de la ocupación del terreno e instalaciones de propiedad de Ingenio Riopaila S.A., que resulte probado en el proceso o incidente posterior; más la devaluación monetaria en concreto hasta la fecha de la última sentencia que se dicte, y en abstracto desde dicha fecha hasta la del pago. O en subsidio, que la condena por la depreciación monetaria se haga en abstracto, en su totalidad.

"Y al pago de los frutos que hubieran podido producir esos bienes desde tal ocupación, hasta el día de pago, con igual reajuste monetario.

"**Cuarta**. Que se condene a Puertos de Colombia, a pagar el valor de los frutos civiles de los terrenos ya determinados, desde la ocupación inicial, el 24 de agosto de 1966 hasta cuando hizo entrega total o parcial del terreno a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, en la fecha de la creación de ésta como establecimiento público o empresa industrial y comercial del Estado, y no solo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos, desde el día 24 de agosto de 1966, fecha de la ilegítima ocupación por Puertos de Colombia; y se imponga igual condena a la mencionada ZONA FRANCA desde la fecha en que ésta recibió tales terrenos o una parte de ellos y hasta el día de pago, o en subsidio hasta el momento en el cual se ejecutorie la última sentencia que se dicte en este proceso, con el mismo reajuste monetario en concreto y en abstracto.

"**Quinta**.- Que Puertos de Colombia y/o La Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, queden consecuencialmente y en razón de las anteriores condenas, dueñas de tales terrenos.

"**Sexta**.- Que se ordene la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria, correspondiente al inmueble determinado en la parte relativa a la Determinación del Inmueble objeto de esta demanda, en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buenaventura, que existe o que se cree con base en los registros anteriores allí mencionados.

"**Séptima**.- Que se condene a las demandadas al pago de las costas del presente proceso solidariamente o en proporción que la sentencia determine.

"PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE PRIMER GRADO.

"**Primera**:- Que pertenece en pleno dominio, a INGENIO RIOPAILA S.A. un inmueble identificado en la parte relativa a la "Determinación del Inmueble de esta demanda", por haberlo adquirido dicha sociedad por prescripción ordinaria, antes de la fecha de su ocupación por Puertos de Colombia.

"**Segunda**.- Que consecuencialmente, se hagan las declaraciones y condenas, pedidos en el grupo de pretensiones principales, desde la segunda, hasta la última.

"**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE SEGUNDO GRADO**

"**Primera**.- Que pertenece en dominio pleno y absoluto a la demandante, por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de dominio, antes de la ocupación por Puertos de Colombia, el inmueble identificado en la parte relativa a la "Determinación del Inmueble", de esta demanda".

"**Segunda**.- Que consecuencialmente, se hagan las declaraciones y condenas pedidas en el grupo de pretensiones principales, desde la segunda hasta la última".

2. Fundamentos de hecho

Se refiere en la demanda que el Ingenio Riopaila S.A., adquirió a título de dación en pago de Aserradores del Pacífico Sucesores S.A., un globo de terreno de 14.336 M², ubicado en el área urbana de Buenaventura, alinderado por el Norte, con la Baja Mar o terrenos de la Nación; por el Sur, en parte con la vía pública que conduce al barrio Nayita y en parte con la vía férrea Buenaventura-Cali; por el Oriente, en parte con la calle que conduce al barrio Balboa y en parte con terrenos del municipio de Buenaventura, y, por el Occidente, en parte con terrenos de la zona de la vía férrea Buenaventura-Cali y, en parte con la calle que conduce a la cancha de fútbol. Dicho predio tenía un área aproximada de 17.226 M², pero se habían segregado dos lotes, uno que Aserradores del Pacífico Sucesores S.A., cedió a título gratuito al municipio de Buenaventura y otro que vendió a la Nación. La enajenación se produjo para cancelar créditos a cargo de la compañía.

El 24 de agosto de 1966, la Empresa Puertos de Colombia, sin que existiera un acto jurídico que legitimara su conducta, valiéndose de sus agentes o subalternos, procedió a ocupar el lote referido y las instalaciones que eran propiedad de la firma demandante, demolió las construcciones e instalaciones en general, arrancó la maquinaria que se hallaba allí instalada y bombeó arena y agua al lote mencionado, inutilizando tanto el predio, como el complejo industrial que allí se encontraba. Puertos de Colombia, pues, ocupó el terreno con maquinaria y edificaciones que hacen parte del complejo portuario de Buenaventura.

"A raíz de lo sucedido hubo varios intercambios de comunicaciones entre el Ingenio Riopaila S.A., y la Empresa Puertos de Colombia, con miras a llegar a algún acuerdo sobre la indemnización de perjuicios a que había lugar, por el daño emergente, lucro cesante y restablecimiento de la posesión material del inmueble,

acuerdo que nunca pudo conseguirse. La posesión material del predio en cuestión la mantuvo la Empresa Puertos de Colombia hasta cuando lo entregó a Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, entidad que todavía ejercita dicha posesión, la cual, por lo demás, fue sorpresiva, arbitraria y mediante fuerza y violencia.

Puertos de Colombia ha reconocido la ocupación del inmueble, más sin embargo, por este concepto no le ha pagado indemnización alguna a la firma demandante.

3. Actuación procesal

La demanda fue admitida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, se ordenó su inscripción, se dispuso notificar el auto admisorio, la cual se cumplió personalmente con los representantes legales de las entidades demandadas, o sea, Puertos de Colombia y la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura.

Puertos de Colombia al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones principales, salvo la 5a. y la 6a., con el argumento de que dicho inmueble fue declarado de utilidad pública. Adujo que Puertos de Colombia no posee total, ni parcialmente el inmueble, que la mayor parte del mismo era de baja mar, razón por la cual la empresa se limitó a hacer los rellenos necesarios para adecuarlos para el beneficio público. Tales terrenos por ser de uso público se hallan fuera del comercio y son imprescriptibles. Como excepciones propuso las de prescripción y compensación. La primera porque desde los hechos (24 de agosto de 1966), transcurrió el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva del dominio de los bienes muebles; la de compensación, en razón a que Puertos de Colombia por las obras y trabajos realizados en el predio hizo que este alcanzara un mayor valor, diferencia que deberá compensarse en caso de prosperar la acción incoada.

La Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura también se opuso a las peticiones de la demanda por cuanto consideró que los terrenos por ella actualmente poseídos no corresponden a los reclamados por la demandante, además, manifestó que son bienes de utilidad pública. Como excepciones propuso "Falta de título y causa", dado que al ser declarado el bien de utilidad pública, se volvió inalienable e imprescriptible; "Falta de presupuesto de la acción," derivada de la falta de identidad entre el bien reclamado y el poseído por la demandada; "Prescripción", por haber poseído el bien durante un lapso mayor de 10 años; "Compensación", por el reembolso que debe hacerse por las mejoras realizadas, para el caso de que prosperara la acción; "Inexistencia de las obligaciones reclamadas", y la "Genérica", consiste en el hecho que desconoce la existencia de una obligación o la declara extinguida, si ha existido, excepciones frente a las cuales la

firma demandante adujo que la falta de título y causa era impertinente por cuanto los títulos acreditan una tradición de 30 años; que por las normas que crearon las Zonas Francas y declararon los terrenos de utilidad pública, no se perdieron los títulos de propiedad, en razón a que para legitimar la ocupación o titularidad se requiere una sentencia judicial en proceso de expropiación, previa indemnización, conforme al artículo 30 de la Carta. Sobre la falta de identidad entre el bien objeto de la demanda y el que ocupa la demandada, sostiene que es suficiente comparar los alinderamientos para concluir que se está dentro de ellos; acerca de la prescripción, adujo que la Zona Franca carece de títulos para prescribir en 10 años; sobre la compensación, manifestó que no se solicita la restitución del bien, sino el pago del valor del terreno.

La Empresa Puertos de Colombia presentó demanda de reconvención, para que se declare que el lote reclamado no es susceptible de declaración de pertenencia a favor de Ingenio Riopaila S.A., por ser un bien público inalienable e imprescriptible. Además para que se declare que dicho bien pertenece al Estado Colombiano a través de las empresas demandadas. Que subsidiariamente se declare que el valor de los trabajos y mejoras hechas por las demandadas debe reembolsarse actualizado. La demandante para oponerse a las pretensiones de la reconvención sostuvo que la imprescriptibilidad no podía alegarse por cuanto antes de que ocurriera la ocupación oficial, los terrenos eran de un particular; que la adquisición del terreno por parte del Estado debe cumplirse por la vía legal, dado que la Constitución protege la propiedad privada; que la inscripción en el registro no puede ordenarse hasta tanto la adquisición se haya hecho por la vía legal y, por último, que si hubo mejoras, éstas solo beneficiarían a Puertos de Colombia.

El Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá dictó sentencia en la que negó las peticiones de la demanda de reconvención y declaró no probadas las excepciones propuestas. Así mismo declaró que la firma Ingenio Riopaila S.A., es la propietaria del inmueble referido y condenó a la Empresa Puertos de Colombia al pago de $79.200.000.00 como indemnización por la ocupación permanente del terreno, más los intereses legales. En lo demás absolvió a las entidades demandadas. Condenó en costas, en un 80% a la Empresa Puertos de Colombia.

Al conocer por vía de apelación de la anterior providencia, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia fechada el 6 de noviembre de 1992, con fundamento en la expedición del Decreto 01 de 1984 que atribuyó el conocimiento de situaciones como la presente a esta jurisdicción, declaró, por falta de jurisdicción, la nulidad de lo actuado a partir del 2 de junio de 1984, y dispuso que se remitiera el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Este proveído fue recurrido en súplica por la parte

actora, pero fue confirmado en providencia de 18 de febrero de 1993. El 29 de marzo del mismo año fue recibido el expediente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, donde se avocó su conocimiento el 11 de junio del citado año y se citó para audiencia de conciliación el 3 de agosto siguiente, sin haberse logrado acuerdo alguno entre las partes.

La Procuradora Judicial 19 ante el Tribunal, rindió concepto de fondo y manifestó que no había lugar a declarar la caducidad de la acción por cuanto ésta se instauró dentro del término que en su momento la ley le otorgaba para hacerlo. De otra parte consideró que la empresa demandante no acreditó ser la propietaria del inmueble ocupado, en razón a que el certificado de tradición del predio fue aportado con la demanda el 3 de junio de 1982, a pesar de que había sido expedido el de julio de 1981, o sea, con un año de anterioridad, lapso durante el cual pueden producirse modificaciones sobre la propiedad del inmueble. Consecuencialmente concluyó que no debían prosperar las peticiones de la firma actora. En lo concerniente a la compensación propuesta por las demandadas, señaló que las mejoras sólo favorecieron a éstas, no a la demandante. Descartó así mismo la prescripción adquisitiva de dominio en favor de los entes oficiales.

El apoderado de la Empresa Puertos de Colombia se refirió a los antecedentes históricos de la acción intentada, examinó lo relacionado con la figura de la ocupación permanente. Propuso la caducidad de la acción por considerar que la ocupación se dió el 24 de agosto de 1966, en vigencia del Decreto 528 de 1964, cuyo artículo 28 señala una caducidad de tres años. Situación similar encuentra si se toman en cuenta los artículos 136 del Decreto 01 de 1984 o 23 del Decreto 2304 de 1989, que señalan un término de caducidad de dos años. En cualquiera de estas situaciones habría lugar a la caducidad, por cuanto la demanda se presentó el 3 de junio de 1982, es decir, 15 años, 9 meses y 9 días, después de la ocupación.

De otra parte, aduce la falta del presupuesto procesal de la demanda en forma, en razón a que se pidió el pago de lo "que resulte probado dentro del proceso o en incidente posterior...", solicitud que no es de recibo en las demandas ante esta jurisdicción y que da lugar a una decisión inhibitoria. También sostuvo que los terrenos cuya indemnización se pretende son de utilidad pública por destinarse al establecimiento de la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura. Argumentó así mismo que si el actor subsidiariamente pidió que se lo declarara dueño de los terrenos por haberlos adquirido por prescripción, ello significaba que no tenía seguridad de que los mismos le pertenecieran situación que impediría un fallo favorable al demandante.

El apoderado de la parte actora argumentó que la Empresa Puertos de Colombia, en comunicaciones que obran en el proceso ha reconocido la propiedad del Ingenio Riopaila S.A., sobre los terrenos reclamados y la obligación de pagar el valor de los mismos. Complementa lo anterior el folio de matrícula inmobiliaria aportado al proceso, donde consta que la empresa demandante sí es la propietaria del predio en cuestión. De igual manera se refiere a distintos testimonios e inspección judicial, así como a un dictamen pericial, que conducen al reconocimiento de los derechos del demandante y al pago de la indemnización correspondiente.

4. La sentencia apelada

Hizo el Tribunal un recuento de la actuación surtida ante la jurisdicción ordinaria y resaltó la demora excesiva e innecesaria de este proceso si se tiene en cuenta que la causa de remisión del proceso efectuada en 1993, se produjo desde el 1o. de marzo de 1984 cuando entró en vigencia el Decreto 01 del mismo año.

Al tratar de las excepciones propuestas, y en referencia a la de caducidad de la acción, sostuvo el *a-quo* tanto para la fecha de la ocupación, como para la presentación de la demanda, estaba definida la competencia para conocer de la acción a la justicia ordinaria. Por tanto, como la acción a ejercitar era la de dominio, ésta prescribía en 20 años, es decir, que el dominio prescribía en favor del ocupante en dicho término. En tales condiciones consideró que a la presentación de la demanda había transcurrido un lapso de 14 años, 10 meses y 11 días, por lo que resultó debidamente interrumpida la prescripción.

Cuando el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) entró en vigencia, no se había producido sentencia y desde el 1o. de marzo de ese año a esta jurisdicción le fue asignado el conocimiento de las acciones derivadas de ocupación temporal o permanente de inmuebles a causa de trabajos públicos. Estimó el Tribunal improcedente contar el término de caducidad desde el 1o. de marzo de 1984, en razón a que la acción fue instaurada con anterioridad a ese decreto, ante la entonces jurisdicción competente y a través del mecanismo pertinente, sin que el particular tenga que soportar los efectos perjudiciales derivados de intempestivos cambios legislativos en materia de procedimiento. Concluyó el juzgador *a-quo* que la empresa actora solo debía esperar que ante el cambio de procedimiento que la ley había originado, el Juez ordinario decidiera en alguna forma su situación, pero sin obligarlo a presentar nueva demanda ante la jurisdicción que había adquirido la competencia. Por consiguiente, decidió que no había lugar a la prosperidad de la excepción de caducidad propuesta.

Se refirió el Tribunal a los diversos medios probatorios que se encuentran en el proceso, entre éstos a los antecedentes que concluyeron con la autorización de los accionistas de Aserradores del Pacífico, Sucesores S.A., para transferir a título de dación en pago en favor de Ingenio Riopaila S.A. el predio objeto de la ocupación. Aludió también a las comunicaciones habidas entre el Gerente del Ingenio Riopaila S.A. y el Gerente de la Empresa Puertos de Colombia, el primero reclamando contra la ocupación y exigiendo la indemnización respectiva, mientras el segundo reconocía la propiedad de aquel sobre los terrenos y la intención de negociar la indemnización correspondiente.

Examinó así mismo el juzgador de primera instancia el informe técnico pericial rendido ante la jurisdicción ordinaria, según el cual el lote de terreno se clasificaba en 1930-1940 como zona de baja mar y según la Ley 15 de 1.876 era un bien público, imprescriptible e inalienable, sobre el cual no se podía ejercer acto alguno de disposición sin antes satisfacer las exigencias del Decreto 1882 de 1929 y Decreto 738 de 1974.

Igualmente hizo referencia al dictamen pericial rendido el 3 de julio de 1986 ante el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, a pesar de su afectación con la declaratoria de nulidad y destacó el área de 14.336 metros cuadrados, de los cuales la Zona Franca ocupa 12.993 M². Así mismo valoraron las edificaciones ($480.150), la carrilera ($156.800). Para la maquinaria señalaron un precio aproximado de $59.304.10, valores éstos tomados para la época de la ocupación. Por los terrenos firmes que ocupa la Zona Franca, calculados en 6.606 M², asignaron un precio para la época de la ocupación de $1.849.680.oo.

Anotó el *a-quo* que la Ley 105 de 1958 declaró en su artículo 3o. de utilidad pública los terrenos necesarios para establecer Zonas Francas Industriales y Comerciales. Que el Decreto 1095 de 1970 dispuso la creación de las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Buenaventura y de Palmaseca, como establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Desarrollo Económico, en terrenos aledaños o contiguos al Terminal Marítimo de Buenaventura y al Aeropuerto de Palmaseca, respectivamente. Que el Decreto 1876 de 1972 estableció como domicilio de la Zona Franca demandada el municipio de Buenaventura y por medio del Decreto 1406 de 1973 señaló los linderos correspondientes, lo que llevó al *a-quo* a la conclusión de que al comparar los linderos señalados en la norma con los determinados en las escrituras respectivas, "se establece que los linderos de este último predio (los de Aserradores del Pacífico) se encuentran subsumidos en el de mayor extensión ocupado actualmente por la Zona Franca de Buenaventura".

Consideró el *a-quo*, de otra parte, que la expropiación supone una indemnización previa y plena, con excepción de los casos previstos en el artículo 33 de la

anterior Constitución. Como en el *subjudice* se presentó una ocupación permanente imprevista, sin previamente negociar e indemnizar a su propietario, concluyó el Tribunal que había lugar al reconocimiento indemnizatorio impetrado, pero sólo sobre los 6.606 metros cuadrados establecidos por los peritos, cuyo dictamen acogió a pesar de la nulidad declarada, por haberse practicado con intervención de las partes y por el Juez que entonces conocía del proceso. Como valor de los terrenos tomó el que tenían al producirse la ocupación. Así mismo dispuso el pago de las edificaciones que existían en esa época, mas no al de las maquinarias, por no haberse establecido procesalmente. Al liquidar en concreto la condena determinó un monto indemnizatorio actualizado de $390.035.199.30. Las peticiones de la demanda de reconvención fueron denegadas.

5. Razones de la apelación

El apoderado de Puertos de Colombia apeló de la anterior providencia por considerar que el Tribunal había confundido el término de prescripción de la acción de dominio o reivindicatoria, con el término de caducidad de la acción de reparación directa, cuando las dos son figuras diferentes. La acción adelantada contra Puertos de Colombia el 3 de junio de 1982, por ser de conocimiento de la justicia ordinaria y tramitarse por la acción reivindicatoria, tenía un término de prescripción que no se ha modificado: 20 años. Pero no tenía caducidad. Pero al entrar en vigencia el Decreto 01 de 1984 los hechos planteados quedaron al conocimiento de esta jurisdicción por la vía de la acción de reparación directa, y entonces nació para la parte actora la carga procesal de efectuar los trámites conducentes para que se enviara el negocio a la jurisdicción competente, adecuando las pretensiones al procedimiento contencioso administrativo, actividad procesal que nunca cumplió la demandante, pues, de una parte, no promovió el proceso ante esta jurisdicción, y de otra, no gestionó el envío de la actuación a esta jurisdicción, omisiones que condujeron a que pasaran 8 años sin promover la acción de reparación directa, generándose así la caducidad de la acción.

Aduce que conforme al artículo 266 del Decreto 01 de 1984, por no existir con anterioridad al aludido estatuto respecto de la acción adelantada un término de caducidad, sólo había lugar a la aplicación de la nueva ley que era posterior a la ocupación permanente del inmueble.

La parte actora también apeló, pero fue declarado desierto su recurso por no haberlo sustentado oportunamente. En la segunda instancia el apoderado de Puertos de Colombia alegó de conclusión con los mismos argumentos expresados al sustentar el recurso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se refiere la Sala en primer término a la excepción de caducidad de la acción propuesta por el apoderado de la Empresa Puertos de Colombia y considera que tuvo razón el *a-quo* al desestimarla. Es cierto que la ocupación permanente cuestionada en este proceso tuvo iniciación el 24 de agosto de 1966 y la demanda reivindicatoria o de dominio se presentó para reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá el 3 de junio de 1982, es decir, aproximadamente catorce años después de producirse la ocupación. De igual manera se sabe que el Decreto 01 de 1984 comenzó a regir el 1o. de marzo de dicho año y que dicho estatuto consagró un término de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de reparación directa. Este término, aplicable para aquellas controversias que se hallaban sometidas al régimen de prescripción extintiva y cuya acción aún no se había ejercitado al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento, vencía para estos casos el 1o. de marzo de 1986. Así lo ha decidido la Sala en múltiples ocasiones.

Cabe aquí recordar cómo en el artículo 263 de la Ley 167 de 1941 se estipulaba que la demanda para obtener el pago de una indemnización originada en un trabajo público, se debía presentar "a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o de verificada la ocupación". Posteriormente, por decisión de la Corte Suprema de Justicia fueron declarados inexequibles las disposiciones de la ley precitada en cuanto concernía con la ocupación permanente y desde entonces la justicia ordinaria conoció de tales asuntos, quedando los mismos sujetos al término de prescripción de 20 años a que se refiere el artículo 2536 del Código Civil. Tal situación permaneció hasta la vigencia del Decreto 01 de 1984 que consagró en el segundo inciso del artículo 85 la acción de reparación directa para reclamar la reparación del daño causado por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, acción cuyo término de caducidad lo señaló el artículo 136 *ibidem* en dos años.

Ahora bien, con miras a establecer la oportunidad para la presentación de la demanda en situaciones como la del *sub-júdice*, o sea, en aquellas en las que la ocupación permanente se regulaba por el término prescriptivo de 20 años, la Sala determinó que en razón del tránsito de legislación, los casos en los cuales los hechos generadores del daño se hubieran cumplido con anterioridad a la nueva ley y antes de su vigencia se hubiera instaurado la acción ante la jurisdicción ordinaria, así el proceso hubiera pasado al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, debían prevalecer las normas vigentes cuando el actor comenzó su accionar ante el Juez civil. En cambio, si el hecho dañoso fue anterior al Decreto 01 de 1984, pero la demanda se formuló en vigencia de éste, corresponde aplicarle el plazo de caducidad de reparación directa. Por consiguiente, como la ocupación

en el caso examinado se produjo el 24 de agosto de 1966 y la demanda se presentó el 3 de junio de 1982, años con anterioridad al Decreto 01 de 1984, no cabe aplicarle el régimen de caducidad de los años consagrado en la norma posterior, sino que la situación debe regularse conforme al régimen prescriptivo de los 20 años. Se concluye entonces, que sí fue oportuna la presentación de la demanda y que, consecuencialmente, la excepción no podía prosperar como bien lo determinó el juzgador de primera instancia.

Con relación al fondo de la controversia, la Sala encuentra demostrados suficientemente los siguientes puntos:

-. Que por autorización de la Asamblea General de Accionistas de Aserradores del Pacífico S.A., el Gerente de esta firma, mediante la Escritura Pública No. 494 del 10 de febrero de 1956, corrida en la Notaría Segunda de Cali, transfirió a título de dación en pago, en favor del Ingenio Riopaila S.A., un globo de terreno de 14.336 metros cuadrados, junto con las edificaciones construidas, vías de acceso, carretera y carrilera, excluida la maquinaria y equipo para la elaboración de maderas, los cuales continuaron en cabeza de la compañía tradente.

-. Que obran así mismo en el proceso distintas comunicaciones cruzadas entre el Gerente General del Ingenio Riopaila S.A., y directivos de la Empresa Puertos de Colombia, en las cuales el primero propone la adquisición de los terrenos por parte del Estado, sin recibir respuesta. En posterior escrito, fechado el 18 de septiembre de 1966 informa de los problemas que tiene la sociedad demandante por las actuaciones y omisiones de Puertos de Colombia, cuestiona el silencio del ente oficial y manifiesta su inconformidad con las actuaciones cumplidas por la empresa oficial en los aserríos, al llenar los terrenos con arena e inutilizar los equipos. Solicitó entonces en esa comunicación la reparación por el incumplimiento de la entidad para la conservación del canal de acceso de altamar a Aserradores del Pacífico; así como por los perjuicios derivados del cubrimiento de los terrenos con arena, y la paralización de la empresa denominada Aserradores de Pacífico de propiedad de la firma actora; redemarcación del lote de terreno que rellenó Puertos de Colombia y el restablecimiento de la posesión material que mantenían sobre el referido lote.

-. Por su parte, el representante de la Empresa Puertos de Colombia deja entrever claramente la posibilidad de entrar en negociaciones y deja "una clara constancia que ustedes son propietarios de Aserradores del Pacífico, empresa que han poseído y administrado tranquilamente durante muchos años, y que en consecuencia nosotros estamos en actitud de adelantar una negociación con ustedes, para compensar el valor de tal propiedad, sea en dinero efectivo o sea en un lote de terreno ubicado dentro de la zonificación que se está haciendo".

-. En otra comunicación el Gerente del Ingenio Riopaila insiste en los reconocimientos indemnizatorios, dado que fue sin aviso previo y sin consentimiento que la empresa demandada destruyó la empresa maderera, dejó el lote y el bajo la arena, desmontó las instalaciones y abandonó los elementos a su suerte.

-. Convenida la posibilidad de un arreglo amistoso, las partes designaron negociadores sin obtener la solución a que aspiraban. La empresa demandante, sin embargo, insistía en una decisión satisfactoria, con miras a evitar las molestias de un proceso judicial.

-. Que los expertos, en dictamen rendido el 3 de julio de 1986, período cobijado por la declaración de nulidad, identificaron el predio visitado con el mismo donde anteriormente funcionaba la empresa Aserradores del Pacífico, cuya extensión era del 14.336 metros cuadrados, de los cuales 12.993 metros se hallaban ocupados por la Zona Franca, en zonas verdes, vías pavimentadas y las bodegas 4 y 5.

-. Que los peritos asignaron a las edificaciones un valor de $180.150.oo ($300 cada metro); $156.800.oo por 224 metros de carrilera, y $59.304.16 por la maquinaria. Tales valores los tomaron los expertos para la época de la ocupación. Al establecer el valor de los terrenos, los peritos determinaron como área de tierra firme una superficie de 6.606 metros cuadrados, cuyo valor en agosto de 1966 lo estimaron en la suma de $280.oo para un total de $1.849.680.oo. El resto del área inicial lo tomaron como zonas de baja mar, sin valor comercial.

La información probatoria anteriormente relacionada, especialmente de carácter técnico, la toma la Sala a pesar de que fue recaudada cuando el proceso lo adelantaba la justicia ordinaria y quedó por tanto cobijada por la declaración de nulidad del Tribunal Superior de Bogotá, hubo de declarar para enviarlo al conocimiento del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Toma en consideración la Sala que conforme al artículo 146 del C. de P.C., la prueba practicada dentro de la actuación anulada "conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla".

Ahora bien, no obstante que las zonas de terreno que originaron la presente controversia fueron declaradas de utilidad pública, para que se organizaran y funcionaran las Zonas Francas correspondientes, tal declaración no era suficiente para proceder a su ocupación en la forma que ocurrió, con absoluto desconocimiento de los derechos que el Ingenio Riopaila tenía como propietario de aquellos. Correspondía entonces al Estado para expropiar, así fuera por motivos de utilidad pública o de interés social, previamente disponer la correspondiente indemnización equivalente al precio comercial de los terrenos ocupados.

Así pues, con respaldo, primero, en las distintas declaraciones recaudadas, todas uniformes y coincidentes en lo relacionado con la ocupación de los predios de la firma demandante; segundo, en las diferentes comunicaciones cruzadas entre Ingenio Riopaila S.A., y la Empresa Puertos de Colombia y, tercero, en los documentos aportados y el dictamen pericial, concluye la Sala que efectivamente el 24 de agosto de 1966 se consumó por parte de la Empresa Puertos de Colombia, la ocupación de los terrenos referidos, los que es esta época detentaba el Ingenio Riopaila S.A.

Para efecto de calcular la indemnización, la Sala toma en cuenta la misma área apreciada por el juzgador *a-quo*, es decir, los 6.606 metros cuadrados que los peritos señalaron como verdadera extensión del terreno ocupado por las empresas demarcadas, en razón a que la otra superficie se había convertido en zonas de baja mar y, por lo mismo, de propiedad de la Nación, para la época de la ocupación.

La condena se impondrá en forma solidaria a la Empresa Puertos de Colombia por cuanto inicialmente ocupó los terrenos aludidos y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, porque desde 1972 los ocupa. Los valores señalados por los peritos se actualizarán del mes de agosto de 1966 a la fecha de esta sentencia, con base en los índices de precios al consumidor vigentes en cada ocasión. Similar procedimiento se seguirá con respecto a las edificaciones y la carrilera. El precio fijado pericialmente a la maquinaria no es de recibo, por cuanto, como lo señaló el Tribunal, su demostración no fue legalmente adecuada.

Se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de que una vez realizado el pago, se inscriba en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buenaventura la copia auténtica de esta providencia, a fin de que sirva como título de propiedad en favor de las entidades demandadas, o de las que actualmente sus derechos representen, sobre los terrenos y bienes a que se refiere el presente fallo.

Teniendo en cuenta que el índice final de precios al consumidor se ha modificado con relación al aplicado en la sentencia impugnada, la Sala liquidará nuevamente, en concreto, el monto de los perjuicios, con el mismo procedimiento que atinadamente utilizó el juzgador *a-quo*.

Se actualizan los valores con la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}};$$

El índice inicial o vigente en agosto de 1966, tomado en cuenta por el Tribunal y verificado por la Sala con el DANE, era de 2.09 y el vigente a la fecha de esta sentencia corresponde a 398.24. Dividido el índice final por el índice inicial, se obtiene el factor 190.5454545 por el cual se multiplicará cada valor que se vaya a actualizar.

Valor del terreno. Los 6.606 metros cuadrados de tierra, pericialmente determinados a razón de $280.oo cada metro, corresponden la suma total de $1.849.680.oo a precio del mes de agosto de 1966, valor éste que actualizado equivale hoy a la cantidad de $352.448.116.20.

Valor de las edificaciones. Los peritos establecieron 1.455 metros cuadrados en construcciones de madera y zinc a razón de $300.oo el metro cuadrado, para un total de $436.500.oo, que actualizados corresponden a la suma de $83.173.090.88.

Valor de la carrilera. En la experticia fueron señalados 224 metros lineales a razón de $700.oo el metro, para un total de $156.800.oo, que actualizados equivalen a la cantidad de $29.877.527.26.

Resumen:

Valor del terreno:	$352.448.116.20
Valor de edificaciones:	$83.173.090.88
Valor de la carrilera:	$29.877.527.26
Suman:	**$465.498.734.20**

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:

Primero. CONFIRMANSE los ordinales Primero, Segundo, Tercero, Quinto, Sexto y Séptimo, de la sentencia apelada, esto es, la de 10 de diciembre de 1993, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Segundo. MODIFICASE el ordinal Cuarto del fallo apelado el cual queda así:

Cuarto. Condénase solidariamente a la Empresa Puertos de Colombia "COLPUERTOS" y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, o a las personas jurídicas o entidades oficiales que actualmente representen sus derechos, a pagar a la sociedad Ingenio Riopaila S.A., por concepto de los perjuicios materiales ocasionados, la cantidad de cuatrocientos sesenta y cinco millones cuatrocientos noventa y ocho mil setecientos treinta y cuatro pesos con 20/100 ($465.498.734.20) moneda corriente.

Tercero. Una vez efectuado el pago de la anterior suma de dinero, deberá inscribirse copia auténtica de esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buenaventura, a efecto de que la misma sirva en el futuro a la Empresa Puertos de Colombia y a la Zona Franca Industrial y Comercial de Buenaventura, o a las entidades oficiales que actualmente representen sus derechos, como título de propiedad de los terrenos a que se refiere este proceso.

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase. La anterior providencia fue estudiada por la Sala en sesión de fecha nueve (9) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

Expediente No. 9679 Sociedad Ingenio Riopaila S.A.

SENTENCIAS CONDENATORIAS CONTRA LA ADMINISTRACION. MIEDO. PRESUPUESTO - Distribución

En la época en que organismos internacionales tienen competencia para examinar la conducta de la administración, a la luz de la ley y el derecho, será bueno que jueces extranjeros detecten falencias de valoración jurídica, en el contenido de los fallos nacionales por consideraciones que bien se pueden centrar en el miedo, la ignorancia o motivaciones de orden económico - presupuestal: Llama la atención que para pagar cincuenta mil o cien millones de pesos anuales, por condenas contra la administración, no alcancen los recursos fiscales. Sin embargo, para atender otros frentes de la vida comunitaria, no ha faltado el dinero necesario. El presupuesto nacional acudió presuroso, en el pasado, a redimir el sector financiero, que mal administrado, bordeó la quiebra. Para buscar la paz, se han invertido grandes sumas de dinero en busca de la readaptación de los guerrilleros, y para mantener el régimen democrático se invierten en elecciones populares, bien frecuentes, de veinte mil a treinta mil millones de pesos. Sinembargo, a persona alguna se le ocurre predicar que no haya mas elecciones, o que no se inviertan sumas cuantiosas en la búsqueda de la paz.

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

La Sala ha venido reiterando la pauta jurisprudencial que se recoge en el alegato presentado por apoderado de los demandantes, en el sentido de que, en casos como el presente, el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no solo a la especial *"a forfait"* o predeterminada por las leyes laborales, pues ellas tienen causas distintas, y, por lo mismo, universo económico también diferente.

SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA LA ADMINISTRACION. RESPONSABILIDAD ESTATAL. PRESUPUESTO - Carencia. **ESTADO SOCIAL DE DERECHO. DIGNIDAD HUMANA** - Respeto. **DAÑO ANTIJURIDICO. INDEMNIZACION**

Frente a los sectores de opinión pública que suelen inquietarse por la lluvia de condenas millonarias contra el Estado, por deducción de responsabilidad, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, debe quedar en claro que si bien ellas pueden ser una vena rota en el presupuesto, su monto no da margen para criticar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues el texto citado de la Carta no fue elaborado por sus integrantes, sino que obedece a la más pura filosofía jurídica universal, y fue fruto del sentimiento discrepante de la Asamblea Nacional Constituyente. Tradicionalmente se ha enseñado que quien causa un daño a otro debe indemnizarlo, y que la reparación del mismo, debe ser total . Para llegar a estas verdades jurídicas no es menester indagar si el país es atrasado o no. Basta, simplemente, responder el interrogante que se formula el profesor Jean Rivero cuando indaga : QUE PODIA DEMANDARSE DEL SERVICIO? y al contestar la pregunta, la respuesta es clara: Un Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos. Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no lo condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana.

PERJUICIOS MORALES. INCAPACIDAD PERMANENTE

La Sala confirmará la condena que por perjuicios morales hizo el Tribunal, pero la elevará por razones de justicia. Una incapacidad permanente de 65o/o amerita que los perjuicios por tal concepto se eleven a SEISCIENTOS CINCUENTA (650) gramos de oro fino para el demandante, a TRESCIENTOS CINCUENTA (350) gramos de oro para la esposa, a DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos, del mismo metal, para cada uno de los hijos

ESTADO SOCIAL DE DERECHO. EQUIDAD

La población inocente que la padece y sufre, tendrá que soportar ella sola el daño que la misma le cause? Para ese hombre del común que no tiene el control de la guerra, ya que prácticamente no tiene miedo a morir, sino

vergüenza de sobrevivir, podrá un estado que se dice Social de Derecho y Solidario y fundado en al dignidad de la persona humana, dejarlo solo, abandonado, sin indemnizarles el daño que el conflicto que él no ha creado le produce? No lo cree así la Sala. Y para llegar a esta conclusión no necesita buscar apoyo en la ley sino en el derecho, en el equidad, en los principios universales que informan la bella ciencia.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL. ACTO TERRORISTA. DAÑO ANTIJURIDICO. DAS. CULPA - Negligencia

El centro de imputación jurídica es responsable de las heridas causadas al actor, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida por las fuerzas de la subversión contra el edificio donde funciona el Departamento Administrativo de Seguridad de Bogotá. Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL; y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional. En el caso en comento y en la lucha contra las fuerzas de la subversión, hubo NEGLIGENCIA e INCUMPLIMIENTO de las instrucciones impartidas por el Director General de Inteligencia, en las comunicaciones calendadas los días 29 de septiembre y 27 de octubre de 1989, dirigida al Jefe de Seguridad Interna y al Jefe de Sección de Vigilancia y Control.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia Expediente número 9550. Actor: Luis Carlos Castellanos Ruiz y otros. Demandado: La Nación - Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los procuradores judiciales de ambas partes, contra la sentencia calendada el día veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1o. Declarar administrativamente responsable a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS', de las heridas causadas a Luis Carlos Castellanos Ruiz, el 6 de diciembre de 1989, en Santafé de Bogotá, D.C.

"2o. Condenar a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS' a pagar perjuicios morales:

"a) Luis Carlos Castellanos Ruiz el equivalente a quinientos (500) gramos de oro al precio que certifique el Banco de la República a la ejecutoria de la sentencia.

"b) Alba Rocío Sánchez Bonilla, el equivalente a doscientos (200) gramos de oro, al precio que indique el Banco de la República a la ejecutoria de la sentencia.

"c) Carlos Enrique y Felipe Andrés Castellanos Sánchez el equivalente a cien (100) gramos de oro, para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la ejecutoria de la sentencia.

"d) Eccehomo y Nubia Evangelina Castellanos Ruiz el equivalente a cincuenta (50) gramos de oro, para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la ejecutoria de la sentencia.

"3o. Condénase a la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS' a pagar en favor de Luis Carlos Castellanos Ruiz por concepto de perjuicios materiales la suma equivalente a treinta y seis millones setecientos setenta mil ciento treinta y cinco pesos con 47/100 ($36.770.135.47).

"4o. Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"5o. Si no fuere apelada consúltese con el H. Consejo de Estado.

"6o. Niéganse las demás pretensiones". (Fls. 180-181 Cdno No. 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:

"Luis Carlos Castellanos Ruiz y Alba Rocío Sánchez Bonilla, actuando en nombre propio y en el de sus menores hijos Carlos Enrique y Felipe Andrés Castellanos Sánchez, Eccehomo y Nubia Castellanos Ruiz demandaron a

la Nación representada por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad pidiendo:

"Primera. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación (Departamento Administrativo de Seguridad), de las heridas causadas a Luis Carlos Castellanos Ruiz, el 6 de diciembre de 1989 en la ciudad de Bogotá, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida contra el edificio del Departamento Administrativo de Seguridad.

"Segunda. Condenar a la Nación (Departamento Administrativo de Seguridad) a pagar a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales el equivalente en peso de las siguientes cantidades de oro fino según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

"Para Luis Carlos Castellanos Ruiz, Alba Rocío Sánchez Bonilla, Carlos Enrique y Felipe Andrés Castellanos Sánchez, mil (1000) gramos de oro para cada uno en su condición de víctima, esposa e hijos.

"b) Para Eccehomo y Nubia Evangelina Castellanos Ruiz, quinientos (500) gramos de oro para cada uno en su condición de hermanos de la víctima.

"Tercero. Condenar a la Nación (Departamento Administrativo de Seguridad) a pagar a favor de Luis Carlos Castellanos Ruiz los perjuicios materiales sufridos con motivo de las heridas e incapacidad laboral, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

"1.- Un salario mensual de ochenta y tres mil ($83.000.oo) pesos, más el 25% de prestaciones sociales.

"2- La fecha de nacimiento de la víctima y el cálculo de su vida probable, según las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

"3- El grado de incapacidad laboral del 65% fijado por médicos expertos de la Caja Nacional de Previsión.

"4- Actualizada la condena según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 6 de diciembre de 1989 y el que exista cuando se produzca el fallo.

"Cuarto. La Nación por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual adoptarán

las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término" (folios 2 y 3 cuad. 1).

"Fundamentó su demanda en:

"1. Luis Carlos Castellanos Ruiz casó con Alba Rocío Sánchez Bonilla el 13 de febrero de 1988.

"2. Durante su matrimonio procrearon a Carlos Enrique, el 1o. de septiembre de 1988 y Felipe Andrés el 11 de julio de 1990.

"3. Luis Carlos Castellanos Ruiz, nació el 29 de octubre de 1961, tiene como hermanos carnales a Eccehomo, nacido el 23 de enero de 1959, y Nubia Evangelina, nacida el 21 de mayo de 1965.

"4. Luis Carlos Castellanos es detective grado 05 División de Identificación Sección de Archivos Alfabéticos del Departamento Administrativo de Seguridad.

"5. Luis Carlos Castellanos se encontraba en el lugar de su trabajo, junto con María Angélica Cañón Villalobos, a las 7:15 a.m. del 6 de diciembre de 1989, cuando una explosión sacudió y semidestruyó el edificio del DAS, lanzándolo sobre unos archivadores metálicos y causándole múltiples heridas.

"6. Luis Carlos Castellanos fue operado en la Clínica San Pedro Claver, de una hernia diafragmática y traumática en el pulmón izquierdo, de heridas en la región glútea derecha, en la pierna derecha y en la totalidad del mismo pie, de una herida en la región glútea y cabeza, perdiendo parte del pabellón de la oreja izquierda.

"7. Luis Carlos Castellanos Ruiz está imposibilitado en su pierna derecha, no tiene facilidad de movimientos en su mano derecha, tiene dificultades para respirar y ausencia de sensibilidad en la mano derecha.

"8. Los demandantes han sufrido perjuicios morales; la víctima por su sufrimiento y los demás por la solidaridad con aquel. E igual perjuicios materiales porque la víctima sufrió una reducción en un 65% de su capacidad laboral.

"9. La explosión dinamitera del 6 de diciembre de 1989, tenía como propósito atentar contra la vida del entonces jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, organismo encargado de la prevención e investigación del delito.

"Fundamento de la demanda es la teoría del daño especial que se define así:

"16. En los últimos años la prestación de ese servicio público se ha convertido en una verdadera situación de riesgo, fundamentalmente por los atentados dirigidos contra la vida de su director, el general Miguel Maza Márquez.

"17. Pero no es equitativo que los daños que se causen a los trabajadores de esta institución, con ocasión de la prestación de ese servicio público de control y prevención del delito no tengan indemnización de ninguna clase.

"18. Las autoridades, según el artículo 16 de la Constitución Política, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

"19. En desarrollo del anterior precepto constitucional, nuestro Consejo de Estado ha estructurado los principios de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes públicos, entre los cuales enclava el de la equitativa distribución de las cargas públicas, el que a grandes rasgos se puede delinear así: Cuando en el ejercicio de la prestación de un servicio público se causen daños a los particulares, constituye principio de equidad indemnizar esos perjuicios porque no es justo que cuando se deben realizar acciones en beneficio común pero que a su vez causen daños, estos queden sin reparación. En otras palabras, como todos nos beneficiamos de ese servicio público, es equitativo que todos contribuyamos a la indemnización de los perjuicios que se causen por la prestación de dicho servicio.

"20. El Derecho Público no puede permanecer estático y debe analizar los hechos nuevos que están ocurriendo, como los graves atentados dinamiteros dirigidos contra la persona del Director del Das o sus edificaciones y en los que se han causado perjuicios a personas inocentes". (folios 5 y 6 del cuaderno principal).

"Al lado de la teoría del daño especial y del perjuicio de igualdad ante las cargas públicas la demanda habla igualmente pero de una manera tangencial del riesgo provecho.

"Ella fue presentada el día 17 de mayo de 1991 (flio 11) admitida el 26 de junio de 1991 (flio 20) y notificada al demandado el 25 de julio de 1991 (flio 23), siendo contestada por el Das, oponiéndose a las pretensiones.

"Esta demanda fue adicionada el 6 de diciembre de 1991, agregando los siguientes hechos:

"10. Antonio Roldán Betancourt gobernador de Antioquia fue asesinado en Medellín, el 4 de julio de 1989.

"11. Waldemar Franklin Quintero comandante de la Policía de Antioquia fue asesinado en Medellín, el 18 de agosto de 1989.

"12. Luis Carlos Galán Sarmiento senador fue asesinado en Soacha, el 18 de agosto de 1989.

"13. Virgilio Barco Vargas presidente de la República, pronunció aquella noche, un discurso donde dijo: "Indudablemente el país está en guerra contra los narcotraficantes y los terroristas. En una batalla, no sólo del gobierno sino de todos los colombianos" (flio 45).

"14. Eduardo Martínez Romero tesorero del cartel delincuencial de Medellín, fue extraditado el 23 de agosto de 1989, con destino a los Estados Unidos de América.

"15. La sede de los directorios políticos galanista y social conservador en Medellín son dinamitados y las haciendas de Edgar Gutiérrez, Augusto Valencia e Ignacio Vélez Escobar son incendiadas, el 24 de agosto de 1989.

"Miguel Maza Márquez director del DAS pronunció un discurso el 22 de septiembre de 1989 perorando:

"Casi el 100% de la población colombiana está desprovista de elementos para llevar una vida sana sin complicaciones. El desnivel social y su contraste cultural es lo que aprovecha el terrorismo moderno para vender sus ideas". (flio 46).

"17. La Corte Suprema de Justicia ratificó (sic) el tratado de extradición el 4 de octubre de 1989.

"18. La sede del periódico Vanguardia Liberal es dinamitada en Bucaramanga, el 16 de octubre de 1989.

"19. Héctor Jiménez Rodríguez magistrado del Tribunal Superior de Medellín es asesinado en dicha ciudad, el 17 de octubre de 1989.

"Un avión Boeing de propiedad de la compañía Avianca es destruido en pleno vuelo, de Bogotá a Cali, en la mañana del 27 de noviembre de 1989.

"21. La sede del Departamento administrativo es dinamitada el 6 de diciembre de 1989. Ello ocurre según la adición de la demanda por cuanto:

"18. Después de las anteriores gravísimas advertencias, la prevención de las autoridades ha debido redoblarse y fundamentalmente dirigirse al control de la defensa de la vida del señor Director del Das y del edificio donde funciona el mismo en la ciudad de Santafé de Bogotá. Pero nada de eso ocurrió y hubo exceso de confianza y no se controló el tránsito de automotores alrededor de las edificaciones del edificio del DAS. Debido a esa omisión ocurrió la explosión que causó la muerte a muchas personas, entre ellas al señor Jesús Hernando Riaño". (folio 47 cuaderno 1).

"22. Miguel Maza Márquez director del DAS concede declaraciones al periódico El Espectador el 7 de diciembre de 1989, en las que dice:

"Son episodios como lo acabo de decir. Es muy doloroso que la gente crea que nada más son dos o tres personas. **Esto es una guerra contra el pueblo colombiano. Cuantos colombianos inocentes murieron hoy?. Cuántos están mutilados en las clínicas de Bogotá?. Cuántos inocentes hoy precisamente quedaron sin techo?. Entonces no podemos localizar el problema hacia un solo aspecto. Es un problema de todo el país y como país tiene que salir airoso"** (flio 47).

"La adición a la demanda agrega como fundamento de la responsabilidad la falla en el servicio sustentaba en que dadas las condiciones particulares que vivía el país en aquel año el gobierno no tomó las debidas precauciones para evitar el atentado dinamitero, contra la construcción que albergaba las oficinas públicas contra el Departamento Administrativo de los servicios secretos, ocasionándose así las lesiones al demandante".....

.....

"CONSIDERACIONES:

"1o. Presupuestos Procesales

"1.1. Competencia

"Esta Sección del Tribunal es competente para conocer del proceso por disposición del numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

"1.2. Demanda en forma

"La demanda reúne los requisitos formales exigidos en los artículo 75 a 82 y 92 del Código de Procedimiento Civil y artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

"1.3. Capacidad para ser parte y comparecer al proceso.

"Los demandantes son personas naturales gozan de capacidad para ser parte, siendo mayores de edad, comparecieron directamente al proceso.

"Carlos Enrique y Felipe Andrés Castellanos Sánchez, siendo menores de edad concurrieron al proceso por intermedio de los padres quienes los representan.

"La demandada Nación, es persona jurídica e intervino en el proceso a través del Director del Departamento Administrativo de Seguridad, quien la representa.

"2o. Nulidades

"No se observó causal de nulidad que invalide lo actuado.

"3o. Caducidad

"En el presente caso no hay caducidad de la acción pues los hechos motivo de la demanda sucedieron el 6 de diciembre de 1989 y la demanda fue presentada el 17 de mayo de 1991, en consecuencia no transcurrieron los dos años que señala el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

"4o. Legitimación

"Luis Carlos Castellanos Ruiz está legitimado activamente para demandar porque fue a él a quien se le causó el daño.

"Alba Rocío Sánchez, está legitimada para demandar porque acreditó ser esposa de la víctima con el registro civil de matrimonio expedido por la Notaría 18 de Bogotá, serial No.645479 de octubre de 1988 (flio 12).

"Carlos Enrique y Felipe Andrés Castellanos Sánchez están legitimados porque son hijos de la víctima, así lo demostraron con sus registros civiles de nacimiento del primero, expedido por la Notaría 2a. de Bogotá, serial No.13455264 de septiembre 1 de 1988 (flio 16) y del segundo, por la Notaría 26 de Bogotá, serial No.15195479 de 11 de julio de 1990.

"Eccehomo y Nubia Evangelina Castellanos Ruiz probaron ser hermanos de la víctima pues trajeron sus registros civiles de nacimiento expedidos por la Notaría Primera del Circuito de Cali, Tomo 1.59, folio 712 (flio 14) y Notaría No.2245168, libro de 1.977 (flio 15) donde se hace constar que son hijos de

Luis Carlos Castellanos Cárdenas quien los denunció como tales, e Isabel Ruiz, padres de la víctima.

"En efecto, existen dentro del proceso el registro civil de nacimiento de la víctima expedido por el Notario Primero de Cali, donde aparece como hijo del padre de los anteriores (flio 142).

"Hay pues, por lo menos, una identidad paterna que los hermana.

"5o. Responsabilidad

"En este capítulo verificaremos primero la realización de un perjuicio, que lastime el patrimonio o las posibilidades físicas o psíquicas de la víctima directa y de sus deudos.

"5.1. Consideramos conveniente en el presente caso modificar la metodología a seguir en el estudio de los elementos de la responsabilidad, iniciándolo por el daño en virtud a que:

"a) El perjuicio es un elemento común y genérico de todas las formas de responsabilidad, sea esta de la administración pública o de los particulares, de orden civil o laboral. Siendo un elemento común y encontrando razonable comenzar la comprensión de un fenómeno por su género, es claro que hay lugar a fijarse en los perjuicios antes que en los regímenes de responsabilidad, materia específicamente referida a la que comprende la de la administración pública-

"b) La Constitución vigente en su artículo 90 se refiere en primer lugar al elemento daño, cuando dice que el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, haciendo eco del criterio anterior según el cual, este elemento es primero en el entendimiento del fenómeno de la responsabilidad.

"Conforme con ese criterio tenemos que el demandante Luis Carlos Castellanos Ruiz sufrió una merma de su capacidad sicofísica, a consecuencia de accidente ocurrido en su lugar de trabajo a las 7:30 a.m del 6 de diciembre de 1989, según lo atestigua plenamente la historia clínica cuya copia auténtica aparece expedida por el establecimiento público Caja Nacional de Previsión a folio 203 anteriores y posteriores del cuaderno 2, disminución que consistió en: "La División de Salud Ocupacional revisó (sic) el acta levantada por el accidente ocurrido al señor de la referencia, funcionario del D.A.S. 1. Acta levantada aprobada por llenar los requisitos.- 2. Accidente ocurrido el 6 de diciembre de 1989 a las 7:33 A.M..- 3- Lesiones. Politraumatismo que comprometió: cabeza, brazos, manos, tórax, abdomen, pies. 4- Tratamiento. Laparatomia explorada, traqueotomía y fisioterapia.- 5. Las incapacidades

acarreadas por este motivo en el momento y las que dieren lugar por el mismo motivo, deben ser canceladas en un 100% por tratarse de accidente de trabajo. 6- Una vez terminado el tratamiento el interesado debe acercarse a esta división a fin de calificar secuelas si hay lugar a ella...." (folio 203 cuad. 2).

"Tal accidente generó seguramente, es presunción de hombre, honda pena al propio accidentado y en menor grado a su familia nuclear, pero en los dos casos susceptible de ser reconocido e indemnizado. Es claro que aquel le generó incapacidades física invalidantes al propio lesionado, causándole así una violación a los derechos fundamentales de la vida, a la integridad personal, y a la debida protección a la familia, que la Constitución reconoce.

"5.2. El segundo elemento de la responsabilidad, común a todas ellas, es el hecho imputable, entendido como la acción u omisión predicable de la persona llamada a responder, y que tiene relación con la lesión sufrida por el actor.

"Esta se causó por la concurrencia de varios hechos, determinantes de su resultado: el primero de ellos, la actuación de un grupo organizado de delincuentes, que amparados en la organización, capacidad económica y permeabilización, pretende intimidar al Estado para que legitime sus acciones criminales o para que las olvide; y el segundo de ellos, la negligencia y el incumplimiento de las instrucciones por parte de los obligados a vigilar el edificio sede del Departamento Administrativo de Seguridad, organismo precisamente encargado de la inteligencia del Estado, y quien tiene a su cargo la función de detectar este tipo de planes siniestros contra la seguridad pública.

"De lo primero no se puede culpar a la Nación, pues es claro que como Institución, ni aisladamente funcionario alguno participó, organizó, o colaboró.

"Sin embargo, preciso es observar que la administración incurrió en omisiones, que facilitaron la acción de los terroristas que hicieron explotar un bus cargado de dinamita, sin las cuales la actuación de estos no hubiese tenido los efectos adversos que se advierten.

"Dentro del expediente existen copias auténticas de las circulares números 1760 de septiembre 29 de 1989 y 1953 de octubre 23 de 1989, por las que Alberto Otero Director General de Inteligencia ordena al jefe de Sección de Vigilancia y Control, en la primera de ellas, se prohíba el estacionamiento de vehículos en las calles adyacentes a las instalaciones (folio 20 cuad. 2), teniendo en cuenta la inminencia de amenazas contra las oficinas públicas particularmente las del Departamento Administrativo de Seguridad, y en la segunda, se ratifican dichas órdenes (flio 17 cuad. 2).

"Una lectura del primero de los documentos dice:

"Teniendo en cuenta la inminencia de amenazas contra instalaciones oficiales y, en especial, contra la sede del Departamento Administrativo de Seguridad, se requiere intensificar las medidas activas y pasivas de seguridad. Sobre el particular se hace precisión en los siguientes aspectos: 1. El estacionamiento de vehículos en las calles adyacentes a las instalaciones debe ser impedido sin excepciones...." (folio 20 cuaderno 2).

"En el segundo, por su lado se reitera que:

"6. La drasticidad y constante aplicación de las medidas de seguridad, serán factores disuasivos para que el enemigo desista de sus propósitos delictivos contra el personal y las instalaciones del DAS". (Flio 19 cuad. 2).

"Igualmente dentro del expediente existe un informe escrito No.6.617 de noviembre 12 de 1992, firmado por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, en el que se afirma, que dicho ente conocía antes del 6 de diciembre de 1989, la posibilidad que su sede fuera volada con explosivos, y en consecuencia en el momento oportuno se ordenó tomar las medidas y controles necesarios para neutralizar el ataque terrorista (folio 14 cuad. 2).

"Sin embargo, el mismo certificado añade que la calle 17A, vía sobre la cual fue desplazado el bus-bomba no tenía restricciones de acceso (folio 15 cuad.2).

"5.3 Este hecho es imputable a la Nación y en concreto al ente público llamado a responder, Departamento Administrativo de Seguridad, por que siendo un organismo de policía, con posibilidades de ejercer la fuerza, ya que entre sus funciones puede retener personas, portar y usar armas, y excluir zonas de circulación, a él le correspondía tomar las medidas de autoprotección. El caso es que teniendo el Das el personal y los equipos necesarios para autoprotegerse, tal como lo entendió el propio jefe de seguridad, al restringir el paso de vehículos cerca de su sede, con exclusión voluntaria e injustificada de la calle por donde ocurrió el atentado, es a él a quien corresponde responder.

"5.4. Tal hecho es imputable a la administración a título de falta.

"Tal omisión de la administración pública, enterada de la proximadad de un atentado, permite sin embargo, que él se suceda, por dejar una vía adyacente al edificio libre, argumentando, que es indispensable para que los particulares localizados sobre la misma como comerciantes, ejerzan su oficio, es constitutiva de falta, pues aplazó la protección de los derechos de la comunidad y particularmente no previno la posibilidad, cumplida después, que se atentara

contra los derechos fundamentales de la vida y la integridad personal, so pretexto de amparar a un grupo minúsculo de comerciantes para que ejercieran directamente su profesión.

"Era de esperarse que la administración pública, en ejercicio de sus deberes de mantener el orden y evitar atentados contra la vida y la integridad personal y contra los bienes públicos restringiera el acceso de automotores particulares y aún de personas a los lugares adyacentes, a la edificación amenazada pues, en tal caso, su conducta aunque constitutiva de daño contra los comerciantes afectados, sería legítima pues se trataba de amparar un interés superior.

"La omisión de la administración pública fue causa eficiente del resultado logrado visto que, de tomarse las precauciones y medidas necesarias el atentado se hubiere evitado.

"No se discute en este proceso si la administración fue o no la autora intelectual o material del atentado, pues es claro que no lo fue, ya que la bomba como es de conocimiento público, fue colocada por personas al margen e intelectuales de la tragedia, ni la forma como planearon, organizaron y ejecutaron el crimen.

"Pero es igualmente hecho probado en este proceso, la negligencia de los funcionarios encargados de vigilancia, al omitir cumplir la orden dada de restringir e incluso prohibir el tránsito de vehículos, por las zonas adyacentes del edificio, y la actitud de la administración que previendo el atentado, no toma las medidas idóneas para evitarlo.

"Si la administración impide el acceso de vehículos particulares a las zonas adyacentes al edificio, los terroristas nunca hubiesen logrado su objetivo, o percatados de esa imposibilidad hubiesen desistido de su empeño, o dándose el resultado observado en el presente caso.

"5.5. La demanda y su reforma acumularon tres regímenes de responsabilidad: el de falla, el de riesgo y el daño especial. Ya observamos como la demanda inicial se refiere a los dos últimos, y la reforma a la falla del servicio.

"Los tres se excluyen. Aunque corresponden a un fenómeno genérico, responsabilidad del Estado, es claro que los tres corresponden a situaciones bien diferentes. En el de falla la responsabilidad se origina en un comportamiento anormal de la administración que realiza actos contrarios al ordenamiento jurídico o a la responsabilidad media que se espera de ella, o bien omite cumplir con obligaciones que le sobrevienen directamente, o que le corresponden indirectamente previa querella de los particulares que reclaman protección.

"En el riesgo genera una posibilidad muy grande de daño, que se materializa con el hecho de un tercero o el simple hecho de la naturaleza.

"En el daño especial la administración una lesión directamente, que se puede prever y cuantificar, y lo hace a pesar de ellos porque hace primar el interés de la comunidad, al de un individuo o conjunto determinado de ellos, quienes a cambio reciben una indemnización.

"Excluyéndose los tres, es antitécnico que se comprenda en una sola demanda, por que los ellos (sic) se identifican con situaciones diferentes.

"Por esa concurrencia equivocada no es suficiente para que la demanda fracase, pues se ha dicho que es el Juez quien debe escoger el régimen de responsabilidad, cuando no se le indica uno o cuando, como en el caso *sub-exámine*, se le proponen acumulativamente.

"Distinto es que el demandante cargue con la necesidad de precisar y señalar en su escrito los hechos que dan lugar al sistema de responsabilidad elegida, pues si ello no se incluye en su petición, el demandado no puede contestarlos y controvertirlos, y el Juez no puede decidir.

"En el presente caso la adición a la demanda, habló de responsabilidad por falla y se expresó concretamente el hecho en el que ella se fundaba, probándolo con documentos públicos emanados del propio demandado.

"En tales condiciones habrá que decirse que hay consonancia entre demanda y sentencia, y que hay respeto del debido proceso, pues se le dio al demandado el derecho a defenderse de los cargos que se le formulan.

"5.6. Este daño sufrido por el primero de los demandantes se produce como consecuencia de una falla en el servicio, que no corresponde precisamente a su actividad profesional, caso en el cual hay lugar a indemnizaciones. Sin embargo, para evitar que por el mismo perjuicio reciba doble indemnización las prestaciones percibidas por efectos de la incapacidad laboral, deberán restarse de la indemnización que le corresponde por derecho común.

"En consecuencia sabiéndose que el señor Luis Carlos Castellanos recibió una incapacidad equivalente a catorce meses de sueldo, según lo dice Alvaro Garzón Treffry Jefe de Salud de Ocupacional de la Caja Nacional de Previsión (flio 201 cuad. 2), que su sueldo en el momento del accidente era de $102.100, según lo certifica la Jefe de Registro y Control del Das (flio 145 cuad. 2); que la suma que recibió por tal indemnización fue de $1.429.400, esta suma deberá de restarse.

"De otro lado se estableció que el demandante citado había nacido en Cali el 29 de octubre de 1961, según lo atestigua el Notario Primero de esa ciudad (flio 13 cuad. 1), encontrándose que en el momento del accidente tenía (sic) una edad de 28 años.

"Sufriendo una incapacidad laboral del 65% habrá de calcularse el valor de la indemnización a recibir tomando su sueldo básico.

"Si el demandante ganaba un sueldo de $102.100 y tiene una capacidad subsistente laboral del 65% el valor que deja de recibir mensualmente como consecuencia de su inhabilitación, es de $66.365.oo mensuales."....

.....

"En la determinación de los perjuicios morales tal como se explicó la víctima sufrió al ver mermada su capacidad laboral, limitado físicamente, la angustia y el dolo que hubo de soportar él, su esposa, hijos y parientes. Estos deberán compensarse y tasarse en la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro para la víctima, doscientos (200) gramos de oro para la esposa, cien (100) gramos de oro para cada uno de los hijos, y cincuenta (50) gramos de oro para cada uno de sus hermanos, al precio que certifique el Banco de la República a la ejecutoria de la sentencia". (Fls. 155-179 Cdno 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A folios 184 y siguientes del cuaderno No. 1, aparece el escrito en el cual el mandatario judicial de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro de la siguiente óptica:

"Fundamentó su recurso así:

"Dice la sentencia en su página 21;

"Sin embargo, para evitar que por el mismo perjuicio reciba doble indemnización las prestaciones percibidas por efectos de la incapacidad laboral, deberán descontarse de la indemnización que le corresponde por derecho común".

"Luego dice que como el señor Luis Carlos Castellanos recibió 14 meses de sueldo se le deberán descontar para efectos de liquidarle la condena.

"Me permito discrepar de esta determinación de la sentencia y solicito al *ad-quem* su revocación para que no se haga tal descuento. Las dos indemniza-

ciones tienen su origen diferente. La del descuento que se le hace ahora se fundamenta en una acción de responsabilidad extracontractual basada en los presupuestos de hecho y fundamentos de derecho que tienen los demandantes independientemente de cualquier relación laboral que hayan tenido con la administración pública por vinculaciones laborales. Si el señor Castellanos hubiera sido empleado de una empresa particular no se le estaría haciendo el mencionado descuento.

"Recordemos como según el artículo 13 de la Constitución todos somos iguales ante la ley. Esto nos indica que si al trabajador privado no se le descuenta al público no tiene por qué hacérsele tal disminución en la indemnización.

"Y la indemnización del descuento a que se refiere el doctor Alvaro Garzón se basa en el artículo 209 del C.S. del T. modificado por el Decreto 776 de 1987 artículo 1o. según lo dice él en su examen médico. Esos 14 meses de sueldo tienen fundamento en una disposición legal común a todos los trabajadores que sufren accidentes de trabajo como fue el caso del señor Castellanos.

"Si yo estoy trabajando en una empresa y sufro un accidente igual al de la víctima se me da como indemnización 14 meses de sueldo. Si no hubiera sufrido el accidente de trabajo hubiera podido trabajar en otra empresa durante el mismo tiempo con un sueldo mejor. No existe fundamento legal ni práctico para hacer tal descuento y por tanto reitero mi petición de solicitar la revocación.

"La anterior tesis se encuentra corroborada por jurisprudencia del honorable Consejo de Estado. En sentencia de 18 de octubre de 1991 con ponencia del doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, expediente 6709, actor ALIX MARIA PEDROZA ROBLES SE DIJO:

"Solicita la demandada que se deduzca de la indemnización total el valor de las prestaciones sociales que por muerte de los agentes se reconocen a sus beneficiarios, "para no incurrir en un enriquecimiento sin causa". Sobre el particular considera la Sala que la viuda y el hijo del occiso Rodríguez Bárcenas son acreedores a la indemnización total porque el agente falleció a consecuencia de un riesgo que su condición de policía no le imponía, pues se encontraba jugando billar y no en cumplimiento de una misión inherente al servicio"

"La Sala, reitera lo sostenido en reciente fallo, septiembre de 1991, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6253; actora: Mélida Inés Domínguez de Medina, donde se dijo:

"Siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corporación, en casos como este el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no solo

a la especial *a fortait* o predeterminada por las leyes laborales que rigen a la institución. Se afirma esto porque el agente murió por una falla del servicio de sanidad militar y no como consecuencia de los riesgos que como militar debía afrontar. Si hubiera fallecido en combate, por ejemplo no cabría hablar de otra indemnización diferente a la contemplada en el régimen laboral que lo protegía".

"En este orden de ideas, las prestaciones reconocidas a la señora Mélida Inés Domínguez de Medina, cónyuge supérstite, y a sus hijos mediante resolución 7653 de 17 de diciembre de 1986 no podrán descontarse de la indemnización que aquí se reconocerá, porque aquella tiene su causa en la ley (Dec, 206 de 1984) en virtud del vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad obligada al pago y de ninguna manera en la falla del servicio que se dejó analizado atrás".

"Al aplicar las anteriores (sic) jurisprudencia al caso *sub lite* debemos llegar a la conclusión de que no se le debe desconar (sic) al señor Luis Carlos Castellanos lo que recibió con motivo del accidente de trabajo ya que este se debió, como lo acepta la sentencia a una falla del servicio por parte de la administración.

"CONSIDERO LA TASACION DE LOS PERJUICIOS MORALES DEMASIADO BAJA. La sentencia fijó el equivalente a quinientos gramos de oro para la víctima, doscientos para la esposa, cien para cada uno de los hijos y cincuenta para los hermanos. Parecen condenas simbólicas, sobre todo las de los hijos y hermanos.

"No me parece equitativo que por una pérdida de la capacidad laboral del sesenta y cinco por ciento, luego de haber padecido una explosión de la magnitud de la que habla la demanda, de haber estado incapacitado por más de sesenta días, se condena una indemnización de perjuicios morales tan baja como la que estipula la sentencia".

- III -

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL PROCURADOR JUDICIAL DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Los reparos que le hace al fallo el apoderado de LA NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS- se recogen, en lo pertinente, a través de la siguiente literatura:

"Fundamento del Fallo.

"A pesar de que en el proceso y como hecho notorio se estableció que los hechos generadores del daño padecido por el actor y sus familiares fueron ocasionados por la acción delictiva de terceros, y no por la Administración pública, la que fue también de los mismos hechos, el fallo de instancia, invocando el artículo 90 de la Constitución, la condenó como responsable -vale decir. como autora- de los hechos imputados.

"Tuvo como base para esa conclusión, la consideración de que por falta de vigilancia el carro bomba que detonó el 6 de Diciembre de 1989 determinó la ocurrencia del fatal insuceso.

"Razones de la apelación.

"Además de las razones expuestas en la primera instancia, tanto para contestar la demanda como para alegar de bien probado, ruego al Honorable Consejo de Estado verificar que en el proceso se halla demostrado que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, si tomó las medidas y dio las órdenes competentes para que se pudiera prevenir el acontecimiento fatal de la fecha anotada, pese a lo cual ocurrió, por lo cual, en sana lógica, no puede, ni decirse que fue la autora material o intelectual de los hechos generadores del daño, autoría que, en materia de responsabilidad extracontractual debe ser directa y no indirecta para poder construir juicio de responsabilidad, como lo admite el fallo, pese a lo cual fulmina la condena citada, ni que, dadas las circunstancias y modalidades del ataque de la delincuencia organizada, él resultaba imparable, pues la carga de dinamita que estalló y la cual se preparó y dirigió contra el Estado era de tanto (sic) potencia, como se deduce de los efectos indiscutiblemente devastadores de su acción, que aun cuando el explosivo se hubiera colocado en sitio mas alejado del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, la destrucción que se produjo de ninguna manera hubiera podido evitarse.

"La imposibilidad de evitar el da hecho (sic) causante del daño y la irresistibilidad el mismo, hacen que la relación causal no pueda imputarse a la Administración Pública y, por tanto, el fallo de instancia, al imputarle como su propia acción causal por omisión o falta de vigilancia a la Administración cae de su peso y no permite sustentar en segundo grado la condena que se ha proferido.

"El fallo se (sic) primer grado sólo lee una parte del certificado que obra en autos expedido por autoridad competente y que hace fe de su contenido, y no

se detuvo a estudiar el hecho de que la propia Administración certificó, con base en pruebas documentales anteriores a dicha certificación, que no hubo en ningún momento falta de vigilancia en el sector, lo que aunado a las características de irresistibilidad y de imprevisibilidad concretas del ataque, hacen indiscutible la afirmación de que el hecho dañoso y el efecto consiguiente, no le pueden ser imputados a la Administración.

"La sentencia se funda igualmente en preceptos constitucionales posteriores a la ocurrencia de los hechos; a menos que el llamado derecho nuevo así lo permita, contra la enseñanza de la lógica y la exigencia de la seguridad jurídica, no parece fundado que tal método jurídico pueda ser admitido.

"La inexactitud de la sentencia es patente, pues afirma que la administración llegó hasta a "omitir cumplir la orden dada de restringir e incluso prohibir el tránsito de vehículos, por las zonas adyacentes del edificio", lo que, justamente, está en flagrante oposición con lo expresado por la propia Administración.

"Y cosecha conclusiones de la guisa:

"Si la administración impide el acceso de vehículos particulares a las zonas adyacentes al edificio, los **terroristas** nunca hubiesen logrado su objetivo, o percatados de esa imposibilidad hubiesen desistido de su empeño, no dándole el resultado observado en el presente caso" (negrillas y subrayas ajenas al texto).

"Sobre hipótesis no demostradas -que se evidencia en el modo subjetivo verbal que emplea el fallo- y el olvido de la naturaleza irresistible del poderoso ataque, que desvirtúan la remota relación de causalidad del hecho con la actividad de la Administración, que si fue diligente y cuidadosa y existió, no podía disponerse la responsabilidad del Estado, y tales razones, aunadas a las que, con ocasión de los alegatos de conclusión habrán de presentarse, mueven a la nación a impetrar justicia también para ella y a instar la revocatoria del fallo condenatorio". (Fls. 193-195 Cdno No.1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia recurrida será confirmada, aunque con algunos ajustes de naturaleza jurídica y económica, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que el centro de imputación jurídica es responsable de las heridas causadas a LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida por las fuerzas de la subversión contra el edificio donde funciona el Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá. Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL, y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que claramente preceptúa:

> "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

El acervo probatorio que obra dentro del informativo permite concluir, como lo hizo el tribunal de instancia, que en el caso en comento y en la lucha contra las fuerzas de la subversión, hubo NEGLIGENCIA e INCUMPLIMIENTO de las instrucciones impartidas por el Director General de Inteligencia, en las comunicaciones calendadas los días 29 de septiembre y 27 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dirigidas al Jefe de Seguridad Interna y al Jefe de Sección de Vigilancia y Control. En la primera el alto funcionario póne de presente "....la inminencia de amenazas contra instalaciones oficiales y, en especial, contra la sede del Departamento Administrativo de Seguridad...", por lo cual se demanda "....intensificar las medidas activas y pasivas de seguridad...". Allí se lee que: "El control de ingreso de particulares por la puerta de empleados debe ser ejercido de forma más rigurosa, **en razón a que continuamente se presentan casos de personas que inexplicablemente logran hacer su entrada por ese lugar, sin ser oportunamente detectados por el servicio de vigilancia"** (C 2, fol.20) (Subrayas de la Sala). En la misma nota se destaca: "...de la severidad con que sean aplicadas estas modalidades dependerá la detección oportuna de cualquier movimiento o acto sospechoso y su consecuente neutralización, **evitando así la ocurrencia de hechos que lamentar para la Institución y para la totalidad de los empleados".** (C 2, fol. 23).

> Que las instrucciones anteriores no fueron cumplidas se vivencia en la segunda comunicación, esto es, la del 27 de octubre de 1989, esto es, pocos meses antes de ocurrir la tragedia. En ella se lee:
>
> "...son constantes los casos de ingreso de particulares por todas las entradas, **SIN QUE SEAN DEBIDAMENTE REVISADOS, IGUALMENTE TIENEN ACCESO A LOS DIFERENTES PISOS SIN PORTAR LA CORRESPONDIENTE FICHA.** Ello significa que los controles deben ser más rigurosos.

"**Ningún vehículo que ingresa al sótano del Departamento ESTA SIENDO SOMETIDO A LA REVISION CORRESPONDIENTE**, como sí ocurre con los que entran al aparcadero ubicado sobre la carrera 28 y con los que salen del mismo sótano. Se requiere de forma inmediata que dichos automotores también sean revisados minuciosamente al ingresar al sótano, verificando además la identidad de los conductores.

"

"Es frecuente observar merodeando en los alrededores de las instalaciones a personas de extraña apariencia, sin motivo que justifique su presencia...."

Que los altos mandos del DAS presentían la tragedia se vivencia en la comunicación del 27 de octubre de 1989, en cuyo numeral 6o. el Director General de Inteligencia advierte:

"La drasticidad y constante aplicación de las medidas de seguridad, serán factores disuasivos **para que el enemigo desista de sus PROPOSITOS DELICTIVOS CONTRA EL PERSONAL Y LAS INSTALACIONES DEL DAS...**". (C 2, fol. 19).

Como si lo anterior fuera poco, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, Dr. Fernando BRITO RUIZ, en nota calendada el día 12 de noviembre de 1992, dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no desconoce que el segundo semestre de 1989, se caracterizó "...por la ocurrencia de múltiples actos terroristas contra diversos estamentos públicos y privados. **ANTES DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1989, CON FUNDAMENTO EN LAS INFORMACIONES RECIBIDAS Y EN LA RESPECTIVA APRECIACION DE INTELIGENCIA, SE CONTEMPLO LA POSIBILIDAD DE QUE LA SEDE DEL DAS FUERA OBJETO DE UN ATENTADO EXPLOSIVO".** (C 2., fol. 14).

Es verdad que a través de todas las anteriores comunicaciones se habla de que se han impartido "**INSTRUCCIONES PRECISAS**" para reforzar las medidas de seguridad. Es cierto, igualmente, que los funcionarios competentes enviaron "CIRCULARES" para que se tomaran medidas de seguridad del edificio, etc, etc, pero es lo cierto que la tragedia que se venía venir se dio, sin que se hayan podido explicar, en forma satisfactoria, por qué causa, motivo o razón, las medidas de seguridad no dieron resultado. Para el ciudadano común y corriente resulta incomprensible que las órdenes no se obedecieran Sólo así se explica que en el CONFIDENCIAL del 27 de octubre de 1989 se destaque que siguen entrando particulares por todas las entradas sin que sean debidamente revisados. Inusitado que los vehículos que entraban al sótano de la edificación no fueran objeto de

control. La carga de dinamita que ocasionó tantos estragos habría podido ser colocada, según ese testimonio, en la base misma de la edificación.

Afirma el Director del DAS, Dr. Fernando BRITO RUIZ, que por la calle 17A, "....vía sobre la cual fue desplazado el bus-bomba para que partiendo de la carrera 25 accediera a la carrera 27, NO TENIA RESTRICCIONES DE ACCESO, solo de control, en razón a que era usada para el ingreso a varios locales comerciales. Por lo anterior la vigilancia sobre la calle 17A era la misma ordenada para las restantes áreas periféricas del sector Paloquemao" (d 2, fol.15). En este momento del discurso judicial se impone preguntar: Y si no había restricciones de acceso, por qué falló el CONTROL?. Hubo acaso "LAXITUD", "PEREZA", INCONSTANCIA Y RELAJAMIENTO" en la aplicación del mismo?. De estos vicios ya hablaba el Director General de Inteligencia Señor Alberto Romero Otero, en su CONFIDENCIAL de 27 de octubre de 1989. Acaso los estaba vivenciando en el personal bajo su control?.

No deja de ser extraño que no obstante los llamados de atención, para el personal que no controlaba el ingreso de personas ni de vehículos, nada se sabe de SANCIONES para los mismos. Habría sido de interés, para la mejor defensa del centro de imputación jurídica demandado, demostrar que fueron destituidos o sancionados. Lo que se espera de la administración es que actúe. No que se limite a pasar circulares y circulares, cuyos mensajes se quedan en el campo literario, pero no fructifican en soluciones concretas. Resulta realmente vergonzoso que el corazón mismo de la "SEGURIDAD" y de los "SERVICIOS DE INTELIGENCIA" del país haya resultado objetivo fácil de la delincuencia organizada. Esas falencias en la acción dejan pesares en el alma, y comprometen gravemente a la eficiencia, idoneidad y capacidad del personas a su servicio. Si como lo afirma la apoderada del Departamento Administrativo de Seguridad al contestar la demanda, al citado organismo le corresponde ejercer funciones de inteligencia, de policía judicial, y de protección a personajes, parece resultar cierto que, con la experiencia vivida, no se pueden abrigar muchas esperanzas en tales frentes.

B) Para la Corporación resulta claro que el atentado contra las instalaciones del DAS tenía como finalidad socavar las instituciones, lo que explica la selección del objetivo. Así lo puso de presente ante el País el Sr. Presidente de la República, en mensaje televisado desde Tokio, de fecha 6 de diciembre de 1989, publicado en "DISCURSOS 1986-1990. Volumen IV. Política Exterior. Presidencia de la República", que es hecho notorio, en el cual y en lo pertinente, se lee:

> "Estamos y continuaremos en la lucha. LA GUERRA ES CONTRA COLOMBIA ENTERA, contra la democracia. No vamos a permitir que caigamos bajo la tiranía sangrienta de los narcoterroristas...".

Meses antes (agosto 18/89) y con motivo del atentado criminal contra el Dr. Luis Carlos Galán, el primer magistrado de la Nación, Dr. Virgilio Barco se dirigió al País para destacar:

"La violencia afecta a todos. No es una ofensiva contra el Gobierno o contra la justicia. ES UNA GUERRA CONTRA EL PAIS, EL PAIS TODO DEBE RESPONDER..." (Discurso 1986-1990. Volumen 11. Paz. Lucha contra el Narcotráfico y Orden Público. Presidencia de la República).

Ahora bien: Si la realidad expuesta se deja encuadrar dentro de un marco de guerra, de una guerra que el País vive desde hace ya muchos años y que hoy aparece como "CAMINO BLOQUEADO", esto es, SIN SALIDA, para utilizar la conceptualización del jurista y filósofo Dr. NORBERTO BOBBIO, se impone preguntar: la población inocente que la padece y sufre, tendrá que soportar ella sola el daño que la misma le causa?. Para ese hombre del común, que no tiene el control de la guerra, ya que prácticamente no tiene miedo a morir, sino vergüenza de sobrevivir, podrá un estado que se dice Social de Derecho y Solidario y fundado en la dignidad de la persona humana, dejarlo solo, abandonado, sin indemnizarle el daño que el conflicto que él no ha creado le produce?. No lo cree así la Sala. Y para llegar a esta conclusión no necesita buscar apoyo en la ley sino en el derecho, en la equidad, en los principios universales que informan la bella ciencia.

Por todo lo anterior, la Sala reitera la orientación doctrinaria que se reconoce en sentencia de septiembre 23 de 1994. Expediente No. 8577, Actor Justo Vicente Cuervo Londoño. Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual y en lo pertinente, se lee:

"Ahora bien: si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue, UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado. En la Ley 104 de 1993, el legislador dotó al Estado colombiano de instrumentos orientados a asegurar la vigencia del Estado Social de Derecho, y a garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Constitución de 1991. Por ello en su título II, y bajo el rubro "Atención a las víctimas de atentados terroristas", se precisa, en su artículo 18, que son "VICTIMAS" "...aquellas personas que sufren directamente PERJUICIOS por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma

indiscriminada a la población". Luego, en el artículo 19, pone en marcha los PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD SOCIAL y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por DAÑO ESPECIAL, al disponer que las víctimas de actos terroristas "...recibirán asistencia humanitaria, entendiendo por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que HAYAN SIDO MENOSCABADAS POR LA ACCION TERRORISTA...". La filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades. En el caso *sub-exámine* el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de ésta, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es LICITO, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo.

"C) Para darle mayor fuerza de convicción a la sentencia, la Corporación recuerda que en providencia de 5 de julio de 1991, Expediente Nro. 1082, Actor ANIBAL OROZCO CIFUENTES, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, se manejó la misma filosofía jurídica que se dejó descrita en el literal anterior.

"En lo pertinente de la misma, se destaca:

"Del análisis probatorio que atrás hizo la Sala, no cabe duda que el grupo guerrillero M-19 irrumpió injustamente en ataque bélico contra el cuartel de la policía de la población de Herrera departamento del Tolima, el 1 de julio de 1985 desde tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la integridad personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policiva allí localizada, sino además contra múltiples de los ciudadanos allí radicados.

"La Sala entiende, como también entendió el demandante, que el exiguo número de agentes policiales destinados a mantener el orden público y a garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes de aquel alejado rincón del país, obraron dentro del límite de sus capacidades, hasta el punto de que los supérstites bien merecieron distinciones y condecoraciones por su coraje y valentía al tratar de defenderse y defender a los pobladores del lugar, del cobarde ataque irrogado por el comando guerrillero, pero ello no es óbice para que con aplicación de las tesis antes esbozadas la Nación colombiana resulte condenada por responsabilidad administrativa y tenga que indemnizar los daños que aquí se demandan.

"No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la "lesión, al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad. Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano (Aníbal Orozco Cifuentes), que demostró ánimo de colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía en la población de Herrera, tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio.

"La responsabilidad administrativa que se le enrostra a cualquier ente público, solamente se neutraliza mediante la demostración plena que la entidad demandada hiciera para tipificar culpa exclusiva de la víctima, intervención de un tercero o fuerza mayor. Ninguna de estas situaciones se han demostrado en el *sub lite*". (Extractos de Jurisprudencia. Julio, Agosto y Septiembre de 1991. Segunda Parte. Tomo XIII, págs. 25 y 26).

"Como se puede apreciar, el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL se informa, a su vez, en razones de EQUIDAD, criterio auxiliar en la actividad judicial. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental en el concepto de justicia, como lo recuerda John Rawls, en su obra "Justicia como Equidad". Por ello enseña:

"La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en LOS BENEFICIOS y LAS CARGAS. **Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación en las circunstancias antes mencionadas. Las personas embarcadas en una práctica justa, o EQUITATIVA, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones -si es que pare-**

cieran cuestionables- por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte.

"Es esta idea de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el CONCEPTO DE EQUIDAD sea fundamental para la justicia:".

"Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la EQUIDAD, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo aconseja al Juez, cuando le exige: "...determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir" (Obra citada, pág.3). En otras palabras: Cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es".

C) Frente a los sectores de opinión pública que suelen inquietarse por la lluvia de condenas millonarias contra el Estado, por deducción de responsabilidad, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional, debe quedar en claro que si bien ellas pueden ser una vena rota en el presupuesto, su monto no da margen para criticar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues el texto citado de la Carta no fue elaborado por sus integrantes, sino que obedece a la más pura filosofía jurídica universal, y fue fruto del sentimiento discrepante de la Asamblea Nacional Constituyente. Tradicionalmente se ha enseñado que quien causa un daño a otro debe indemnizarlo, y que la reparación del mismo, debe ser total. Para llegar a estas verdades jurídicas no es menester indagar si el país es atrasado o no. Basta, simplemente, responder el interrogante que se formula el Profesor Jean Rivero cuando indaga: QUE PODIA DEMANDARSE DEL SERVICIO?. Y al contestar la pregunta, la respuesta es clara: Un Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos. Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al Juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no lo condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana. En la época en que organismos internacionales tienen competencia para examinar la conducta de la administración, a la luz de la ley y el derecho, será bueno que jueces extranjeros detecten falencias de valoración jurídica, en el contenido de los fallos nacionales por consideraciones que bien se pueden centrar en el miedo, la ignorancia o motivaciones de orden económico-

presupuestal?: Llama la atención que para pagar cincuenta mil o cien millones de pesos anuales, por condenas contra la administración, no alcancen los recursos fiscales. Sin embargo, para atender otros frentes de la vida comunitaria, no ha faltado el dinero necesario. El presupuesto nacional acudió presuroso, en el pasado, a redimir el sector financiero, que mal administrado, bordeó la quiebra. Para buscar la paz, se han invertido grandes sumas de dinero en busca de la readaptación de los guerrilleros, y para mantener el régimen democrático se invierten en elecciones populares, bien frecuentes, de veinte mil a treinta mil millones de pesos. Sin embargo, a qué persona se le ocurre predicar que no haya más elecciones, o que no se inviertan sumas cuantiosas en la búsqueda de la paz.

Ha mucho tiempo que los jueces en la justicia contencioso-administrativa han dejado, con imaginación, buena parte de las tesis jurídicas francesas, con el fin de idear soluciones para una realidad social bien distinta, como la colombiana. Sólo así se ha podido hacer justicia, para que no se predique que tenemos una Colombia en el papel y otra en la realidad, esto es, una Constitución muy moderna, pero unos jueces muy anclados en el pasado, con la filosofía de que el Estado no puede cometer error. La línea de conducta fue trazada ha mucho tiempo por 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 brocardos: QUE ACTUE, pero que obedezca la ley; que ACTUE, pero que PAGUE EL PERJUICIO".

Es verdad que en la materia es necesario ATERRIZAR, pero ese mensaje no puede ser para la justicia contencioso-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. Tampoco debe permitir que sus decisiones sean ambientadas en ningún medio, o por persona alguna, no obstante la prestancia política, jurídica, o académica que ella ostente.

D) LA LEGITIMACION POR ACTIVA quedó bien demostrada. LUIS CARLOS CASTELLANOS y ALBA ROCIO SANCHEZ BONILLA, contrajeron matrimonio el día 13 de febrero de 1988 y de esa unión nacieron CARLOS ENRIQUE (septiembre 1 de 1988) y FELIPE ANDRES (julio 11 de 1990) CASTELLANOS SANCHEZ.

No demostraron estar legitimados ECCEHOMO y NUBIA EVANGELINA CASTELLANOS RUIZ (sedicentes hermanos). Y se predica lo anterior, porque el tribunal de instancia, en auto calendado el día dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993) (C 1, fol. 138), ordenó que se acreditara el matrimonio de LUIS CARLOS CASTELLANOS con ISABEL RUIZ, habiendo respondido el mandatario judicial de los demandantes que no existe tal registro, pues tales personas no se casaron. Aunque el citado apoderado acompañó luego los registros de nacimiento de los citados demandantes, es lo cierto que en el Acta de nacimiento de LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ no aparece el padre reconociéndolo, motivo por el cual no puede tenerse al lesionado como hermano de Eccehomo y de Nubia Evangelina Castellanos. Finalmente, no hay prueba, con fuerza de convicción, que permita tenerlos como terceros afectados con la tragedia.

Por todo lo anterior se revocará la condena que el tribunal de instancia hizo en favor de los sedicentes hermanos.

E) De acuerdo con la valoración de las secuelas producidas por el accidente, en la persona de LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, hecha por el Jefe de la División de Salud Ocupacional del Ministerio del Trabajo, se tiene que el citado demandante registra las siguientes novedades de salud:

"1. Cicatrices que producen leve desfiguración facial: 5%, numeral 49.

"2. Parálisis del mediano miembro principal: 34%, numeral 115.

"3. Parálisis del ciático poplíteo interno o externo: 25%, numeral 346.

"Esto según el artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 776 de 1.987, art. 1o. "Valuación de incapacidades permanentes de accidente de trabajo", lo que suma un total de 65% de pérdida de la capacidad laboral, que llevado a la tabla de indemnización corresponde a 14 meses del sueldo que devengaba en el momento del accidente". (C 2, fol.201).

A la luz de la realidad anterior la Sala confirmará la condena que por perjuicios morales hizo el tribunal, pero la elevará por razones de justicia. Una incapacidad permanente del 65% amerita que los perjuicios por tal concepto se eleven a SEISCIENTOS CINCUENTA (650) gramos de oro fino para el señor LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, a TRESCIENTOS CINCUENTA (350) gramos de oro para la esposa ALBA ROCIO SANCHEZ BONILLA y a DOSCIENTOS CINCUENTA (250) gramos, del mismo metal, para cada uno de los hijos CARLOS ENRIQUE Y FELIPE ANDRES CASTELLANOS SANCHEZ.

Se revoca la condena por PERJUICIOS MORALES en favor de los sedicentes hermanos ECCEHOMO Y NUBIA CASTELLANOS RUIZ, por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

Se confirma la condena que por PERJUICIOS MATERIALES hizo el *a-quo* en favor del demandante Señor LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, pero se modificará en el sentido de no descontar la indemnización que por UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS PESOS ($1.429.400.oo) recibió el lesionado de la Caja Nacional de Previsión. Y no se acepta el descuento, porque la Sala ha venido reiterando la pauta jurisprudencial que se recoge en el alegato presentado por el apoderado de los demandantes, en el sentido de que, en casos como el presente, el agente o sus damnificados tienen derecho a la indemnización total y no solo a la especial "*a fortait*" o predeterminada por las leyes laborales, pues ellas tienen causas distintas, y, por lo mismo, universo económico también diferente. (Ver sentencias de septiembre de 1991, Expediente 6253, Actor Mélida Inés Domínguez de Medina y de 18 de octubre de 1991, expediente 6709, actor ALIX MARIA PEDROZA ROBLES).

El *ad-quem*, al observar que el apoderado de la parte limitó su reparo a la condena en este solo aspecto, mantendrá el resultado que arrojó la liquidación del Lucro Cesante efectuada por el *a-quo*, más la suma descontada, es decir, la cantidad de UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATRO CIENTOS PESOS ($1.429.400.oo), para un total de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($38'199.535.47), por concepto de PERJUICIOS MATERIALES. Siguiendo las orientaciones jurisprudenciales de la Corporación, la condena será actualizada teniendo en cuenta el IPC de enero de 1994 (335.08) y enero de 1995 (405.60), con el siguiente resultado:

$$38'199.535.47 \quad \frac{405.60}{335.08} = \$46'238.902.91$$

Total indemnización por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES DOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($46.238.902.91).

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.), cuarto (4o.), quinto (5o.) y sexto (6o.) de la sentencia calendada el día veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro.

Segundo: REVOCANSE los numerales segundo (2o.) y tercero (3o.) del mismo fallo, los cuales quedarán así:

2o.- Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE a la NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS" a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES las cantidades de oro que a continuación se indica, y a las personas que se relacionan, así:

A LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ (lesionado), seiscientos cincuenta (650) gramos de oro fino.

A ALBA ROCIO SANCHEZ BONILLA (cónyuge), trescientos cincuenta (350) gramos de oro fino.

A CARLOS ENRIQUE y FELIPE ANDRES CASTELLANOS SANCHEZ (hijos), doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino para cada uno.

El pago se deberá hacer teniendo en cuenta el precio nacional del oro en el momento de quedar ejecutoriada la sentencia, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

3o.- CONDENASE a LA NACION- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD "DAS", a pagar al señor LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($46.238.902.91).

Tercero: Expídanse las copias de la sentencia, con destino a los interesados, por conducto del apoderado que los ha representado en el presente proceso, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Envíese una copia de la sentencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para lo de su cargo.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de septiembre de 1991, Exp. 6253 Actor: Mélida Inés Domínguez de Medina cuya doctrina fue acogida por la Sala Plena en la sentencia del 7 de febrero de 1995, Ponente: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Rad. S-247; también reiteración de las sentencias del 18 de octubre de 1991, Exp. 6709, Actor: Alix María Pedroza Robles, y del 23 de septiembre de 1994, Exp. 8577 Actor: Justo Vicente Cuervo Londoño, Ponente; Dr. Julio César Uribe Acosta.

LICENCIA DE EXPLOTACION MINERA. PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE. PARTICIPACION CIUDADANA. ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR. ACCION DE NULIDAD ESPECIAL - Trámite. **INTERES GENERAL**

La Ley 99 antes citada al regular los modos y procedimientos de participación ciudadana, creó fuera de la acción de cumplimiento (arts. 77 y ss), una especial de nulidad contra esos actos administrativos de contenido particular, mediante los cuales "se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente", tal como lo da a entender al art. 73 del mismo estatuto. Así como cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, tendrá derecho a intervenir en las actuaciones administrativas tendientes a la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividad que afecten o puedan afectar al medio ambiente, según las voces de su artículo 69, asimismo las citadas personas podrán en cualquier tiempo, en salvaguarda del interés general que todos tienen en la protección de dicho ambiente, instaurar la aludida acción con los alcances previstos en el artículo 84 del C.C.A., norma que regula el contencioso de simple legalidad. Esta acción contemplada en la Ley 99 no amerita tratamiento especial o aparte porque se acomoda a la acción regulada en el artículo 84 del C.C.A. Se observa, sí, que su carácter especial radica en el hecho de proceder contra actos de carácter particular o concreto, de ordinario sólo impugnables por la vía prevista en el artículo 85 del mismo código y por personas legitimadas.

EXPLOTACION DE MINAS. PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE. SUSPENSION PROVISIONAL. DEMANDA - Requisitos. **PRUEBA DE AFECTACION DEL MEDIO AMBIENTE**

Aunque en el contencioso de simple nulidad para el decreto de suspensión provisional sólo se requiere que el acto administrativo impugnado infrinja

en forma manifiesta alguna de las disposiciones invocadas como fundamento de la petición, en eventos como el aquí tratado se requiere que con la demanda se acompañe prueba (se entiende sin controvertir) de que la actividad que se cumple o pueda cumplirse con apoyo en el acto impugnado afecte o pueda afectar el medio ambiente. Aunque la ley así no lo dispone, esa exigencia está implícita y se entiende por la especial protección que en la ley tiene la actividad minera, la cual, en el mismo Código de Minas (art. 7o.) está declarada como de actividad pública o de interés social, "en sus ramas de protección, exploración, explotación, beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Santa Fe de Bogotá D.C., febrero diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia Expediente No. 10015-MINAS. Actor: Claudia Vásquez Marazzani. Demanda: Ministerio de Minas y Energía

Para resolver sobre la admisibilidad de la demanda de simple nulidad formulada por la Dra Claudia Vásquez M. contra las resoluciones Nos. 5-2703 y 5-2977, en su orden de 2 de junio y 8 de julio de mil novecientos noventa y tres expedida por el Ministerio de Minas, se considera:

Disponen los actos impugnados:

"a) Resolución No. 5-2703:

"----------

"ARTICULO PRIMERO.- Rechazar el recurso de reposición interpuesto por el Dr. Enrique Llano Ferro, contra la resolución No. 5-0634 del 24 de febrero de 1993, por la razón anotada en parte motiva de este pronunciamiento.

"ARTICULO SEGUNDO- No acceder a las peticiones que personalmente o a través de sus apoderados formuló la Dra. Margarita Ricaurte de Bejarano, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

"ARTICULO TERCERO.- El derecho emanado de la Alcaldía de Tabio, para realizar la extracción de Material Aluvial, a la Sociedad Ladrillera e In-

versiones Sila Ltda, se extinguió *ipso jure* a favor de la Nación, por lo señalado en esta parte motiva de esta resolución.

"ARTICULO CUARTO".- Otorgar a la Sociedad Ladrillera e Inversiones Sila Ltda, la licencia No. 15175, para exploración técnica de un yacimiento de Mineral de Arcillas, localizado en jurisdicción del Municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca, cuya área es la comprendida dentro de los linderos, puntos arcifinio y coordenadas señaladas por la Sección de Estudios de Ingeniería en su concepto del 15 de abril de 1993, folio 101 del expediente, con una extensión superficiaria de 54 hectáreas.

Parágrafo: La titular deberá restringir sus actividades mineras de acuerdo con el artículo 10 del Código de Minas, literales b) y d), carreteras varias, construcciones y viviendas urbanas, así mismo, tomar todas las medidas necesarias para la conservación y restauración del paisaje según Decreto 1677 de 1990.

"ARTICULO QUINTO".- La duración de la presente licencia es de un (1) año, contado a partir de la fecha de su registro.

"ARTICULO SEXTO".- Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la División de Ingeniería y Proyectos, para inscripción del título en el Registro Minero.

"ARTICULO SEPTIMO".- Cumplido lo anterior, envíese el expediente a la División de Fiscalización de Minas, para el estudio del informe final de exploración y programas de trabajos e inversiones P.T.I.

"ARTICULO OCTAVO".- Al vencerse el término de duración del período de exploración o de su prórroga, la beneficiaria deberá presentar el informe Final de Exploración, el Programa de Trabajos e Inversiones, la delimitación de la zona escogida para adelantar las obras y trabajos de explotación y la declaración de impacto ambiental como lo señala los artículo 35 y siguientes y 250 del Código de Minas."

"----------

"b) Resolución número 5 - 2977:

"..........

"ARTICULO PRIMERO" - Confirmar los artículos 4o.,5o.,6o., 7o. y 8o., de la Resolución 5-2703 del 2 de julio de 1993 por las razones señaladas en la

parte motiva de este pronunciamiento. En consecuencia dése cumplimiento a lo dispuesto en ella.

"ARTICULO SEGUNDO".- Contra esta Resolución no procede recurso alguno. En consecuencia queda agotada la vía gubernativa."

Se destaca que la impugnación se concreta precisamente a los arts. 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. de la resolución transcrita en primer término.

Basa su demanda la accionante, en su simple interés de legalidad y se apoya en el artículo 73 de la Ley 99 de 1993.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

La demanda será admitida. Para el efecto nada significa que ya se hubiera intentado impugnación contra los mismos actos, porque el expediente radicado con el No. 9098 (ponente:Dr. Germán Cavelier G.), se ejerció equivocadamente una acción de nulidad y restablecimiento por quien en ese entonces no estaba ligitimado en la causa para ese tipo de acción y ni siquiera se admitió la demanda.

Pero ahora las cosas variaron, ya que cabe anotar que la Ley 99 antes citada al regular los modos y procedimientos de participación ciudadana, creó fuera de la acción de cumplimiento (arts. 77 y ss) una especial de nulidad contra esos actos administrativos de contenido particular, mediante los cuales "se expide, modifica, o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente", tal como lo da entender el artículo 73 del mismo estatuto.

Y así como cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, tendrá derecho a intervenir en las actuaciones administrativas tendientes a la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar al medio ambiente, según las voces de su artículo 69, asimismo las citadas personas podrán en cualquier tiempo, en salvaguarda del interés general que todos tienen en la protección de dicho ambiente, instaurar la aludida acción de los alcances previstos en el artículo 84 del C.C.A., norma que regula el contencioso de simple legalidad.

Esta acción contemplada en la Ley 99 no amerita tratamiento especial o aparte porque se acomoda a la acción regulada en el artículo 84 del C.C.A.. Se observa, sí, que su carácter especial radica en el hecho de proceder contra actos de carácter particular o concreto, de ordinario sólo impugnables por la vía prevista en el artículo 85 del mismo código y por personas legitimadas.

Lo procedente da a entender que se admitirá la demanda, en la forma propuesta.

En relación con la suspensión provisional solicitada, se anota:

Aunque en el contencioso de simple nulidad para el decreto de suspensión provisional solo se requiere que el acto administrativo impugnado infrinja en forma manifiesta alguna de las disposiciones invocadas como fundamento de la petición, en eventos como el aquí tratado se requiere que con la demanda se acompañe prueba (se entiende sin controvertir) de que la actividad que se cumple o pueda cumplirse con apoyo en el acto impugnado afecte o pueda afectar el medio ambiente.

Aunque la ley así no lo dispone, esa exigencia está implícita y se entiende por la especial protección que en la ley tiene la actividad minera, la cual, en el mismo Código de Minas (art. 7o.), está declarada como de utilidad pública o de interés social, *"en sus ramas de protección, exploración, explotación, beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización"*.

Por lo demás, las violaciones alegadas como ostensibles requieren la comprobación, mediante pruebas de ciertos supuestos de hechos que no podrán darse por establecidos sino en el fallo definitivo. La razón de este aserto está en el enunciado mismo de los hechos. Hechos que para su adecuada demostración requerirán un debate probatorio amplio con las partes involucradas en el litigio, puesto que fuera del interés general del medio ambiente, esos hechos muestran intereses también generales involucrados con otros particulares y concretos que también requieren protección y defensa.

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

RESUELVE:

Admítase la demanda de simple nulidad propuesta por la Dra. Claudia Vásquez Marazzani contra las resoluciones 5-2703 y 5-2977 de 1993.

Notifíquese personalmente esta providencia al Ministerio Público, al Ministerio de Minas y Energía y a la Sociedad Ladrillera e Inversiones Sila Ltda.

Deniégese la suspensión provisional pretendida en la demanda.

Fíjese en lista para los efectos de ley, por cinco (5) días.

Pídanse al Ministerio de Minas, los antecedentes administrativos de los actos impugnados.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en los Anales. Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 9 de Febrero de 1995.

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

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

TRASPASO DE RENTA DEPARTAMENTAL - Improcedencia. **IMPUESTO DE REGISTRO Y ANOTACION** - Recaudo. **IMPUESTO PREDIAL** - Beneficiario

Los municipios nunca cobraron para sí, de modo general, el recargo del 10% sobre los impuestos predial y de registro y anotación; en sus inicios y hasta 1968, fue íntegramente de carácter nacional; a partir de ese año, se traspasó a favor de los departamentos, intendencias y comisarías el porcentaje sobre el impuesto de registro y anotación, quedando en favor de la nación el 10% sobre el impuesto predial, solamente en 1984 la ley cede este porcentaje aunque únicamente en favor de los municipios cuya población fuese inferior a los 100.000 habitantes. De modo que es, por lo menos impropio señalar que "los municipios podrán *continuar* cobrando..." este gravámen, hecho que no ocurrió antes. Si el significado de la disposición legal es el traspaso general del gravámen en favor de los municipios sería notoriamente inconstitucional frente al artículo 183 de la Constitución Política anterior y al 362 actual. La Ley 9a. de 1989 art. 118 no podía, sin infringir la Carta, traspasar en favor de los municipios una renta tributaria de propiedad de los departamentos. La disposición legal comentada, *en cuanto atañe al gravámen del 10 % sobre el impuesto de registro y anotación* deviene inaplicable, atendiendo al mandato del artículo 4o. de la Constitución Política vigente. Con esta óptica la situación de los departamentos y de los municipios no ha variado: los departamentos continúan siendo propietarios del recargo sobre el impuesto de registro y anotación y los municipios del correspondiente al impuesto predial. Por consiguiente y atendidas las consideraciones precedentes, la Ley 44 de 1990, al determinar en el artículo 1o. el "impuesto predial unificado: solo incluyó los componentes a los cuales tenían derecho los municipios, es decir, en cuanto aquí interesa, el recargo del 10% sobre el impuesto predial.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero 24 de 1995.

Referencia Expediente 8712. Actor: Catastro Municipal de Cali. Demandado: Departamento del Valle del Cauca.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 26 de enero de 1993, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1.- El 2 de octubre de 1991, por medio de apoderado judicial constituido conforme a la Ley, el establecimiento público CATASTRO MUNICIPAL DE CALI, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda en contra del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, esgrimiendo estas pretensiones:

"1.- Se condene el Departamento del Valle a reintegrar las sumas liquidadas por el concepto de la sobretasa del impuesto de anotación y registro de que trata el art. 10 de la Ley 128/51 por las vigencias fiscales de 1989, 1990 y 1991.

"2.) Se ordene que las sumas liquidadas deberán ser reintegradas con intereses según lo certificado por la Superintendencia Bancaria a partir de su recaudo efectivo hasta que se produzca el pago efectivo.

"3.- Igualmente que se dé cumplimiento al art. 177 del C.C.A.

"SUBSIDIARIA

"1.) Se condene al Depto del Valle a reintegrar las sumas liquidadas por concepto de la sobretasa del impuesto de anotación y registro de que trata el art. 10 de la Ley 128/41 por las vigencias fiscales de 1990 y 1991.

"2.) Se dé aplicación a los puntos 2 y 3 de las peticiones principales". (Fl. 18).

2.- En apoyo de lo pedido, la entidad pública demandante, invocó los hechos siguientes:

"1.) La Ley 28/41 (sic) en su art. 10 estableció un gravámen o sobretasa del 10% que los particulares deben pagar por concepto del impuesto predial y del impuesto de anotación y registro. La norma dispuso:

"Con el objetivo de atender los gastos que demande el funcionamiento de las oficinas seccionales y el levantamiento catastral y de la Carta Militar, Catastral y Agrícola, **establece un gravámen equivalente al 10 x 100** de lo que los particulares deben pagar por concepto de impuesto predial y **del impuesto de anotación y registro.** Dicho gravámen será cobrado por los funcionarios municipales y departamentales al tiempo con el impuesto predial y con el de registro y anotación, y su producto será consignado inmediatamente en las respectivas Administraciones o recaudaciones de Hacienda Nacional con destino exclusivo a los gastos a que se refiere este artículo". (Subrayado mío).

"2.) El Decreto Legislativo 1611/60, autorizó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, para delegar en el municipio de Cali el manejo del catastro.

"3.) El art. 6 del Acuerdo No. 5/69 de la Junta Directiva Instituto Geográfico Agustín Codazzi, aprobado por el Decreto 1167/69, autorizó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para delegar en otras entidades descentralizadas el cumplimiento de algunas de sus funciones.

"4.) El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por medio del Acuerdo No. 42/80 concedió al municipio de Cali autonomía para organizar administrativa y operativamente la Oficina de Catastro Municipal y para tal fin delegar en esta última el manejo de la formación, conservación y actualización de Catastro Jurídico Fiscal.

"5.) Como consecuencia el Concejo Municipal de Cali expidió el Acuerdo No. 6/81, por medio del cual creó el establecimiento Público Catastro Municipal de Cali.

"6.) La Ley 9/89 (reforma urbana), en el art. 118 aclaró la Ley 128/41, en el sentido de que los municipios podrán continuar cobrando el gravámen del 10% sobre el impuesto de anotación y registro.

"Se aclara la Ley 128 de 1941 en el sentido de que los municipios podrán continuar cobrando un gravámen equivalente al 10 x 100 de lo que los contribuyentes deben pagar por concepto del impuesto predial y de impuestos de registro y anotación".

"7.) La Ley 44 de diciembre 18/90 estableció el denominado IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO y expresó que a partir de 1991 se funcionan (sic) se fusionan en el Impuesto Predial Unificado varios gravámenes entre ellos la sobretasa del levantamiento catastral a que se refieren las Leyes 128/41, 50/84 y 9/89.

"A partir del año de 1990, fusiónase en un solo impuesto denominado "Impuesto Predial Unificado", los siguientes gravámenes:

a.)...

d.) **La sobretasa de levantamiento catastral a que se refieren las Leyes 128/41, 50/84 y 9/89".** (Subrayado mio).

"8.) En el art. 2 de la mencionada ley se establece que el Impuesto Predial Unificado es un impuesto de orden municipal.

"9.) El Depto del Valle del Cauca, viene liquidando desde hace varios años la sobretasa del 10% **sobre el Impuesto de Anotación y Registro** pero ni la transfiere a la Oficina de Catastro Municipal de Cali para que cumpla con los objetivos de la Ley 128/41.

"10.) La Ordenanza 009 de nov. 26/90 sobre "PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS" PARA 1991 en su art. 41 autorizó al Gobernador del Depto para que efectúe las transferencias de que trata el art. 10 de la Ley 128/91.

"Se autoriza al Sr. Gobernador del departamento para que se efectúe las transferencias de que trata el Artículo 10 de la Ley 128 de 1941 en concordancia con el Artículo 118 de la Ley 9 de 1989 que establece un gravámen equivalente al 10% que los particulares deben de pagar por el concepto de impuesto de Anotación y registro.

"El Departamento transferirá a los municipios mensualmente el recurso autorizado por la Ley".

"11.) No se trata de que el Depto transfiera a la Oficina de Catastro el impuesto de ANOTACION Y REGISTRO conocido como boleta fiscal, que es una Renta Deptal creadas por la Ley 52/20. Tampoco se trata de los aumentos a tales impuestos destinados a programas de salud de conformidad con lo expresado en la Ley 24/63; art. 1 de la Ley 14/82, que expresan que los aumentos de los impuestos de anotación y registro se destinan exclusivamente a los programas de asistencia social desarrollados por los servicios seccional gratuito.

"Se trata de que el Depto cumpla con lo expresado en la Ley 128/41 en su art. 10, transferir el 10% sobre el impuesto anotación y registro.

"12.) El Depto Administrativo de Catastro Distrital en oficio de 21 de agosto/90 y dirigido a la Oficina de Catastro Cali expresa que para el caso del Distrito está vigente la sobretasa del 10% del impuesto predial (folio 2 literal a).

"13.) El Instituto Agustín Codazzi en oficio No. 7474 de julio 18/90, dirigido a la Oficina de Catastro de Cali expresa la vigencia del art. 10 y 13 de la Ley 128/41.

"14.) El oficio No. 123 de agosto 1/90 del Jefe del Predial y Complementarios del municipio de Manizales expresa la vigencia de la sobretasa al impuesto de Anotación y Registro de que trata la Ley 128/41.

"15.) El Depto del Valle, **de hecho** se ha apropiado ilegalmente de las sumas correspondientes al 10% sobre el impuesto de anotación y registro de que trata la Ley 128/41" (Fl. 13, 17).

3.- El Departamento del Valle del Cauca constituyó apoderado especial y contestó la demanda (fls. 32-34); aceptó que no transfiere a la Oficina de Catastro Municipal de Cali la sobretasa del 10% sobre el impuesto de anotación y registro, por ser una renta de su propiedad exclusiva...", con fundamento en el artículo 29 de la Ley 44 de 1990 que preceptúa:

"El Impuesto de Registro y Anotación cedido a las entidades Departamentales adquirirá el carácter de renta de su propiedad exclusiva en la medida en que las Asambleas, Consejos Intendenciales y Comisariales y el Concejo del Distrito Especial de Bogotá lo adopten dentro de los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas leyes.

"Parágrafo: Las Asambleas, Consejos Intendenciales y Comisariales y el Concejo Distrital de Bogotá podrán otorgar exenciones totales o parciales del impuesto del registro y Anotación para la vivienda de interés social".

"En virtud de lo anterior, el decreto Ordenanzal No. 0239 de febrero 14 de 1991 " Estatuto Fiscal del Valle" lo adoptó en su artículo 92 que consagra: "El gravámen o recargo nacional del 10% sobre el impuesto de Registro y Anotación, de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, cedido a las entidades Departamentales, es de propiedad exclusiva del departamento del Valle del Cauca". (Fl 33).

4.- En la oportunidad de los alegatos de conclusión ejercitó su derecho, inicialmente, el Procurador 19 en lo judicial para asuntos administrativos, quien empieza por distinguir que "... la sobretasa de levantamiento Catastral a que se refiere

el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, está determinada por dos rubros como son la sobretasa al impuesto predial y la sobretasa al impuesto de anotación y registro". (Fl. 70).

Señala, luego, que "... la sobretasa de anotación y registro fue cedida a los Departamentos por medio de la Ley 33 de 1968, en su artículo 1o. y ha continuado así, pues lo reitera el artículo 166 del decreto Ley 1222 de 1986 y el artículo 29 de la Ley 44 de 1990.

"Por lo anterior tenemos que lo que hace parte del IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO y que corresponde a los Municipios es la sobretasa del 10% del impuesto predial de que habla el artículo 10 de la Ley 128 de 1941 y esa sobretasa es la que corresponde a los municipios en su integridad.

"Y se dice lo anterior, porque mal podría una ley ceder una sobretasa de un impuesto por igual a los Departamentos y a los Municipios, pues sería abiertamente contradictorio, y eso sería lo que se desprendería de la Ley 44 de 1990, ya que en su artículo establece que factores hacen parte del impuesto predial unificado y entre ellos está la sobretasa de levantamiento catastral de que habla la Ley 128 de 1941, y en su artículo 29 habla del impuesto de anotación y registro cedido a los departamentos". (Fl. 71).

Con este fundamento solicita se denieguen las peticiones de la demanda.

El apoderado judicial del demandante contradice la tesis del Procurador, pues, según él "...confunde el impuesto de anotación y registro que es de carácter departamental con la **sobretasa del 10% sobre el impuesto de anotación y registro.**

"Se trata de 2 impuestos claramente definidos por la ley el de anotación y registro y la sobretasa", expresa que se debe cotejar el decreto extraordinario No. 1222 de 1986 con el artículo 118 de la Ley 9a. de 1989 (el señala la Ley 6a.), cotejo normativo que le permite concluir:

"1.-) Un aspecto claro es el impuesto de anotación y registro que es renta departamental.

"2.-) El art. 166 del Decreto Extraordinario 1222/86 fue derogado por la Ley 9/89 en su art. 118.

"La Ley 44 de Diciembre 10/90, sus artículos 1 y 2 ratificaron que la **sobretasa del 10% AL IMPUESTO DE ANOTACION Y REGISTRO ES DE CARACTER MUNICIPAL. (FL. 77).**

La apoderada judicial del departamento del Valle insiste en su petición tendiente a que se desestimen las pretensiones de la demanda.

5.- El Tribunal *a-quo* hace un repaso general, y en orden cronológico, de las normas jurídicas que han regulado la materia en cuestión para concluir que:

"Frente a la cesión consagrada en la Ley 33 de 1968 y el artículo 29 de la Ley 44 de 1990 que dispuso que el impuesto de registro y anotación cedido a las entidades departamentales adquirirá el carácter de renta de su propiedad exclusiva en la medida en que las Asambleas lo adopten dentro de los mismos términos y condiciones establecidas en las respectivas leyes.

No obstante la claridad normativa respecto de la propiedad de los Departamentos sobre las rentas producidas por el cobro del recargo del 10% sobre el impuesto de Anotación y Registro, no puede desconocer, sin embargo la Sala que mediante la Ordenanza 009 del 26 de noviembre de 1990, la Asamblea Departamental dispuso inexplicablemente en su artículo 41 lo siguiente:

"Se autoriza al señor Gobernador del departamento para que efectúe las transferencias de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941 en concordancia con el artículo 118 de la Ley 9a. de 1989 que establece un gravámen equivalente al 10% que los particulares deben de pagar por el concepto de impuestos de anotación y registro.

"El Departamento transferirá a los municipios mensualmente el recargo autorizado por la Ley".

"De lo transcrito aparentemente el Departamento pareciera también que estuviera transfiriendo el gravámen del 10% sobre el impuesto de anotación y registro de su propiedad exclusiva en virtud de la Ley 33 de 1968 al patrimonio de los municipios. Empero, considera la Sala que si de acuerdo con lo previsto en la Constitución Nacional vigente para 1990 no podía el legislador ordinario ni el extraordinario disponer destinación diferente a las rentas cedidas legalmente, menos lo podían hacer las mismas entidades territoriales beneficiarias de la cesión. Además porque no estaban facultadas ni constitucional ni legalmente para ello.

"Por ello, pese a la desafortunada redacción del artículo 41 de la Ordenanza número 009 de 1990, la sobretasa del 10% sobre el impuesto de anotación y registro continuaba a la fecha de su expedición siendo de propiedad exclusiva de los Departamentos incluido el Departamento del Valle, situación que hacía virtualmente inaplicable el precepto en cita.

"La ordenanza número 029 de 1991 dispuso en su artículo primero lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 44 de 1990, adóptase como renta departamental el impuesto de anotación y registro cedido a las entidades departamentales".

"Mediante el Decreto Ordenanzal 0239 del 14 de febrero se 1991 se dispuso en sus artículos 91 y 92 lo siguiente:

"ARTICULO 91.- CONCEPTO. La renta de registro y anotación la constituyen los impuestos por el registro e inscripción de actos civiles, judiciales, administrativos y comerciales en las oficinas de registro de los instrumentos públicos, Cámara de Comercio y demás que señale la ley, cedidos al Departamento".

"ARTICULO 92.- ORIGEN DE LA RENTA. El gravámen o recargo nacional del 10% sobre el impuesto de registro y anotación, de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, cedido a las entidades Departamentales, es de propiedad exclusiva del Departamento del Valle del Cauca".

"En el precepto último transcrito simplemente se hace reiteración de lo ya consagrado en la Ley 33 de 1968 y el Decreto Ley 22 de 1986. Pero no se está incorporando a las rentas departamentales el gravámen del 10% sobre el impuesto de anotación y registro pues ya era de su propiedad exclusiva desde el 1o. de enero de 1969, y su reincorporación normativa al Código Fiscal de los Departamentos de acuerdo con la misma ley de cesión era innecesaria". (Fl. 90,92).

6o.- Inconforme el demandante recurrió el fallo, en apelación, fundado en estos argumentos:

"....el Tribunal incurre en imprecisiones de tipo jurídico en la forma como se redactó el fallo pues se confunde el impuesto de Anotación y Registro que es de carácter Departamental y que sobre este tema no hay ninguna discusión (llamado comúnmente boleta fiscal) con el recargo al impuesto anteriormente que es del 10% creado por la Ley 128/41 (sobretasa).

"Hay una secuencia de leyes que deben ser interpretadas en su conjunto así:

"1.) La Ley 28/41 en su art. 10 estableció la sobretasa del 10% sobre el valor por concepto del impuesto predial y del impuesto de Anotación y Registro.

"Debe tenerse en cuenta que desde mucho antes de la expedición de la Ley 9/89 se estaba desarrollando en el país la descentralización administrativa en varios campos entre ellas la catastral y por lo tanto para el caso de Cali el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por medio del acuerdo 42/80 le concedió autonomía para organizar administrativa y operativamente el Catastro y para tal fin le delegó la formación, conservación y actualización del Catastro y como consecuencia de ello se creó el Establecimiento Catastro Municipal de Cali. (Acuerdo 6/81).

"Se expide posteriormente la Ley 44/90 conocido como IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO y en el literal unificó varios gravámenes entre ellos la sobretasa del levantamiento Catastral a que se refiere las Leyes 128/41, 50/84, 9/89.

"Significa lo expuesto que la sobretasa dejó de ser un impuesto departamental y se convirtió en un impuesto municipal tal como lo expresa el art. 2 de la mencionada ley.

"Dentro del Régimen de Descentralización administrativa el convertir un impuesto departamental a impuesto municipal mediante la figura del impuesto predial unificado tiene una lógica jurídica y es que son los municipios quienes deben adelantar el levantamiento catastral, su conservación y actualización en aquellos en los cuales tienen delegación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

"Este principio de la descentralización tiene su punto de apoyo en el art. 1 de la Nueva Constitución Nacional que establece la descentralización con autonomía de sus entes territoriales y el art. 311 que establece:

"El municipio como entidad fundamental de la División Político-Administrativo del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determinen la Ley....".

"Como conclusión se anota que no tendrá sentido que el Departamento se beneficie de los ingresos de la sobretasa cuando al Municipio de Cali le corresponde toda la labor de formación, conservación y actualización catastral y sin recibir el apoyo económico del Departamento.

"Con todo respeto solicito al Consejo de Estado revoque la sentencia apelada y en su lugar acceda a las súplicas de la demanda". (Fls. 101 a 104).

En la segunda instancia solamente alegó el departamento del Valle del Cauca para pedir la confirmación del fallo recurrido.

LA SALA CONSIDERA

Con el propósito de obtener claridad respecto del asunto planteado, es conveniente dilucidar las cuestiones siguientes:

a.- Por la Ley 65 de 1939, se atribuye al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la dirección técnica y el control del catastro en toda la República (art. 1o.), cuyo funcionamiento dependía de oficinas situadas en las capitales de los departamentos, de las intendencias y comisarías, **costeadas "por la respectiva sección" (art. 4o.).**

b.- La Ley 128 de 1941 dejó a cargo del tesoro nacional **"la organización y funcionamiento de las oficinas seccionales de catastro, de que habla el artículo 4o. de la Ley 65 de 1939"** (artículo 9o.).

c.- La misma Ley, el artículo 10o. señaló:

> "Con el objeto de poder atender a los gastos que demanda el funcionamiento de las oficinas seccionales y el levantamiento catastral y de la Carta Militar, Catastral y Agrícola establecerse un gravámen equivalente al 10 por 100 de lo que los particulares deban pagar por concepto de impuesto predial y de impuesto de registro y anotación. Dicho gravámen será cobrado por los funcionarios municipales y departamentales al tiempo con el impuesto predial y con el de registro y anotación, y su producto será consignado inmediatamente en las respectivas administraciones o Recaudaciones de Hacienda Nacional con destino exclusivo a los gastos a que se refiere este artículo".

d.- Se deducen de la disposición legal transcrita, estas conclusiones:

- Que los costos de las oficinas seccionales de catastro, hasta entonces a cargo de los departamentos, intendencias y comisarías, pasaban a ser sufragados en adelante por el Tesoro Nacional.

- Con tal fin la ley creó un gravámen equivalente al 10% "de lo que los particulares deban pagar por concepto de impuesto predial y de impuesto de registro y anotación".

- La base imponible estaba constituída, pues, por la cuantía de los impuestos: el predial y el de registro y anotación, sin que tal **circunstancia afectase la independencia del nuevo gravámen.**

- Efectuado el cobro, su producido se debía consignar de inmediato en las recaudaciones de hacienda y en las administraciones de impuestos, según el caso:

c.- El denominado impuesto de registro y anotación nace con la Ley 39 de 1980 como "derecho de registro", **en favor de la nación**; aparte de las modificaciones posteriores introducidas por la Ley, sobre todo en lo referente a la cuantía del impuesto, se debe destacar la Ley VIII de 1909, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, que dispuso cómo hacia el futuro, este impuesto -junto con los de licores nacionales y degüello de ganado mayor-, constituiría renta departamental.

Se trata pues de un impuesto nacional en sus orígenes y departamental de 1909 en adelante; de modo que, para 1941, año de expedición de la Ley 128, no cabe duda del carácter seccional que reviste la imposición.

La Sala hace este recordatorio, no porque considere que existe confusión entre el impuesto de registro y anotación que se comenta en este literal y el del 10%, liquidable sobre su monto, establecido por la Ley 128 de 1941, sino porque contribuye a dar claridad al asunto controvertido.

f.- El impuesto predial, en cambio, y según lo expresa la sección 4a. de esta Corporación, en fallo del 24 de febrero de 1994, con ponencia del Consejero Jaime Abella Zárate, "...fue establecido por la Ley 48 de 1887 que **autorizó a los departamentos para crearlo y recaudarlo,** destinando un porcentaje (sic) del 2‰ en favor de los municipios...".

"La Ley 20 de 1908 estableció **como renta propia del departamento** el recaudo de dicho impuesto **sin perjuicio del porcentaje correspondiente al municipio,** situación que perduró en la Ley 4a. de 1913 artículo 97, y la Ley 34 de 1920 cuyo artículo 1o. estableció el dos por mil (2‰.). **Fue mediante el decreto legislativo 2185 de 1951 que se le asignó al impuesto un carácter municipal,** previniendo que los alcaldes municipales quedarían facultados para recaudarlo y disponer de su producido en el mismo municipio" (Expediente 5001, actor: Fondo Aeronáutico Nacional. Las subrayas no son del fallo) actor: Fondo Aeronáutico Nacional. Las subrayas no son del fallo).

Significa lo anterior que, para 1941, cuando se crea la sobretasa del 10% sobre el impuesto predial, este impuesto (el predial) es de carácter departamental, si bien -por previsión legal-, de su producido participaban también los municipios.

"De allí que no sea extraño que el artículo 11 de la Ley 128 de 1941 dispusiera:

"Para los efectos del artículo anterior, se entiende por impuesto predial el que con ese nombre cobren los municipios de Departamentos, o el que bajo el nombre de impuesto de caminos recauden otros municipios sobre el valor de los bienes raíces de su respectivo territorio".

Por consiguiente, y para entonces, se crea un impuesto de carácter nacional (10% de las sumas que deban pagar los particulares), con fundamento en dos impuestos seccionales, el predial y el de registro y anotación.

G.- La Ley 33 de 1968, en el artículo 1o. traspasó a los departamentos el producido de la sobretasa sobre el impuesto de registro y anotación; prescribió la ley:

"artículo 1o.- A partir del 1 de enero de 1969, serán de propiedad exclusiva de los departamentos, intendencias y comisarías, los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones:

"...

"d.- **El gravámen o recargo nacional del 10%** sobre el impuesto de registro y anotación, de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941".

"Parágrafo 1o.- Las entidades beneficiadas con este traspaso procederán a organizar y a asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos, con las tarifas y sobre las bases normativas en vigencia" (se subraya el texto legal).

En la ponencia que presentó el Representante Leovigildo Bernal Andrade en la Comisión 3a. de la Cámara, se lee a propósito del texto transcrito:

"Por otra parte, parece aconsejable acoger la iniciativa del senador Hernán Toro Agudelo, que se contiene en el proyecto de ley ya antes citado, en el sentido de que el recargo del diez por ciento (10%) que se cobra sobre el impuesto departamental de registro y anotación con destino al fisco nacional para sostener el catastro, revierta a las seccionales respectivas, acabando con esta transferencia engorrosa y regresiva. Pues conforme se anota en la exposición de motivos del senador Toro Agudelo, el de Catastro es un servicio esencialmente nacional, indispensable para el control de las declaraciones patrimoniales y la clasificación de tierras para los fines de la reforma agraria. Debe, por ello, atenderse con cargo al presupuesto de la Nación, sin apelar a aprovecharse o a recortar fuentes de las haciendas locales, como ocurre con

este recargo..." (Historia de las Leyes Legislatura de 1968. Tomo I pgs. 609).

En el pliego de modificaciones que presentó el ponente al proyecto de Ley, figura el artículo 3o. con el siguiente texto:

"A partir del 1o. de enero de 1969, **el impuesto predial con sus recargos,** será de propiedad exclusiva de los municipios, salvo lo dispuesto por leyes especiales con destino a las corporaciones regionales".

"Parágrafo.- En los municipios en donde no rija actualmente el recargo de diez por ciento (10%) sobre el impuesto predial, creado por el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, establécese tal recargo a partir del primero de enero de mil novecientos sesenta y nueve".

La justificación dada por el ponente se argumentó así:

"El impuesto predial fue establecido por la Ley 20 de 1908 como propiedad municipal, pero, conforme se anota en la exposición de motivos al proyecto del Dr. Toro Agudelo ya antes citada, a partir de 1913 con la Ley 4a. de ese año se comenzó a sembrar confusiones en esta materia, pues en ella se dijo que las Asambleas reglamentarían el impuesto sobre la propiedad raíz que 'pueden cobrar los departamentos o los municipios'. En virtud de esto, que fue repetido por las Leyes 34 de 1920 y 34 de 1945, se ha sostenido que dicho impuesto es departamental. Pero la realidad es que hoy se encuentra cedido a todos los municipios y es por estos recaudos, como propiedad suya excluyente".

"Ahora: como si aquel confusionismo fuera poco, el artículo 10 de la Ley 128 de 1941 estableció un gravámen equivalente al 10% de lo que los particulares deban pagar por concepto de impuesto predial, con destino a la nación y "con el objeto de atender los gastos que demande el funcionamiento de las oficinas seccionales" de catastro".

"Bien está, por lo tanto que se reivindique el carácter originalmente municipal de este impuesto, conforme se dispone en el artículo 3o. del proyecto".

Aunque, inexplicablemente, la modificación propuesta en el proyecto en relación con el recargo del impuesto predial no apareció, finalmente, en el texto de la Ley 33, estos antecedentes muestran cómo el legislador empezó a distinguir entre sobretasa al impuesto de registro y anotación, para cederla a los departamentos, y la correspondiente del impuesto predial, para hacer lo propio con los municipios,

solución que guarda lógica con la naturaleza de los impuestos que le sirven de base.

h) En concordancia con lo anterior, el Decreto 57 de 1969 dispuso:

"artículo 1o.- A partir del 1o. de febrero de 1969, corresponde a los departamentos, intendencias y comisarías la administración del recaudo y control de los impuestos nacionales que fueron declarados de propiedad exclusiva suya, de conformidad con el artículo 1o. de la Ley 33 de 1968.

"artículo 2o.- Los departamentos, intendencias y comisarías que se beneficiarán con la cesión de los impuestos aludidos organizarán su administración y recaudo en tal forma que las tarifas sean las mismas actuales y que los procedimientos para percibirlos se ciñan a las leyes y decretos que lo crearon y reglamentaron".

"En consecuencia, al efectuar los recaudos por conducto de las administraciones departamentales de rentas o de las entidades que en cada departamento, intendencia o comisaría desempeñen esa función, deberán observarse los sistemas establecidos así:

...

"c) La liquidación y recaudo del gravámen o recargo nacional del 10% sobre el impuesto de registro y anotación de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941, se efectuará por los departamentos, intendencias y comisarías en la forma y términos previstos para el impuesto de registro y anotación".

I.- Norma similar se consagró en el Código de régimen departamental, decreto extraordinario No. 1222 de 1986, en el artículo 166:

"Es propiedad exclusiva de los departamentos, intendencias y comisarías, el gravámen o recargo nacional del 10% sobre el impuesto de registro y anotación, de que trata el artículo 10 de la Ley 128 de 1941".

J.- Hasta este momento no queda duda de que el recargo del 10% sobre el impuesto de registro y anotación se traspasó, como su renta y propiedad exclusivas, a los departamentos.

Por la omisión de la Ley 33 de 1968, el recargo del 10% sobre el impuesto predial continuó siendo nacional, según se ha visto.

K.- En relación con este último recargo, la Ley 50 de 1984, en el artículo 13, dispuso:

"A partir de la vigencia de esta ley, cédese a los municipios de población inferior a 100.000 habitantes, el producido del recargo del impuesto predial previsto en el artículo 10 de la Ley 128 de 1941 que constituirá un ingreso ordinario de dichos municipios".

En otros términos, sobre el recargo, previsto en la Ley 128 de 1941, a esta fecha existen tres regímenes, a saber:

- Los departamentos, intendencias y comisarías son propietarios del gravámen correspondiente al 10% sobre el impuesto de registro y anotación.

- Los municipios con población inferior a 100.000 habitantes lo son respecto del gravámen del 10% sobre el impuesto predial.

- La nación se favorece con el 10% del impuesto predial recaudado en los municipios con población superior a los 100.000 habitantes.

L) Sobreviene la Ley 9a. de 1989, cuyo artículo 118 genera la confusión:

"artículo 118.- **Se aclara la Ley 128 de 1941 en el sentido de que los municipios** podrán continuar cobrando un gravámen equivalente al diez por ciento (10%) de lo que **los contribuyentes** deban pagar por concepto de impuesto predial y **de registro y anotación**" (Se subraya el texto legal).

Sobre esta disposición hay que hacer varias observaciones:

1.- La Ley 128 de 1941, si bien oscura en si misma, no requería ya de aclaración por cuanto había sido objeto de varias modificaciones parciales, según se ha visto en la relación que se acaba de hacer; de modo que la aclaración, de proceder, debió cobijar todas las modificaciones legales posteriores, cosa que no se hizo, sin que -por la vía de la aclaración-, tales leyes pudieran perder vigencia, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 14 del C.C; en estas circunstancias, la mentada "aclaración" resultaba a todas luces extemporánea.

2.- Los municipios nunca cobraron para sí, de modo general, el recargo del 10% sobre los impuestos predial y de registro y anotación; en sus inicios y hasta 1968, fue íntegramente de carácter nacional; a partir de ese año, se traspasó en favor de los departamentos, intendencias y comisarías el porcentaje sobre el impuesto de registro y anotación, quedando en favor de la nación el 10% sobre el

impuesto predial; solamente en 1984 la ley cede este porcentaje aunque únicamente en favor de los municipios cuya población fuese inferior a los 100.000 habitantes.

De modo que es, por lo menos, impropio señalar que "los municipios podrán **continuar** cobrando...." este gravámen, hecho que no ocurrió antes.

3.- Si el significado de la disposición legal es el traspaso general del gravámen en favor de los municipios sería notoriamente inconstitucional frente al artículo 183 de la Constitución Política anterior y al 362 actual.

Prescribía la primera disposición y prescribe la segunda:

"artículo 183: Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; y gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares...".

"artículo 362: Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares".

Frente a estos postulados constitucionales, es claro que la Ley 9a. de 1989, Art. 118), sin infringir la Carta, traspasar en favor de los municipios una renta tributaria de propiedad de los departamentos. La disposición legal comentada, **en cuanto atañe al gravámen del 10% sobre el impuesto de registro y anotación** deviene inaplicable, atendiendo al mandato del artículo 4o. de la Constitución Política vigente.

M) Con esta óptica la situación de los departamentos y de los municipios no ha variado: los departamentos continúan siendo propietarios del recargo sobre el impuesto de registro y anotación y los municipios del correspondiente al impuesto predial.

N) Por consiguiente y atentidas las consideraciones precedentes, la Ley 44 de 1990, al determinar en el artículo 1o. el "impuesto predial unificado" solo incluyó los componentes a los cuales tenían derecho los municipios, es decir, en cuanto aquí interesa, el recargo del 10% sobre el impuesto predial.

En conclusión el establecimiento público CATASTRO MUNICIPAL DE CALI, carece de razón en su reclamación relativa al gravámen del 10% sobre el impuesto de registro y anotación.

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

Primero.- INAPLICASE, por contrario a la Constitución Política, el artículo 118 de la Ley 9a. de 1,989 en cuanto determina que "los municipios podrán continuar cobrando un gravámen equivalente al diez por ciento (10%) de lo que los contribuyentes deban pagar por concepto de impuesto... de registro y anotación".

Segundo.- CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Lola Benavides López, Secretaria.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia. **ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO. COSTAS** - Improcedencia

Sin recurrir a un excesivo e inadmisible rigorismo, se concluye que las súplicas del libelo inicial antes que inconexas son plenamente compatibles entre sí: la primera, se compagina bien con la naturaleza de la acción, pues de la revisión puede darse el anulatorio deprecado; la segunda, si se interpreta correctamente, es apenas consecuencia de la primera, ya que el particular que obtiene éxito puede lograr que se le restablezca el derecho que estima conculcado a través de la cancelación de las anotaciones hechas a iniciativa del Incora en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente: la tercera no es incompatible con estos procesos ya que eventualmente el particular vencido en la litis bien podría ser condenado al pago de costas a su cargo de la administración, ese pedimento no constituye una indebida acumulación de pretensiones y simplemente debe ser denegado por estar prohibido imponerlas a cargo de ciertas entidades públicas. (art. 171 de C.C.A)

EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO PRIVADO. FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD. EXPLOTACION ECONOMICA

La figura jurídica de la extinción del derecho de dominio privado objeto de la revisión, encuentra su fuente legislativa primigenia en el artículo 30, hoy 58, de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que la propiedad es una función social que implica obligaciones. En el campo del derecho agrario, ella regulaba en las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, lo mismo que en los decretos que la reglamentaban. Estas leyes fijaban las condiciones y requisitos que debían llenarse para mostrar que un predio era explotado, y fijaban además las causales de justificación en caso de hallarse inexplotados y el procedimiento a seguir para verificar tanto la explo-

tación, como causal justificativa de esta última, lo mismo que para declarar extinguido el derecho, sus efectos y la acción de revisión de los actos administrativos contentivos de una declaración de esa naturaleza.

EXPLOTACION ECONOMICA DE UN BIEN. CARGA DE LA PRUEBA MEDIOS DIRECTOS. MEDIOS SUBSIDIARIOS

Tanto en el trámite administrativo como en la acción de revisión la carga de la prueba de la explotación económica está a cargo del propietario del bien (*onus probandi incumbit actori*) quien debe hacerlo a través de la tarifa de medios principales y supletorios establecidos en los artículos 24 a 27 de la Ley 135 de 1961 y 12 a 22 del Decreto 1577 de 1974. Los primeros se referían a los medios directos como son la "prueba principal de explotación pecuaria", "prueba principal de explotación de bosques naturales y artificiales" y "prueba principal de obras de irrigación"; como su nombre lo indica, ellas permiten hacer la verificación correspondiente por percepción directa adelantada sobre el terreno y por la causa se contraen en la actuación administrativa a la diligencia de inspección ocular a la subsidiaria de alindación de zonas y en la acción de revisión a la inspección judicial. Aquellas o éstas pueden ser concurrentes con la prueba pericial. Los medios subsidiarios, como se desprende de la misma denominación, son aquellos que permiten demostrar las explotación económica cuando al practicarse los primeros, los terrenos no se hallan cultivados ni existen señales de haberlos sido recientemente, o bien, cuando no se encuentran utilizados con ganados o el número de estos es inferior a la proporción prevista en el artículo 6 del Decreto 059 de 1938 (arts. 15 a 21 del Decreto 1577 de 1974).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Santa Fe de Bogotá, D.C., quince de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

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

Ref. expediente No. 5767. Actor: Agropecuaria Bucarelia Limitada. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA"

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a decidir el proceso de la referencia iniciado en virtud de demanda presentada en oportunidad hábil para hacerlo, a 21 de abril de 1989 y con el lleno de los requisitos formales exigidos.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.- La Sociedad Agropecuaria Bucarelia Limitada, obrando mediante apoderado regularmente constituído y en ejercicio de la acción de revisión que preveían los artículos 8a. de la Ley 200 de 1936, formuló demanda en contra del Incora con el fin de que se hicieran a su favor los siguientes o similares declaraciones y condenas:

"1.- Se ordene la revisión y se declare la nulidad del Acto Administrativo Complejo, formulado por la Resolución 05341 de 24 de Octubre de 1988, por medio de la cual el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" declaró extinguido, a favor de la nación, el derecho de dominio privado y demás derechos reales accesorios, sobre la totalidad del predio rural denominado "BUCARELIA O HACIENDA BUCARELIA, compuesto por los lotes BUCARELIA Y LA FLORA O LA FLOR, situado en jurisdicción del Municipio de PUERTO WILCHES, Departamento de Santander, con una extensión aproximada de 450 hectáreas identificado por los linderos tomados de los folios de matrículas Inmobiliarias Nos. 303-0003677 y 303-0008258...". Y por la Resolución No. 05342 de la misma fecha, de la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, aprobatoria de la anterior.

"2.- Para restablecer el derecho, se declare que la propiedad privada de los inmuebles en mención, continúa en nombre de la sociedad denominada AGROPECUARIA BUCARELIA LTDA y se vuelva a inscribir como su propietaria, en la oficina de Registro de Barrancabermeja (Santander), al libro del Municipio de Puerto Wilches, en las hojas de Matrícula Inmobiliaria Nos. 303-0003677 y 303-0008258.

"3.- Se condene en costas y perjuicios al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA. (Fls. 21 -22 del C.1.)

Las pretensiones que se dejaron anotadas, se fundamentan en los siguientes presupuestos de hecho:

"1.- Mi poderdante, AGROPECUARIA BUCARELIA LTDA es propietaria del predio rural denominado HACIENDA BUCARELIA LTDA, compuesto por los lotes BUCARELIA Y LA FLORA, con la extensión superficiaria, el primero de 797 hectáreas y el segundo de 177 hectáreas. Y de acuerdo con la situación y linderos que figuran en los folios de Matrículas Inmobiliarias Nos. 303-0003677 y 303-0008258, del círculo de Barrancabermeja, Municipio de Puerto Wilches, Departamento de Santander.

"2.- La Dirección Regional del Proyecto de Santander, del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA por medio de la Resolución No. 0566 del 17 de Agosto de 1979, ordenó iniciar las diligencias administrativas de extinción de derecho de dominio privado, sobre el predio rural denominado BUCARELIA, ubicado en jurisdicción de PUERTO WILCHES Departamento de Santander. Esta resolución fue notificada a uno de los propietarios, en ese momento, el Doctor LEONARDO SANZ ARAOS.

"3.- El Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA por medio de la Resolución No. 1903 de 28 de Mayo de 1980, después de practicarse una inspección ocular con intervención de peritos, donde se destacó la apropiada explotación económica, resolvió revocar en todas sus partes la Resolución No. 0566 del 17 de Agosto de 1979, emanada de la Dirección General del Proyecto Santander.

"4.- El Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA INCORA por medio de la Resolución No. 05341 del 24 de octubre de 1988, notificada el día 1o. de Marzo de 1989, por medio de edicto, declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio privado y demás derechos reales accesorios sobre la totalidad del predio rural denominado HACIENDA BUCARELIA.

"5.- La citada Resolución en su Art. 1o. establece que el inmueble objeto de la extinción de dominio tiene una cabida aproximada de 450 hectáreas, cuando de acuerdo con los Títulos y los certificados expedidos por la Superintendencia de Notariado y registro y según los Folios de Matrículas inmobiliarias correspondientes, el lote denominado BUCARELIA tiene una extensión superficiaria de 797 hectáreas, con 4.175 metros cuadrados y el lote denominado LA FLORA tiene una extensión superficiaria de 177 hectáreas, con 8.750 metros cuadrados. Sumando en consecuencia los dos predios son el total 975 hectáreas con 2.925 metros cuadrados.

"6.- Es decir que el acto Administrativo dejó por fuera de la declaración de extinción de dominio 525 hectáreas con 2.925 metros cuadrados, pero sin delimitarlos expresamente, ya que quedaron incluídos dentro de los linderos generales del predio rural denominado HACIENDA BUCARELIA.

"7.- Es de Público conocimiento la situación de orden público que impera actualmente en la zona donde se encuentra ubicado el predio materia de la litis. Basta leer los periódicos de los últimos años para tener una somera información al respecto.

"8.- El predio en mención tuvo una época dorada, en que fue económicamente explotado al máximo.

"Podemos observar los Folios de matrículas inmobiliarias para encontrar que el predio rural cuya extinción de dominio se decreta por medio de la Resolución cuestionada, ha tenido una agitada explotación económica, desde los tiempos en que el Ministerio de Agricultura por medio de la Resolución No. 1580 del 2 de junio de 1959 adjudicó a la Sociedad HACIENDA BUCARELIA LTDA el predio que en menor extensión de dominio, adquirió quien esta demanda suscribe, por compra hecha a los señores BERNARDO LAVERDE Y FERNANDO SARMIENTO por medio de la escritura pública No. 1882 del 2 de Junio de 1975.

"9.- Sobre el mencionado predio se estableció una selectiva ganadería, que anualmente compraba y vendía en las ferias del Municipio de Puerto Wilches y de Bucaramanga, donde existe una casa de habitación que en la época de plena explotación económica, tenía toda clase de mejoras y comodidades tales como pozos de agua potable, radioteléfono, pista de aterrizaje, aeronave para comunicación directa con todo el país, lanchas con motor fuera de borda, luz eléctrica, aire acondicionado etc, etc.

"10.- Podemos decir que la actual violencia contra el agro, tuvo su nacimiento, desarrollo y máxima actividad a que ha llegado actualmente, en la citada región. Quien esta demanda suscribe, fué objeto de boleteos y amenazas permanentes, víctima de robos de ganado, de invasiones, hasta el punto de tener que sacrificar los intereses económicos y abandonar la zona constituyendo una sociedad con nombre AGROPECUARIA BUCARELIA LTDA, para tratar de salvar la propiedad, sin poder regresar a la Hacienda desde hace más de diez años.

11.- El actual gerente de la Sociedad propietaria del Inmueble, señor LELIO ROA ZAFRA, desde el 30 de noviembre de 1981, fecha de constitución de la Sociedad, hasta la fecha, ha continuado desarrollando actividades agropecuarias en el Inmueble, ha negociado con invasores, que al día siguiente regresan a invadir nuevamente apoyados por Sindicatos conocidos, que son los que mandan en la región, ha afrontado los ataques de los diferentes grupos guerrilleros que imperan en la zona, ha trabajado permanentemente con cuantiosas inversiones y maquinarias que frecuentemente son víctimas de saboteo, buscan la protección de las autoridades legítimamente constituídas de la República.

"12.- En razón de la situación violenta de la zona, existe una fuerza mayor que hace imposible la explotación económica del inmueble en forma regular y estable.

"13.- La zona ocupada a base de invasiones, con sentencias ejecutoriadas ordenando el desalojo, que no han podido cumplir las autoridades, no son más de 24 hectáreas. Pero los ocupantes impiden a la fuerza la normal explotación del resto de la Hacienda.

"14.- Mi poderdante no tuvo conocimiento de la Resolución que declaró extinguido el dominio sino hasta el día lunes 17 de abril del presente año, cuando contra la citada Resolución ya no cabía ningún recurso por la vía gubernativa, hecho por el cual la Resolución no admite modificación administrativa que aclare que el predio de más de 500 hectáreas continúa de propiedad de la sociedad, delimitándolo y separándolo del predio directamente afectado, por lo cual el acto administrativo impugnado, no se puede cumplir. Por lo tanto se impone la nulidad." (Fls. 232 a 25 del C. 1).

El libelo enlista como violados por los actos acusados los artículos 16, 26, y 30 de la Constitución Nacional que rigió hasta 1991, 6a de la Ley 200 de 1936 en concordancia con los arts. 1-2 y 3 del Decreto Reglamentario 1577 de 1974 y, 2594 y 2658 del Código Civil. El concepto de violación, se expresa de la manera siguiente:

"1.- Art. 16 de la Constitución Nacional.

"Las Resoluciones son violatorias de esta norma, por cuanto el Incora es el organismo de la Nación constituído como primera autoridad en el agro colombiano y no es posible que legalice situaciones de hecho cuando su deber es el de la protección de los ciudadanos en sus vidas, honra y bienes. La violencia no puede ser fuente de origen de derecho, para legalizar situaciones de hecho en contra de los bienes de la sociedad que represento.

"2.- ART. 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

"Por cuanto se violó el procedimiento al impedírsele al Gerente de la Sociedad actuar en la inspección ocular solicitada oportunamente, ya que no se le suministró la debida protección, violándose también el Art. 14 del Decreto 1577 de 1974.

"3.- ART. 30 de la Constitución Nacional.

Está demostrada la propiedad privada sobre el predio en mención. Si las autoridades de la República están constituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, no es posible que la falta de cumplimiento de esta obligación se puede constituir en fuente de derecho para el mismo Estado Colombiano...".

"..."

"4.- El Art. 6o. DE LA LEY 200 DE 1936 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTS. 1,2,3 DEL DECRETO 1577 DE 1974.

"Por cuanto mi poderdante demostró dentro de las diligencias previas a la Resolución que declaró extinguida la propiedad, que nunca dejó de explotar totalmente el predio rural y que la intensidad en la explotación económica se vió mermada en razón de la fuerza mayor o caso fortuito, consistente en los diferentes actos de violencia que se ejercitaron contra él, por los ocupantes de 24 hectáreas aproximadamente, que impidieron el beneficio normal del predio.

"ARTS. 2594 Y 2658 DEL CODIGO CIVIL.

"Por cuanto al acto Administrativo, contenido en la Resolución que declara extinguido en favor de la Nación del derecho de dominio privado de mi poderdante, sobre la totalidad del predio rural denominado HACIENDA BUCARELIA, se refiere a una extensión de 450 hectáreas, dando los linderos equivocados de los dos lotes que componen el predio que en total suman 975 hectáreas con 2.925 metros cuadrados.

"Si la Resolución pretendía extinguir el derecho de dominio de una parte del predio, para cumplir con el derecho de excusión (sic) consagrado por los Arts. 11 a 16 del Decreto 1576 de 1974, dejando a mi poderdante más de 525 hectáreas, o sea más del 50% de la extensión total del predio afectado, debía establecer claramente los linderos de los dos predios, de la parte que extinguía el derecho de propiedad y de la parte materia del beneficio de exclusión en favor de mi mandante. De lo contrario también estaría violando el derecho de exclusión.

"Pero si la Resolución está incluyendo dentro de los linderos generales más de la mitad de la finca que no ha sido materia de la extinción del derecho, está cometiendo una nulidad al no cumplir con las exigencias de los artículos 2594 y 2658 del Código Civil.

"Por otra parte el cumplimiento de dicha Resolución es impracticable, pues no se podrá hacer la entrega al tener los linderos equivocados." (Fls 26-27)

A la demanda se le dió curso, habiéndose notificado el auto admisorio al Incora, quien la contestó con el escrito visible a los Fls 2 y 3 del C.2, en el cual, en primer lugar, propone como excepción de fondo la indebida acumulación de pretensiones y en segundo lugar y de manera subsidiaria de la inicial, pide denegar las súplicas contenidas en ese libelo.

2.- Los alegatos de conclusión.- Decretadas y practicadas las pruebas pedidas por las partes, a las cuales habrá de hacerse referencia más adelante, se les corrió traslado, lo mismo que al Ministerio Público, para que presentaran sus alegatos de conclusión. Tanto la parte actora, como el Procurador Delegado ante estaCorporación, guardaron silencio, hermetismo.

La apoderada judicial del Incora, en su escrito visible a los Fls 219 a 224 del C.1, destaca que en los antecedentes administrativos agregados a los autos se demuestra que el trámite seguido sobre el predio rural denominado BUCARELIA - LA FLOR O HACIENDA BUCARELIA, el cual concluyó con las resoluciones acusadas, se llevó a cabo de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, Ley 200 de 1936, art. 6o. Asimismo, agrega, la entidad demandada es competente para adelantar ese trámite y dictar actos de la naturaleza de los acusados, por disponerlo así el literal a) del art. 30 de la Ley 135 de 1961, en armonía con la norma antes citada.

Según la misma apoderada, la figura jurídica de la extinción del dominio tiene su origen en la propia Constitución Política, en cuanto define que la propiedad es una función social que impone obligaciones a su titular, que de no cumplirse dan lugar a la extinción del derecho.

Los actos acusados, dice, fueron expedidos con arreglo a ese principio y a lo previsto en las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, lo mismo que a lo ordenado en el Decreto Reglamentario 1577 de 1974, por cuanto en la actuación administrativa, concretamente en la diligencia de alindación de zonas se pudo establecer que la Sociedad no tenía a su cargo la explotación económica del fundo, sino que esta corría y se adelanta por cuenta de los colonos que con sus familias lo ocupan en su totalidad, sin reconocer dominio ajeno por un lapso superior a los tres años anteriores a la realización de esa inspección. Esa situación, concluye, no fue desvirtuada por la parte demandante en el trámite administrativo ni en el proceso Contencioso y, por tanto, su pretensión de nulidad de los actos administrativos no está llamada a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primero.- De conformidad con lo preceptuado en los artículos 170 del C.C.A y 304 y ss del C.de P.C. y, procede la Sala a resolver en primer término la excepción de fondo propuesta por el Incora, consistente en una indebida acumulación de pretensiones, ya que solo en el evento que no resulte probada hay lugar a estudiar las cuestiones de fondo planteadas en el *sub lite*.

La excepción propuesta por la entidad es la denominada indebida acumulación de pretensiones, que encuentran prosperidad cuando la pluralidad peticional no satisface los requisitos previstos en los ordinales 1, 2 y 3 del art. 83 del C. De P.C, cuyo tenor literal reza:

"Acumulación de pretensiones.- El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1.- Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

2.- Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3.- Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento."

En el proceso no existe un punto de referencia para examinar el medio exceptivo, ya que la administración omitió por completo explicar las razones y hechos en que se fundamenta. Sin embargo, al adentrarse en su estudio, sin recurrir a un excesivo e inadmisible rigorismo, se concluye que las súplicas del libelo inicial antes que inconexas son plenamente compatibles entre sí: la primera, se compagina bien con la naturaleza de la acción, pues de la revisión puede darse el anulatorio deprecado; la segunda, si se interpreta correctamente, es apenas consecuencia de la primera, ya que el particular que obtiene éxito puede lograr que se le restablezca el derecho que estima conculcado a través de la cancelación de las anotaciones hechas a iniciativa del Incora en el Folio de Matrícula Inmobiliaria correspondiente; la tercera no es incompatible con estos procesos, ya que eventualmente el particular vencido en la *litis* bien podría ser condenado al pago de costas. Si se pide hacer una condena al pago de costas a cargo de la administración, ese pedimento no constituye una indebida acumulación de pretensiones, y simplemente debe ser denegado por estar prohibido imponerlas a cargo de ciertas entidades públicas (art 171 del C.C.A).

En tales condiciones, pues, no prospera la excepción propuesta por la administración de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Segundo.- Para la Sala efectuado el análisis de los hechos en que se funda la controversia, apreciados globalmente los medios de convicción regular y oportunamente allegados a los autos, valorados los alegatos presentados por las partes y

aplicadas las disposiciones en que deben fundarse los actos acusados, sin lugar a duda las súplicas del libelo inicial carecen de vocación de prosperidad.

Como bien lo anota la entidad pública, la figura jurídica de la extinción del derecho de dominio privado objeto de la revisión, encuentra su fuente legislativa primigenia en el art. 30, hoy 58 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que la propiedad es una función social que implica obligaciones. En el campo del derecho agrario, ella estaba regulada en las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, lo mismo que en los decretos que las reglamentaban.

Estas leyes fijaban las condiciones y requisitos que debían llenarse para mostrar que un predio era explotado, y fijaban además las causales de justificación en caso de hallarse inexplotados y el procedimiento a seguir para verificar tanto la explotación, como la causal justificativa de esta última, lo mismo que para declarar extinguido el derecho, sus afectos y la acción de revisión de los actos administrativos contentivos de una declaración de esa naturaleza.

En la situación particular y concreta, si pese a los mandatos de orden Constitucional y legal el interesado rehusa u omite asumir esa explotación y la abandona por un lapso de tres años continuos posteriores al 29 de marzo de 1973 (fecha en que fué sancionada la Ley 4a. de 1973, que modificó los arts. 1o. , 6o y 12 de la Ley 200 de 1936), o bien, anteriores a la Inspección Ocular o a la Diligencia de Alindación de zonas del procedimiento administrativo, se configuran las causales que le permiten al Incora declarar extinguido el dominio del fundo de que se trate, haciendo las exclusiones derivadas de las excepciones y presunciones de explotación consagradas en esa materia en los arts. 6-1 de la Ley 200 de 1936 y 3a de la Ley 135 de 1961.

Según se ha explicado, tanto en el trámite administrativo como en la acción de revisión la carga de la prueba de la explotación económica está a cargo del propietario del bien (*onus probandi incumbit actori*) quien debe hacerlo a través de la tarifa de medios principales y supletorios establecida en los arts. 24 y 27 de la Ley 135 de 1961 y 12 a 22 del Decreto 1577 de 1974.

Los primeros se refieren a los medios directos como son la "Prueba principal de explotación pecuaria", "prueba principal de explotación de bosques naturales y artificiales" y " prueba principal de obras de irrigación"; como su nombre lo indica, ellas permiten hacer la verificación correspondiente por percepción directa adelantada sobre el terreno y por la misma causa se contraen en la actuación administrativa a la diligencia de inspección ocular o la subsidiaria de alindación de zonas y en la acción de revisión a la inspección judicial. Aquéllas o éstas pueden ser concurrentes con la prueba pericial.

Los medios subsidiarios, como se desprende de su misma denominación, son aquellos que permiten demostrar la explotación económica cuando al practicarse los primeros, los terrenos no se hallan cultivados ni existen señales de haberlo sido recientemente, o bien, cuando no se encuentran utilizados con ganados o el número de éstos es inferior a la proporción prevista en art. 6o del Decreto 059 de 1938 (arts. 15 a 21 del Decreto 1577 de 1974).

Del examen de los antecedentes se desprende que la actividad probatoria de la demandante fué escasa y en extremo pobre, tanto que a pesar de imponérsele ni siquiera acreditó estar adelantando la explotación económica de los inmuebles a través de los medios que se dejaron explicados.

En la etapa administrativa, nada efectivo hizo el actor para tratar de rebatir el resultado de las pruebas que de manera oficiosa le practicó el Incora. En el trámite de esa revisión ocurrió algo semejante y los medios que se aportaron carecen de mérito demostrativo para los fines de la acción propuesta; los dos testimonios recibidos no son aptos para acreditar el ejercicio de actos propios de dueño, pero si enseñan que desde hace por lo menos una década ya existían problemas por el asentamiento de colonos en diversos sectores de los inmuebles; la fotocopia obrante al fl 165, enseña que para el 25 de septiembre de 1979 se formuló una demanda por una invasión ocurrida un mes antes en el sector occidental de la hacienda, pero nada indica que se le hubiera dado curso ni cuales fueron los resultados obtenidos; la fotocopia del Acta 085 del 29 de septiembre del año antes citado ilustra que a un ocupante de aproximadamente 150 has. en los inmuebles de propiedad de la parte actora, el señor Andrés Pinto Villarreal, se le amonestó privadamente a fin de que se abstuviera de proferir ofensas de cualquier naturaleza contra el señor Alberto Rodríguez.

Por la acción u omisión de la parte actora, tampoco pudo practicarse la diligencia de Inspección Judicial con peritos decretada en este proceso, la cual era fundamental para el éxito de la súplicas que plantea en el libelo introductor. Al efecto el Despacho Judicial comisionado para realizarla deja la siguiente constancia en el acta de 27 de junio de 1991: "El Despacho Judicial se abstiene de efectuar la Inspección Ocular (sic) ordenada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, por cuanto según el oficio 004 de junio 14 de 1991, procedente del Departamento de Policía de Santander, Cuarto Distrito Barrancabermeja, Estación Puerto Wilches, expresa"... Le comunico que no es posible prestar este servicio (enviar como se le pidió una **comisión numerosa de Agentes** (fl. 105), ya que no es permitido por el Comando del Departamento abandonar el casco urbano.- Debido a la situación de orden público, y a la escasez de personal con que se cuenta en este momento... "Con lo anterior queda claro que la Inspección Ocular no se lleva

a cabo en razón a que el Despacho Judicial no contó con la colaboración de la parte actora, quien está obligada a sufragar los gastos necesarios y solicitar con antelación el desplazamiento de la fuerza pública, si es necesaria, para auxiliar al Juzgado a fin de llevar a cabo la práctica de la Inspección Ocular, lo que prueba una vez más la falta de interés de la parte demandante para el cumplimiento y la práctica de la prueba.." (Fl. 106 C.Cit).

La parte actora no aportó prueba alguna demostrativa, como se narra en la demanda, que a partir del 2 de junio de 1959, en la hacienda denominada Bucarelia, se hubiera "establecido una selectiva ganadería, que anualmente compraba y vendía en las ferias del Municipio de Puerto Wilches y de Bucaramanga, donde existía casa de habitación que en la época de plena explotación económica tenía toda clase de mejoras y comodidades tales como agua potable, radioteléfono, pista de aterrizaje, aeronave para comunicación directa con todo el país, lanchas con motor fuera de borda, luz eléctrica, aire acondicionado, etc, etc.".

Tampoco se estableció que la sociedad o sus socios hubieran sido objeto de amenazas y boleteos permanentes, víctimas de robos de ganado e invasiones hasta el punto de no poder regresar a los predios por un período superior a 10 años contados hacia atrás del 21 de abril de 1989.

Igualmente, se observa que no existe prueba de que a partir del 30 de noviembre de 1981, la Sociedad propietaria del fundo haya continuado desarrollando en él actividades agropecuarias, negociando con los invasores, afrontando los ataques de los diversos grupos guerrilleros que operan en la región y menos de que ha trabajado permanentemente los terrenos haciendo cuantiosas inversiones, principalmente en lo relacionado con adquisición de maquinaria, objeto frecuente de saboteo.

También se echa de menos la prueba de las hipótesis planteadas en la demanda consistentes: la primera que la zona de los inmuebles ocupada por terceros no excede de 24 has., que existen sentencias ejecutoriadas ordenando su desalojo, que no han podido ser cumplidas y, que los supuestos invasores "impiden a la fuerza la normal explotación del resto de la hacienda" ; la segunda, que en la zona existe una situación de violencia de tal gravedad" que hace imposible la explotación económica del inmueble en forma regular y estable y la tercera " que el predio en mención tuvo una época dorada en que fué económicamente explotado al máximo".

En esas condiciones, pues, se mantiene incólume la situación fáctica que se tuvo en cuenta para proferir los actos acusados. En ellos se subraya que en el curso de la actuación administrativa la parte interesada solicitó la práctica de una

diligencia de inspección ocular a los inmuebles, que no pudo realizarse porque la sociedad propietaria del fundo no consignó oportunamente la suma fijada para cumplir los gastos que demanda una diligencia de esa naturaleza; que de conformidad con lo establecido en el inciso 2 art. 13 del Decreto 1577 de 1974 se decretó la práctica de una diligencia de Alindación de Zonas a fin de determinar las económicamente explotadas y las incultas, la cual se llevó a cabo el 10 de diciembre de 1987.

En el acta de la diligencia en cuestión, se anota: que los predios Bucarelia y La Flor se encuentran totalmente ocupados por 39 colonos con sus familias, quienes no reconocen dominio ajeno, desde hace más de tres años y que por cuenta de la sociedad propietaria no se encontró explotación económica alguna, ni fueron halladas personas que tengan vínculo jurídico con ella.

Consecuente con la situación fáctica hallada, los actos demandados declaran la extinción del derecho de dominio privado de los referidos inmuebles, previos los siguientes planteamientos fundamentales:

"La extinción del derecho de domino privado a favor de la Nación establecida en el artículo 6o de la Ley 200 de 1936, tiene ocurrencia cuando el propietario de un predio rural ha dejado de ejercer la posesión en los términos del artículo 1o de la citada Ley, durante tres (3) años continuos, según lo dispuesto por el artículo 3o de la Ley 4a. de 1973.

"Por otra parte el artículo 6o. del Decreto 1577 de 1974 dispone que: lo cultivado por personas que no reconozcan como dueño al propietario no se tomará en cuenta para efectos de demostrar explotación económica si el propietario niega que el tercero se hubiera establecido sin reconocer vínculo jurídico con él, deberá probarlo".

"De conformidad con lo establecido en a los Artículos 24 de la Ley 135 de 1961 y 11 del Decreto 1577 de 1974, la carga de la prueba sobre la explotación económica del predio corresponde al propietario, como le corresponde igualmente demostrar la fuerza mayor o caso fortuito que le hayan impedido adelantar tal explotación, sin que estas circunstancias lo exoneren de la obligación de demostrar que con anterioridad a la fecha en que sobrevinieron los hechos constitutivos, de la Fuerza Mayor o el caso fortuito, adelantaba una explotación regular y estable. Así lo disponen los artículos 3o. y 11 del Decreto 1577 de 1974.

"Las presentes diligencias fueron aportados algunos documentos tendientes a demostrar la existencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortui-

to, los cuales no podrán ser tenidos en cuenta por no estar debidamente autenticados.

"Además es necesario hacer énfasis en que los interesados no han demostrado haber adelantado en el predio explotación alguna antes o después de la ocurrencia de los hechos que fueron alegados como constitutivos de fuerza mayor. Esta circunstancia se hizo notar por el Instituto en la resolución No. 3706 del 29 de julio de 1987, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia que inició este trámite.

"Así las cosas, se concluye que sobre el predio objeto de este procedimiento la Sociedad propietaria no ejerce la posesión en los términos previstos en el artículo 1o. de la Ley 200 de 1936 y en consecuencia, procede la declaratoria de extinción del derecho de dominio sobre el referido inmueble, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6o. de la Ley 200 de 1936 "(fls. 38 a 43 *ibidem*).

En síntesis, la Sala no puede menos que compartir los razonamientos que tuvo en cuenta la administración para adoptar la decisión reclamada. Del análisis de los diversos medios de convicción que se adujeron a los autos resulta evidente que la parte actora en parte alguna suministra prueba de los hechos que constituyen su *causa petendi*, vale decir, que tenía y viene adelantando la explotación de los predios en la forma y por el lapso suficiente para impedir la extinción del derecho de dominio, según lo dispuesto en las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, o bien, que quienes la efectúan lo hacen a nombre suyo o para su beneficio en calidad de dependientes, precaristas, etc.

Tampoco se dió la fuerza mayor aducida que hizo derivar de supuestos problemas de orden público existentes en la zona.

Como la parte demandante no logró demostrar que las resoluciones acusadas se hubieran proferido sin observar los procedimientos que rigen en esa materia o en contravía de las normas positivas a que debían ajustarse, no es procedente su anulación. De lo dicho se desprende que la decisión deberá ser adversa a las pretensiones del actor.

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.- NO PROSPERA la excepción propuesta.

Segundo.- Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha de Marzo 9 de 1995.

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

Lola Elisa Benavides López., Secretaria.-

SECCION CUARTA

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Se observa que en el artículo acusado se utiliza la expresión "Tarifas de Servicios" mientras que en la norma constitucional se habla de "tarifas de las tasas y contribuciones", expresiones diferentes que no permiten concluir que las tarifas a que se refiere el acuerdo acusado corresponden al concepto de "tasa o contribución, utilizado en la norma constitucional, siendo necesario para ello recurrir a otros conceptos fiscales; actividad que exigiría un ejercicio reflexivo atípico de la institución de la suspensión y de habitual uso en el pronunciamiento que pone fin al proceso, razón suficiente para considerar improcedente la suspensión solicitada. En consecuencia, no siendo evidente la vulneración manifiesta exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no se accederá a decretar la suspensión provisional de la norma causada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 6021 Actor: Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia "Anda". C/La Nación. Nulidad y suspensión provisional del artículo 5o. del Acuerdo 147 del 31 de diciembre de 1993, expedido por "INRAVISION". AUTO

Decide la Sala sobre la admisión de la demanda de nulidad y suspensión provisional presentada por la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia "ANDA", contra el Acuerdo 147 del 31 de diciembre de 1993, expedido por la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión "INRAVISION".

ACTO ACUSADO

La demandante allegó un ejemplar del Diario Oficial No. 41235 del 22 de febrero de 1994, en 8 páginas, en el cual aparece publicado el Acuerdo 147 de 1993, mediante el cual "se establecen las nuevas tarifas para la concesión y utilización de espacios de televisión, codificación, transfer, V.T.R. y utilización de segmento de cinta en el sistema digital de comerciales" y del cual se demanda el precepto que a continuación se transcribe:

"Artículo 5o. del Acuerdo 147 de 1993: **V.T.R. de Comerciales.** Las tarifas de servicio de V.T.R. para la emisión de anuncios comerciales, promoción de programas de las Empresas Concesionarias de Espacios y presentación y despedidas de programas, serán las siguientes:

"V.T.R. de Comerciales Nacionales $18.700

"V.T.R. de Comerciales Extranjeros $ 56.100

"V.T.R. DE Comerciales Mixtos $ 37.400

V.T.R de promoción de programas de las Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión $ 5.500

V.T.R. de presentaciones y despedidas de programas de televisión $ 4.000".

LA DEMANDA

Solicita la sociedad demandante, que se decrete la nulidad de los preceptos citados por violación de los artículos 338 de la Constitución Política, y el artículo 18 literal b, de la Ley 14 de 1991.

Con relación a cada una de las normas legales que se predican como violadas se expone en el memorial de la demanda el concepto de la violación.

Se admite la demanda por cuanto reúne los requisitos formales.

SUSPENSION PROVISIONAL

De modo expreso en la demanda, se solicita la suspensión provisional del acto acusado por cuanto viola lo previsto en el artículo 338 de la Constitución Política, pues, la norma acusada establece unas tarifas para el servicio de V.T.R. sin tener en cuenta el costo del servicio como lo establece el precepto constitucional referido.

Afirma que, las tarifas fueron fruto de la discrecionalidad del Instituto sin sujeción alguna al costo que implica para la entidad la prestación del servicio.

Afirma, que como el acto acusado es temporal, la medida de la suspensión es necesaria porque evitaría la reproducción de un acto que conserve en esencia la misma disposición, por prohibición expresa del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo prevé los requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, aspecto que examina la Sala a continuación.

En primer lugar la solicitud de suspensión provisional se presentó con la demanda y fué sustentada conforme lo prevé la norma antes mencionada (ver fls. 34/36).

En segundo lugar debe aparecer manifiesta la violación de las normas que sirvieron de fundamento al acto demandado, precepto respecto del cual, esta Corporación ha dicho de manera reiterada que tal violación debe surgir *prima facie*, sin que sean necesarios profundos análisis o complejas reflexiones para poder establecerla.

La asociación demandante al sustentar la suspensión provisional del artículo 5o. del Acuerdo 147 de 1993 afirma que dicho artículo viola el artículo 338 de la Constitución Política, por cuanto al fijar las tarifas no tuvo en cuenta lo dispuesto por esta norma, en relación a la exigencia de que las tarifas del tributo tengan como objetivo la recuperación del costo.

La Sala procede a comparar la norma acusada con el artículo 338 de la Constitución Política.

Artículo 338 de la Constitución Política: En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o 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.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como

recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; 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, las ordenanzas o los acuerdos...

Artículo 5o. del Acuerdo 147 de 1993: **V.T.R. de Comerciales.** Las tarifas de servicio de V.T.R. para la emisión de anuncios comerciales, promoción de programas de las Empresas Concesionarias de Espacios y presentación y despedidas de programas, serán las siguientes:

V.T.R. de Comerciales Nacionales $18.700

V.T.R. de Comerciales Extranjeros $56.100

V.T.R. de Comerciales Mixtos $37.400

V.T.R. de promoción de programas de las Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión $5.500

V.T.R. de presentaciones y despedidas de programas de televisión $4.000

Hecha la debida confrontación, observa la Sala que en el artículo acusado se utiliza la expresión "Tarifas de Servicios" mientras que en la norma constitucional se habla de "tarifas de las tasas y contribuciones", expresiones diferentes que no permiten a la Sala concluir que las tarifas a que se refiere el acuerdo acusado correspondan al concepto de "tasa o contribución", utilizado en la norma constitucional, siendo necesario para ello recurrir a otros conceptos fiscales; actividad que exigiría un ejercicio reflexivo atípico de la institución de la suspensión y de habitual uso en el pronunciamiento que pone fin al proceso, razón suficiente para considerar improcedente la suspensión solicitada.

En consecuencia, no siendo evidente la vulneración manifiesta exigida por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, no se accederá a decretar la suspensión provisional de la norma acusada.

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

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda presentada por la ASOCIACION NACIONAL DE ANUNCIANTES DE COLOMBIA "ANDA" contra el artículo 5o. del

Acuerdo 147 de 1993 expedido por la JUNTA ADMINISTRADORA DEL INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION".

Se dispone:

a) Notifíquese al Señor Presidente de la Junta Administradora del INSTITUTO NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION "INRAVISION" y al señor Agente del Ministerio Público.

b) Fíjese en lista por el término legal.

c) Solicítese al Señor Presidente de la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión "INRAVISION", la remisión con destino a este expediente de los antecedentes administrativos si los hubiere.

2. NIEGASE la suspensión provisional.

Copiése, notifíquese, comuníquese, 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,* Ausente; *Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

REGISTRO MERCANTIL- Renovación. **REPRESENTANTE LEGAL** - Nombramiento

Legalmente la consecuencia que se desprende del hecho de no renovar la matrícula mercantil, está dada únicamente por una sanción pecuniaria; jurídicamente no se halla establecido, que la referida omisión tenga la capacidad de hacer inexistente el nombramiento del representante legal. Diferente hubiera sido que efectuada una nueva designación de representante legal, esta no se hubiese registrado tal como corresponde, ya que en este evento el mencionado nombramiento sería inoponible ante terceros.

ACTO CONFIRMATORIO. ERROR ARITMETICO

Dentro de las pretensiones de la demanda sí se incluyó en forma expresa la demanda de nulidad de la resolución confirmatoria del acto principal, al igual que la solicitud de nulidad de la liquidación oficial. Para que proceda la liquidación por corrección aritmética, debe existir certeza de la declaración correcta de los valores correspondientes a los hechos imponibles o bases gravables, presupuesto este que no se cumplió en el caso debatido, tal como quedó probado y aclarado en el proceso mediante Certificado de Contador Público, el cual está acompañado con los comprobantes de contabilidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5857 actor: Munévar Domínguez y Cia. Ltda. Consultores de Seguros Impuesto Renta -Fallo-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial de la Nación contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de agosto de 1994 y mediante el cual se declaró la nulidad de la Liquidación Oficial de Corrección Aritmética 284 de fecha 6 de agosto de 1992 y de la Resolución 059 de fecha 18 de febrero de 1993.

ANTECEDENTES

Frente al denuncio rentístico presentado por la contribuyente, correspondiente al año gravable de 1989, la Administración Tributaria practicó la Liquidación Oficial 284 de 1992 y modificó la liquidación privada a efectos de enmendar un presunto error aritmético, consistente en que la sociedad diligenció de los renglones 17 a 24 la cifra de $ -0- y el 25, relativo al total de costos y deducciones la cifra de $3'672.000.oo, cifra ésta que no corresponde a la sumatoria de los renglones anteriores.

La anterior liquidación fué confirmada mediante la Resolución 059 de 1993.

DEMANDA

A juicio de la parte actora, la actuación administrativa resultó violatoria de las normas relativas al procedimiento de corrección aritmética por cuanto no hubo declaración correcta a los valores en los renglones 17 a 24, toda vez que por un error de transcripción se anotó en éstos la cifra de $ -0-.

Como demostración de su afirmación anexó certificado de contador público el cual acompañó con los comprobantes de contabilidad y según el cual, los costos y deducciones de la sociedad son de $3'672.000,oo.

CONTESTACION DE DEMANDA

El apoderado de la Administración además de indicar que el procedimiento utilizado por la Administración fué el correcto, en atención a que el error de la sociedad reviste el carácter de aritmético, excepcionó alegando que la señora Mónica Munévar Peña no podía otorgar poder al abogado Antonio J. del Castillo para defender los intereses de la actora por cuanto el registro mercantil de la sociedad no ha sido renovado, lo que implica que quien aparece como representante legal de ésta, vale decir, Mónica Munévar Peña, no tiene capacidad para otorgar poder.

De otra parte propuso la excepción de caducidad de la acción, porque a su juicio no se demandó el acto administrativo confirmatorio de la liquidación oficial.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Para el Tribunal no fueron de recibo las excepciones propuestas en la contestación de la demanda e indicó que el hecho de que la sociedad no haya cumplido con la obligación legal de renovar la matrícula mercantil, no implica que las atestaciones contenidas en el documento carezcan de eficacia probatoria.

Igualmente rechazó la excepción relativa a la caducidad de la acción y sostuvo que el representante judicial solicitó explícitamente la nulidad tanto del acto definitivo, como del confirmatorio.

En relación con el punto de fondo accedió a las pretensiones de la demanda por encontrar probado el error de transcripción.

APELACION

El apoderado especial de la Nación se opuso a lo resuelto por el *a quo* y reiteró las excepciones propuestas con ocasión de la contestación de la demanda, básicamente así:

Insistió en que la omisión de no renovar la matrícula mercantil implica que "...carezca de validez y sea inexistente el acto de nombramiento del representante legal de la sociedad y por ello que no esté en capacidad legal de otorgar el poder para que a su nombre se represente a la sociedad en un proceso judicial".

Al efecto transcribió una parte de un fallo del Consejo de Estado de fecha 19 de octubre de 1990, según el cual "no renovar la matrícula, equivale a carecer de registro".

De otra parte alegó la caducidad de la acción habida cuenta que la sociedad demandó la liquidación de corrección mas no la resolución que la confirmó.

Reiteró que la naturaleza del error es aritmética, toda vez que se anotó como total de costos y deducciones la suma de $3´672.000,oo y en los renglones procedentes $ -0-.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que los reiterados argumentos del recurrente en nada desvirtúan las consideraciones que tuvo el *a quo* al proferir el fallo de primera instancia, éste deberá ser confirmado.

Sostuvo el apoderado de la Nación que por el hecho de que la actora no renovó la matrícula, resulta inexistente el nombramiento del representante legal, lo que acarrea la falta de capacidad para otorgar el poder.

Tal como lo ha precisado esta Corporación en otras oportunidades, legalmente la consecuencia que se desprende del hecho de no renovar la matrícula mercantil, está dada únicamente por una sanción pecuniaria (Exp. 1196, 19 de octubre de 1990, C.P. Dr. Simón Rodríguez R.); jurídicamente no se halla establecido, tal como lo pretende el recurrente, que la referida omisión tenga la capacidad de hacer inexistente el nombramiento del representante legal.

Diferente hubiera sido que efectuada una nueva designación de representante legal, ésta no se hubiese registrado tal como corresponde, ya que en este evento el mencionado nombramiento sería inoponible ante terceros.

No prospera el cargo.

En segundo lugar, manifestó el recurrente que la sociedad incumplió con el mandato contenido en el artículo 138 numeral 3o. del C.C.A. "...desde el momento mismo en que demandada la liquidación de corrección, mas no la resolución que lo confirmó, trayendo como consecuencia la caducidad de la acción..."

En relación con este cargo tal como está propuesto en el recurso, observa la Sala que a folio 10 del cuaderno principal del expediente, que hace parte de la demanda, la actora propuso sus pretensiones así:

"5. Peticiones

Respetuosamente, solicito a esa H. Corporación:

5.1. Se declaren nulas: la liquidación de corrección aritmética y la Resolución No. 059 descritas.

5.2. SUBSIDIARIAMENTE

5.2.1. Se ordene aceptar los costos y deducciones por $3'672.000.oo

5.3. Como consecuencia

5.3.1. Se restablezca el derecho de mi poderdante y se declare en firme la liquidación privada".

De lo anteriormente transcrito resulta claro que dentro de las pretensiones de la demanda sí se incluyó en forma expresa la demanda de nulidad de la resolución confirmatoria del acto principal, al igual que la solicitud de nulidad de la liquidación oficial, en consecuencia carece de sustento el cargo propuesto.

Por último se recuerda que según la jurisprudencia de esta Sección para que proceda la liquidación por corrección aritmética, debe existir certeza de la declaración correcta de los valores correspondientes a los hechos imponibles o bases gravables, presupuesto éste que no se cumplió en el caso debatido, tal como resultó probado y aclarado en el proceso mediante el Certificado de Contador Público que obra a folios 24 y 25 del expediente, el cual está acompañado con los comprobantes de contabilidad y según el cual los costos y gastos de la actora por la vigencia de 1989, ascendieron a $3'672.408.oo

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:

Confírmase el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase. 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

SANEAMIENTO FISCAL DE DIVISAS. DECLARACION DE RENTA. AMNISTIA POR ACTIVOS EN EL EXTERIOR. CORRECCION DE DECLARACION DE RENTA

No se ve tan clara la apreciación de que la ley permitió acogerse al saneamiento fiscal solo mediante una declaración extemporánea o de corrección presentada antes del 30 de junio de 1992, porque aportes como el contenido en el segundo inciso del literal b) del mismo art. 1o. diferenció el impuesto complementario causado por el uso del saneamiento en un 3% "si la declaración se presenta dentro de la oportunidad legal" y del 5% si se presenta en forma extemporánea, con la cual claramente se observa que hizo referencia a los plazos para presentar declaración de renta, los cuales fueron fijados después mediante el Decreto 3101 de 1990. También la misma circunstancia de haber hecho referencia a la declaración, implica la idea de que no habiéndose hecho uso de la amnistía en una primera declaración, podía hacerse en una de corrección, con tal de que se presentara antes del 30 de junio de 1992.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 6014. Actor: Javier Cano García. Nulidad y Susp. Provisional Decreto Gob. Nal - Auto -

En ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 84 del C.C.A. el abogado JAVIER CANO GARCIA, vecino de la ciudad de Cali, demanda la declaratoria de nulidad de los incisos 6 y 7 del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 836 de 1991 (marzo 26) originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La demanda será aceptada por reunir los requisitos formales y se procederá a decidir sobre la suspensión provisional solicitada con apoyo en el artículo 152 del C.C.A.

El tema planteado se refiere a algunos de los requisitos exigidos para que fuera procedente el saneamiento fiscal de activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior que autorizó la Ley 49 de 1990 en especial en su artículo 1o. en el que, según el demandante, solamente estableció como condición la de incluir su valor "... en la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1990 o en su corrección, las cuales se deben presentar a más tardar el 30 de junio de 1992".

En sentir del actor esta disposición de la ley fué adicionada en los apartes acusados del reglamento cuando estableció intereses moratorios en las declaraciones presentadas antes del 30 de junio de 1992 y pago en una sola cuota, en los siguientes términos:

"ARTICULO 3"... Cuando la declaración se presente extemporáneamente o el contribuyente se acoja al saneamiento a través de una corrección a la declaración, antes del 30 de junio de 1992, el impuesto de saneamiento se deberá pagar en una sola cuota en la fecha de presentación de la declaración o de la corrección.

"Cuando el pago del impuesto se efectúe con posterioridad al vencimiento de los plazos anteriormente señalados, se causan intereses de mora a la misma tasa que rige para el impuesto sobre la renta".

El actor concreta los cargos en violación del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución de 1886 vigente cuando se expidieron los actos, en concordancia del numeral 11 del artículo 189 de la vigente por extralimitarse en el ejercicio de la potestad reglamentaria y el artículo 84 del C.P. por exigir requisitos adicionales a los previstos en la ley.

Igualmente considera errónea la interpretación dada en el reglamento al artículo 1o. de la Ley 49 de 1990 por cuanto según sus términos "los contribuyentes podían presentar sus declaraciones extemporáneas y de corrección, hasta el 30 de junio de 1992, sin que existiera la obligación de pagar el impuesto en una sola cuota en la fecha de presentación de la declaración, vale decir, los intereses moratorios se causaban si la declaración se presentaba y pagaba después del 30 de junio de 1992".

Afirma que "resulta ilógico que quien presentó su declaración el 29 de junio de 1992 no sea objeto de sanción, pero quien diligentemente lo hizo en 1991 se le

castigue con los intereses de mora, como lo está haciendo actualmente la Administración de Impuestos".

SE CONSIDERA:

La Sala no ve tan clara la apreciación del actor en el sentido de que la ley permitió acogerse al saneamiento fiscal sólo mediante una declaración extemporánea o de corrección presentada antes del 30 de junio de 1992, porque apartes como el contenido en el segundo inciso del literal b) del mismo artículo 1o. diferenció el impuesto complementario causado por el uso del saneamiento en un 3% "si la declaración se presenta dentro de la oportunidad legal" y del 5% si se presenta en forma extemporánea, con lo cual claramente se observa que hizo referencia a los plazos para presentar declaración de renta, los cuales fueron fijados después mediante el Decreto 3101 de 1990 (dic. 28). También la misma circunstancia de hacer referencia a la declaración de corrección, implica la idea de que no habiéndose hecho uso de la amnistía en una primera declaración, podía hacerse en una corrección, con tal de que se presentara antes del 30 de junio de 1992.

El plazo especial para hacer el saneamiento fiscal hasta el 30 de junio de 1992 no era opuesto al que podía fijar el Gobierno para presentar las declaraciones del año gravable de 1990, como en efecto los fijó dentro del primer semestre de 1991.

En cuanto al aspecto del pago tampoco se encuentra manifiesta contradicción, por la sencilla razón de que la ley no dispuso que fuera en un solo contrato o varios, de manera que el reglamento al establecer un contado, no parece contradecir a la ley.

En estas condiciones no es posible acceder a la suspensión provisional, pues será necesario analizar con más detenimiento los planteamientos del acto.

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

ADMITESE la demanda de nulidad de los incisos 6o. y 7o. del artículo 3o. del Decreto Reglamentario 836 de 1991 (marzo 26), entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. por el ciudadano JAVIER CANO GARCIA vecino de Cali, a quien se le tendrá como parte demandante. En consecuencia, se dispone:

1o. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

2o. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o a su delegado para recibir notificaciones.

3o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4o. Solicítese al Ministerio de Hacienda el envío de los antecedentes administrativos que hubiere sobre la expedición del Decreto Reglamentario 836 de 1991 en especial del Capítulo I sobre saneamiento fiscal de divisas. Término cinco (5) días.

No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la sección de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fué 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

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL. IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR. IMPUESTO A LA INTRODUCCION DE CARNE

La facultad tributaria de las Asambleas Departamentales está subordinada a la ley, tanto en la anterior como en la vigente Constitución, pero si esta consideración sirve para criticar la parte del art. 2o. de la Ordenanza 38 de 1980 en cuanto facultó al Gobierno Departamental "...para establecer nuevos gravámenes de aquellas actividades que considere convenientes..." no hay claridad sobre la incidencia de esa facultad concedida en 1980 y los aparentes desarrollos que tuvo mediante el Decreto 710 de 1971 y las Resoluciones 56 de 1989 y 77 de 1992 de la secretaría de Hacienda con la nueva disposición de la Asamblea contenida en la Ordenanza 03 de 1993 cuyo objeto principal es el Impuesto de Degüello de Ganado Mayor, respecto al cual gozan los departamentos de claras facultades de regulación según lo dispuesto en el art. 161 del Decreto 122 de 1986. En esta última manifestación de la Asamblea que posiblemente sea la que está produciendo efectos y que obviamente fue expedida en vigencia de la Constitución de 1991, sería la norma susceptible de análisis y confrontación en especial en el curso del proceso en cuanto regula a la introducción de la carne en canal al Departamento, no siendo susceptible de suspensión provisional por los argumentos y presentación dada por el actor.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 6022. Actor: Manuel H. Mendoza Torres C/ Departamento de Bolivar. Apelación Interlocutorios - Suspensión Provisional -auto-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante en acción popular de nulidad contra el auto que negó la petición de suspensión provisional de los actos acusados que en resumen son: la Ordenanza Departamental que autorizó al Gobernador del Departamento de Bolívar para revisar y reestructurar el sistema impositivo del orden departamental, pudiendo modificar la cuantía de los impuestos vigentes establecer nuevos gravámenes de aquellas actividades que considere convenientes y reglamentar su cobro (Ordenanza No. 38 de 1980), el Decreto 719 de 1971, artículo 2o. que estableció un impuesto de introducción de carne en canal al Departamento, la Resolución No. 56 de abril 3 de 1989 de la Secretaría Departamental de Hacienda que reguló los requisitos para introducir carne al Departamento, la Ordenanza No. 03 de 1993 que elevó el impuesto de Introducción de Carne a $50 el kilo y los artículos 4 y 5 que fijaron nuevos mecanismos de incremento automático del mismo.

El actor consideró como violadas varias normas de la Constitución Política de 1991: el artículo 150 numeral 2o. en cuanto radica en el Congreso de la República la facultad de decretar impuestos; el artículo 300 numeral 4o. que concede a las Asambleas la facultad de decretar tributos pero conforme a la ley, con lo cual resalta que la Asamblea y el Gobernador actuaron sin competencia para establecer el impuesto en cuestión.

También consideró transgredido el artículo 333 que consagra la libertad de la iniciativa privada y la actividad económica que puede restringir la ley, o sea, el poder legislativo, y el artículo 65 de la Constitución que atribuye especial protección del Estado a la producción de alimentos.

Adicionalmente el actor citó varias normas de rango legal relativas a la prohibición de gravar productos alimenticios como el artículo 1o. de la Ley 20 de 1946, la Ley 14 de 1983 en su artículo 14, incorporado en el Decreto 1222 de 1986 artículo 259 y la Ley 26 de 1904 relativa a la prohibición de gravámenes al tránsito de artículos de un departamento a otro.

EL AUTO APELADO. Para el Tribunal, a la luz del artículo 152 del C.C.A. no fué de recibo la suspensión pedida por el demandante, en síntesis por cuanto las normas invocadas corresponden a la Constitución promulgada en 1991 es decir, después de expedidas las normas acusadas y no se observa la ocurrencia del fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente pues la Ordenanza habilitante "no se refiere en particular a determinado impuesto para determinar si conforme a la Carta Política la Asamblea está autorizada por la ley para crear y en consecuencia modificar la cuantía de ese impuesto".

El Tribunal coincide con el demandante en el concepto de que el poder tributario de los departamentos y municipios está subordinado a la ley, tanto en la Constitución anterior como en la vigente, pero en el presente caso el actor no cita la norma o las normas de la ley o las leyes que hayan sido violadas ostensiblemente al decretar un impuesto no autorizado por ellas, y, en esas condiciones, no puede prosperar la suspensión solicitada por no poder hacerse la debida confrontación.

En cuanto a los artículos 333 y 65 no los encontró tampoco transgredidos en cuanto éstos señalan criterios al Legislador sobre especial protección a la producción de alimentos y a la iniciativa económica privada y en cuanto al artículo 259 del Código Departamental consideró que el análisis debe ser propio de la sentencia y no del auto admisorio, puesto que las normas se refieren a la facultad tributaria de las Asambleas y no al tránsito de productos entre departamentos.

En el recurso de apelación el actor insiste en su punto de vista crítica de la autorización genérica dada por la Ordenanza 38 para establecer impuestos, o lo que es lo mismo, nuevos gravámenes. Además niega que no haya cita de normas legales violadas, cuando él utilizó el sistema de comparación a doble columna.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que para que proceda la medida de la suspensión de un acto administrativo debe manifestarse en forma clara la transgresión de una norma a la cual debe estar sometido. Igualmente ha dicho la jurisprudencia que el acto acusado debe estar produciendo efectos en la actualidad, puesto que precisamente trata la medida provisoria de suspenderlos, de manera que si ha sido sustituída o derogada no existe materia sobre la cual puede recaer la orden de suspensión.

La medida de suspensión provisional constituye una valiosa herramienta de defensa de los derechos de los particulares atribuída directamente por la Constitución a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 238), por lo que su ejercicio impone una especial responsabilidad, que sólo debe concretarse cuando exista una claridad suficiente en el caso planteado, con base exclusivamente en las normas invocadas.

En el proceso que se atiende hay claridad sobre el argumento central de que la facultad tributaria de las Asambleas Departamentales está subordinada a la ley, tanto en la anterior como en la vigente Constitución, pero si esta consideración sirve para criticar la parte del artículo 2o. de la Ordenanza 38 de 1980 en cuanto

facultó al Gobierno Departamental"...para establecer nuevos gravámenes de aquellas actividades que considere convenientes...", no hay claridad sobre la incidencia de esa facultad concedida en 1980 y los aparentes desarrollos que tuvo mediante el Decreto 710 de 1971 y las Resoluciones 56 de 1989 y 77 de 1992 de la Secretaría de Hacienda, con la nueva disposición de la Asamblea contenida en la Ordenanza 03 de 1993 cuyo objeto principal es el Impuesto de Degüello de Ganado Mayor, respecto al cual gozan los departamentos de claras facultades de regulación según lo dispuesto en el artículo 161 del Decreto 1222 de 1986.

En esta última manifestación de la Asamblea que posiblemente sea la que esté produciendo efectos y que obviamente fué expedida en vigencia de la Constitución de 1991, sería la norma susceptible de análisis y confrontación en especial en el curso del proceso en cuanto regula la introducción de la carne en canal al Departamento, no siendo susceptible de suspensión provisional por los argumentos y presentación dada por el acto.

En tales condiciones, la Sala está de acuerdo con la decisión del Tribunal por lo que será confirmada ésta.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fué 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.

BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA - Reintegro. **BONOS DE GUERRA. DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR POR BONOS DE GUERRA. IMPUESTO DE GUERRA**

Del análisis del Decreto 841/93 y de la sentencia de la Corte Constitucional, se deduce que el Gobierno Nacional-Ministerio de Hacienda, al establecer la fecha límite de reintegro el 23 de octubre de 1993, se está ajustando al término de los 6 meses contados a partir de la comunicación, pues esta se efectuó el 23 de abril de 1993. En relación con el inciso acusado se deduce que este prevé la posibilidad únicamente a los Tenedores de los Bonos de Desarrollo Social y Seguridad Interna que no se acogieron al plazo referido, de hacerlo en cualquier tiempo y mediante el procedimiento de la devolución del impuesto de renta o ventas; circunstancia que no es violatoria de las normas constitucionales y legales, pues, el Gobierno Nacional no podía, bajo este precepto negarse a reintegros solicitados pues este sólo opera en el caso de los contribuyentes que no hicieron uso oportuno de su derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativa - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5804. Actor: Gabriel Cuero Vallecilla. C/la Nación. Nulidad del último inciso del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 841 de mayo 6 de 1993. Fallo

Decide la Sala sobre la demanda que en acción de nulidad presentó en su propio nombre el ciudadano GABRIEL CUERO VALLECILLA contra el último inciso del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 841 de mayo 6 de 1993.

EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Se trata del Decreto Reglamentario 841 del 6 de mayo de 1993, inciso final, expedido por el Gobierno Nacional, publicado en el Diario Oficial No. 40.864, del viernes 7 de mayo de 1993, cuyo tenor es el siguiente:

"Art. 6: Reingreso de la inversión..."

"Los tenedores que no soliciten el reintegro en la oportunidad indicada en el inciso segundo de este artículo podrán obtenerlo de conformidad con el procedimiento ordinario de devoluciones de impuestos". (Fl. 13).

LA DEMANDA

Mediante la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se solicitó la nulidad y suspensión del acto administrativo citado por ser violatorio del artículo 189 ordinal 10 de la Constitución Política y artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por las siguientes razones:

- Argumenta el actor que mediante el Decreto citado se desacata la sentencia de la Corte Constitucional C-149/93 que ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público "reintegrar las sumas recaudadas por concepto de los Bonos para Desarrollo Social y Seguridad Interna (BDSI).

- También del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por cuanto este dispone que las sentencias que profiera la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento", y en el presente caso la sentencia de la Corte Constitucional referida ordenó reintegrar en un término no mayor de 6 meses la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6o. de 1992", término al cual no se acogió el Decreto demandado.

TRAMITE PROCESAL

El Actor solicitó de modo expreso en la demanda la suspensión provisional del acto acusado, la cual fué resuelta en auto del 23 de septiembre de 1994, negándose tal pretensión.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda, concurrió al proceso mediante apoderada para oponerse a la demanda. Expone las siguientes razones de defensa de la norma demandada.

Considera infundadas las pretensiones del demandante por cuanto que el Gobierno Nacional no solo acató la decisión judicial y dió cumplimiento a los términos señalados en la sentencia referida, sino que, además, previó un término de reintegro más amplio, para el caso de los tenedores de los Bonos de Desarrollo Social y Seguridad Interna que dentro del plazo estipulado no hubieran solicitado su reintegro, con el fin de evitar un enriquecimiento ilícito por parte del Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSION

a) Del actor

El actor reitera sus argumentos de la demanda, reforzándolos con jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual se habla de la obligatoriedad de los términos de caducidad, para concluir que el plazo o término para reintegrar lo indebidamente cobrado venció el 23 de octubre de 1993, además, que el artículo 855 del Estatuto Tributario no es norma aplicable para la devolución de lo indebidamente pagado, pues éste, solo se refiere a las devoluciones de saldos que figuran en las declaraciones de renta o ventas.

b) El demandado

La apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Doctora Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, solicita se nieguen las súplicas de la demanda al considerar que no se ven las violaciones anotadas por el actor por cuanto el Decreto acusado, solo pretende que los contribuyentes que no hubiesen solicitado el reembolso de los Bonos para el Desarrollo Social y Seguridad Interna lo puedan exigir en cualquier tiempo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia planteada a la Sala consiste en establecer si el inciso final del artículo 6o. del Decreto 841 de 1993 "por el cual se adoptan medidas para dar

cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional" es violatorio del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.

La Sala, al analizar la sentencia C-149 del 22 de abril, observa que en efecto, la sentencia C-149/93 que declaró la inexequibilidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6a. de 1992 sobre títulos denominados Bonos para el Desarrollo y Seguridad Social ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público REINTEGRAR en un término que no podrá ser superior a seis (6) meses contados a partir de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la Ley 6a. de 1992.

El Decreto 841 de 1993 dispuso:

"Artículo 6o.: Reintegro de Inversión. Los tenedores de "Bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI)" tendrán derecho, a partir del 15 de septiembre de 1993, al reintegro de su valor en moneda nacional, a través de las oficinas de los Bancos Cafetero, del Estado y Popular donde efectuaron la suscripción.

"Los tenedores de los "Bonos para desarrollo social y seguridad interna (BDSI)" que deseen obtener el reintegro entre el 13 de septiembre y el 23 de octubre de 1993 deberán comunicar por escrito a la entidad financiera que los expidió, a más tardar el 31 de julio de 1993 su interés de redimirlos en efectivo y entregar los títulos en la oficina del Banco donde se efectuó la suscripción, a más tardar el 31 de agosto de 1993. La Dirección del Tesoro Nacional -Ministerio de Hacienda y Crédito Público situará en las entidades financieras antes aludidas las cuantías requeridas para el reintegro de lo recaudado.

"Las condiciones y procedimientos para el reintegro de lo recaudado serán determinados mediante resolución que expedirá la Dirección del Tesoro Nacional -Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Los tenedores que no soliciten el reintegro en la oportunidad indicada en el inciso segundo de este artículo podrán obtenerlo de conformidad con el procedimiento ordinario de devoluciones de impuestos." (fl. 13).

Analizando la norma transcrita observa la Sala que el Decreto mencionado entre otras cosas estipula como fecha límite para el reintegro el 23 de octubre de 1993, y establece el procedimiento para tal reintegro; y en el inciso final, determina el procedimiento para el reintegro de los Bonos citados que no hayan sido solicitados en la oportunidad prevista en el mismo artículo.

Del análisis de esta norma, y de la sentencia referida, deduce la Sala que el Gobierno Nacional -Ministerio de Hacienda-, al establecer la fecha límite de reintegro el 23 de octubre de 1993, se está ajustando al término de los 6 meses contados a partir de la comunicación, pues ésta se efectuó el 23 de abril de 1993.

En relación con el inciso acusado, deduce la Corporación que este prevé la posibilidad únicamente a los Tenedores de los Bonos de Desarrollo Social de Seguridad Interna que no se acogieron al plazo referido, de hacerlo en cualquier tiempo y mediante el procedimiento de la devolución del impuesto de renta y ventas; circunstancia que a juicio de la Corporación no es violatoria de las normas constitucionales y legales mencionadas por el actor, pues, el Gobierno Nacional no podía, bajo este precepto negarse a reintegros solicitados pues este sólo opera en el caso de los contribuyentes que no hicieron uso oportuno de su derecho.

En conclusión, la norma acusada no contraviene las normas constitucionales y legales a las cuales debería ajustarse, según lo anteriormente comentado.

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:

DENIEGUENSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente 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

GRAVAMEN A BIEN PUBLICO. GRAVAMEN A VIA PUBLICA. IMPUESTO AL USO DEL SUBSUELO

Los Concejos Municipales en materia de imposición de impuestos, deben sujetarse siempre a las prescripciones de la Constitución Política y de la ley; y, el Decreto Ley 1333 de 1986, en concordancia con la Ley 97 de 1913, además de otros impuestos, autoriza a los Concejos Municipales para crear el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas. Si bien las vías públicas son bienes, no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, no todos los bienes públicos son vías públicas; por consiguiente si el legislador al establecer la facultad de imponer tributos, entre otros, a las vías públicas, lo hizo con esta limitación, es decir, circunscribiendo tal facultad a dichas vías, se estima que el Concejo Municipal de Villavicencio no podía extralimitarse ni ampliar tal tributo generalizándolo a todos los bienes públicos, pues sus facultades están limitadas a las normas constitucionales y legales. En conclusión la norma acusada transgrede el artículo 313 del Régimen Político Municipal, por consiguiente está viciado de nulidad.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5865. Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino C/ Municipio de Villavicencio. Apelación sentencia de 16 de agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Villavicencio contra la sentencia del 16 de agosto de 1994 mediante la

cual el Tribunal Administrativo del Meta accedió a decretar la nulidad del artículo 1o. del Acuerdo No. 007 de 5 de marzo de 1993, expedido en el Concejo Municipal de Villavicencio.

ANTECEDENTES FACTICOS

El ciudadano VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad del artículo 1o. del Acuerdo 007 de marzo 5 de 1993, expedido por el CONCEJO MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO por medio del cual se reglamenta el cobro del impuesto por concepto del uso del subsuelo en las vías públicas y por las excavaciones en las mismas.

Manifiesta el actor, en favor de su pretensión que el Acuerdo 007 de 1993 es manifiestamente contrario al numeral 4o. del artículo 313 de la Constitución Política.

FALLO DEL *A-QUO*

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante providencia del 16 de agosto de 1994, accedió a las pretensiones del actor, decretando la nulidad del artículo 1o. del Acuerdo 007 del 5 de marzo de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio por las siguientes consideraciones:

"Se tiene que las Corporaciones Edilicias por mandato legal ejercen la facultad impositiva, sujetándose en forma incontrovertible a la Constitución y a la Ley. Dicho de otra manera los Concejos Municipales en el aspecto de impuestos, los pueden imponer dentro de su respectiva circunscripción, pero esta facultad es eminentemente residual, por cuanto como puede fácilmente apreciarse, en todo momento deben sujetarse a los mandatos de la Carta Política y a disposiciones legales de mayor jerarquía. Debe recordarse como hoy existen leyes marco, leyes orgánicas, leyes estatutarias y decretos con fuerza de ley; he ahí la razón por la cual se afirma el porqué de la atención que se debe observar a leyes de superior jerarquía.

"De la lectura del acto administrativo complejo que se impugna en su artículo 19, indudablemente este quebranta tanto el artículo 313 numeral 4 de la Constitución como el artículo 233 literal c) del Decreto Ley 1333 de 1986, por cuanto como bien lo afirma el actor y en el mismo sentido lo ha entendido

nuestro Colaborar Fiscal, el Concejo Municipal de Villavicencio se extralimitó en sus facultades, al imponer un gravámen en forma indiscriminada a todos los bienes de uso público, cuando solo lo podía hacer entrátandose de la utilización del subsuelo en las vías públicas.

"...

"Al haber actuado la Corporación Administrativa -Concejo Municipal de Villavicencio- como lo hizo, desconoció como se reitera los mandatos constitucional y legal que se han transcrito en el cuerpo de este proveído. Cabe destacar igualmente que la intitulación en el cobro de impuestos por concepto del uso del subsuelo en las vías públicas, lo mismo que por las excavaciones que en ellas se efectúen, (sic) no concordando con lo desarrollado en el artículo 1o. que ha sido objeto del ataque." (fls. 76/78).

APELACION

La apoderada judicial del Municipio de Villavicencio, inconforme con la decisión del Tribunal *a-quo,* interpuso recurso de apelación, solicitando, se revoque el fallo de nulidad del Acuerdo referido y en su lugar, se declare conforme a derecho.

Expone los siguientes motivos de inconformidad:

"Considero existe un error del significado de las palabras "bienes de uso público" para representar a TODOS los bienes de la República y "vías públicas" la especie de "bienes de uso público" que serían las únicas susceptibles de ser gravables según esa restringida interpretación que dió como resultado tan injusta decisión. Para sustentar lo anterior me remito al Código Civil ya que el Código (sic) Administrativo no aclara el tema de bienes de la república y transcribo el art. 674 inc 2o. y 3o.:

"Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes y caminos, se llaman **bienes de la Unión de uso público (sic) o bienes públicos del territorio".** (El subrayado es mío para destacarlo como la bastardilla del texto).

"Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

"La palabra Unión y República quedó en el inc. 1o. como sinónimo. Lo anterior implica una diferencia clara y precisa de los bienes de la República y que no todos son de uso público; el género (sic) se encuentra en el inc 3o. y la especie en el 2o. y el elemento diferenciador es el USO. Como las vías tienen uso frecuente de los habitantes, son "bienes de uso político" y por eso pueden ser gravadas, los demás (sic) bienes que no tienen uso de la comunidad, se llaman bienes fiscales o bienes de la república y esos no los está gravando el Acuerdo en su art. 1o.; tampoco lo hace con los bienes descritos en el art. 676 del C.C. que citan los Honorables Magistrados, porque esos constituyen una excepción a los bienes de uso público (sic) y de propiedad de la república.

"...

"Así las cosas es imposible decretar Nulidad de un Acuerdo conforme a Derecho e inconforme a la interpretación y significado de las palabras. Tampoco hay extralimitación en las funciones del Concejo, porque esta medida tiene rango superior; ya en la Ley 97 de 1913 en su art. 1o., literal j) se cobrará (sic) este impuesto y el texto es idéntico (sic) al art. 233 del D. 1333/86, que se considera quebrantado; sobre la autorización del Concejo en su Art. 7o., con el Régimen (sic) Municipal ya no fué necesario, luego la facultad del concejo (sic) es plena y conforme a derecho, por eso no viola la ley. Tampoco viola la C.N. porque el art. 313 "votar de conformidad con la Constitución y la Ley los tributos y los gastos locales" lo hace precisamente el Concejo con este Acuerdo y ya hemos visto que no viola ninguna norma y que sobre el tema específico (sic) no hay prohibición o limitación alguna". (Fls. 82/83).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Doctora Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada en esta Corporación.

Manifiesta que le asistió razón al Tribunal, para decretar la nulidad impetrada en consecuencia, la sentencia apelada merece ser confirmada.

CONSIDERACIONES

La controversia planteada a esta Corporación, consiste en determinar si el artículo 1o. del Acuerdo 007 de 1993 expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, transgrede el artículo 113, numeral 4o. de la Constitución Política y 233 literal c, del Régimen Político Municipal.

Para resolver se considera:

Del análisis de la norma constitucional se infiere que los Concejos Municipales en materia de imposición de impuestos, deben sujetarse siempre a las prescripciones de la Constitución Política y de la ley; y, el Decreto Ley 1333 de 1986, en concordancia con la Ley 97 de 1913, además de otros impuestos, autoriza a los Concejos Municipales para crear el impuesto por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas, por consiguiente, a juicio de la Sala, es evidente que el Acuerdo Municipal acusado está limitado por las normas transcritas anteriormente.

Observa la Corporación que el Acuerdo 007 de 1993 expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, queriendo seguir estos lineamientos ha dicho:

Acuerdo No. 007 de 1993

"Por medio del cual se reglamenta el cobro del impuesto por concepto del uso del subsuelo en las vías públicas y por las excavaciones en las mismas".

Sin embargo en su articulado, como lo afirma el actor, sustituye las palabras vías públicas por bienes del uso público.

Al respecto, y compartiendo los argumentos del Tribunal *a-quo* y la Procuraduría Séptima Delegada ante la Corporación, la Sala considera que sí existe causal de nulidad, razón por la cual confirmará la providencia recurrida, por las siguientes razones:

Si bien las vías públicas son bienes públicos, no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, no todos los bienes públicos son vías públicas; por consiguiente si el legislador al establecer la facultad de imponer tributos, entre otros, a las vías públicas, lo hizo con esta limitación, es decir, circunscribiendo tal facultad a dichas vías, estima la Sala que el Concejo Municipal de Villavicencio no podía extralimitarse ni ampliar tal tributo generalizándolo a todos los bienes públicos, pues, como se dijo anteriormente, sus facultades están limitadas a las normas constitucionales y legales.

En conclusión, la norma acusada transgrede el artículo 313 de la Constitución Nacional, y el artículo 233 del Régimen Político Municipal, por consiguiente está viciado de nulidad y así se manifestará en la decisión.

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 recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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 Chahin Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

IVA EN IMPORTACION DE MAQUINARIA. CAUSACION DEL IVA. SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Aun cuando se encuentran reunidos los requisitos de oportuna solicitud y debida sustentación, no existe en el presente caso una "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma", es decir, una violación que como lo ha entendido la jurisprudencia, salte a la vista, y se pueda percibir a través de una comparación sencilla entre la norma acusada y la norma superior de derecho que se alega como desconocida. Es así como la conclusión a la que llega el demandante, es decir la de que el acto administrativo acusado es manifiestamente ilegal, pues "establece el gravamen sobre las partes y piezas de la maquinaria importada en forma fraccionada", ya que las piezas que se consideran sobrantes al tiempo de la importación y causación del impuesto, pueden no serlo una vez constituida la maquinaria, es una conclusión que no es fruto de la simple y sencilla comparación de textos, sino el resultado de todo un razonamiento ajeno al texto de la norma que se aduce como violada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5975, Actor: Mauricio Alfredo Plazas Vega - Auto

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Mauricio Alfredo Plazas Vega, en nombre propio, demanda a la Nación representada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que se declare la nulidad del artículo 4 del Decreto Reglamentario No. 1803 de 1994.

El artículo cuya declaratoria de nulidad se demanda, es del siguiente tenor:

"Artículo 4o: La importación de los elementos que excedan el número de los requeridos para constituir una máquina completa o incompleta con las características de la máquina completa, deberá efectuarse por el régimen general que regula las importaciones y no se considerarán como componentes de la maquinaria pesada. Por lo tanto su importación causará el impuesto sobre las ventas vigente en la fecha de la presentación de la declaración de importación".

El actor aduce como violados por el acto administrativo cuya nulidad demanda, los artículos 428 literal e) y 684 del Estatuto Tributario, y, 83, 113, 189 y No. 11 y 338 de la Constitución Nacional.

El concepto de violación radica en que "la disposición demandada es inaplicable en el caso de las maquinarias pesadas importadas por partes respecto de las cuales es imposible saber con exactitud, en el momento de su nacionalización, la cantidad de partes y piezas necesarias para constituirlas".

"De donde se sigue que si el art. 4o. del Decr. Reg. 1803 de 1994 se aplicara en este caso, no se gravaría con el I.V.A. la importación de partes y piezas sobrantes, pues en el momento de la nacionalización de tales bienes, éstos no son excedentes, sino piezas, aparatos o máquinas destinadas a la constitución de maquinarias pesadas determinadas, cuya importación no está gravada con el I.V.A. según el art. 428, lit. e) del E.T."

De otra parte, "de acuerdo con el artículo 428, literal e), del E.T., no está gravada con el I.V.A. la importación de los repuestos destinados exclusivamente a sustituir las partes y piezas de una maquinaria determinada, cuando corresponden a maquinarias pesadas para industrias básicas y no se producen en el país; beneficio fiscal del que queda excluída la importación de tales bienes, de conformidad con la disposición reglamentaria demandada, según lo hemos demostrado."

Continúa el accionante expresando que además de violarse el artículo 428 literal e) del Estatuto Tributario, se están desconociendo algunas normas de rango constitucional.

En ese orden de ideas, aduce como violado el artículo 83 de la Constitución Nacional, en la medida en que "la aplicación de la disposición acusada, necesariamente tendría que partir del supuesto de que las partes y piezas mencionadas son sobrantes, y, en consecuencia, de la mala fé del importador".

Además, considera que se desconoce el artículo 338 de la Carta Fundamental, pues "no es función del Gobierno Nacional fijar, mediante Decretos Reglamentarios, los hechos generadores de los impuestos ni sus excepciones: del mismo modo que tampoco es función suya establecer restricciones a los beneficios tributarios fijados por el legislador".

Por último, manifiesta el demandante que se vulnera el artículo 189 numeral 11 de la Carta, ya que si "mediante la expedición de Decretos Reglamentarios, el Gobierno Nacional dicta disposiciones inaplicables o que restringen el alcance de las disposiciones legales por ellas reglamentadas, no excede en el ejercicio de dicha potestad".

En el mismo escrito de demanda, el actor solicita la suspensión provisional del acto administrativo acusado, al considerar que infringe de manera manifiesta el artículo 428 literal e) del Estatuto Tributario, pues mientras que la norma legal dispone que "la maquinaria pesada para industrias básicas no causa I.V.A. con motivo de su importación, sin distinguir si tal importación se refiere a un todo o si se efectúa sucesivamente, por partes y piezas". La norma acusada "establece el gravamen sobre las partes y piezas de la maquinaria importada en forma fraccionada", ya que al prescribir que el gravamen se causa en relación con "los sobrantes", crea un gravamen "sobre las partes y piezas que, consideradas como sobrantes al tiempo de la importación y causación del impuesto, no lo sean en realidad, una vez constituída la maquinaria".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El escrito que contiene la demanda reúne los requisitos de forma exigidos por los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, procede su admisión como se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia.

En relación con la petición de suspensión provisional, la Sala considera que aun cuando se encuentran reunidos los requisitos de oportuna solicitud y debida sustentación, no existe en el presente caso una "manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma", es decir, una violación que como lo ha entendido la jurisprudencia, salte a la vista, y se pueda percibir a través de una comparación sencilla entre la norma acusada y la norma superior de derecho que se alega como desconocida.

Es así como la conclusión a la que llega el demandante, es decir la de que el acto administrativo acusado es manifiestamente ilegal, pues "establece el grava-

men sobre las partes y piezas de la maquinaria importada en forma fraccionada", ya que las piezas que se consideran sobrantes al tiempo de la importación y causación del impuesto, pueden no serlo una vez constituída la maquinaria, es una conclusión que no es fruto de la simple y sencilla comparación de textos, sino el resultado de todo un razonamiento ajeno al texto de la norma que se aduce como violada, razón por la cual, se excluye de conformidad con la jurisprudencia y la ley, el carácter de "manifiesta" de la supuesta violación.

Así mismo, la certeza de si al momento de la importación es realmente posible o nó la existencia de "sobrantes", no se obtiene con base en una sencilla comparación de textos, y por ende, no se presenta por parte del acto administrativo acusado, una oposición flagrante a la norma superior que se señala como violada.

Adicionalmente, y sobre el punto en comento, es necesario la realización de un análisis que por la naturaleza misma de la medida de suspensión provisional, no puede ser efectuado en la presente oportunidad procesal.

Ahora bien, en relación con la manifiesta infracción de la norma superior invocada, debe recordarse la precisión hecha por esta Sala, en auto del 1 de junio de 1977, expediente 4503, Consejero Ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro, en los siguientes términos: "No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea, en la doctrina que lleven consigo las palabras con que esté redactada la norma superior".

Por consiguiente, en el caso *sublite* no se dan todas las circunstancias previstas en la ley para decretar la suspensión provisional del acto administrativo demandado y por lo mismo no se decretará la suspensión solicitada.

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

RESUELVE:

1o. Admítese la demanda.

2o. Notifíquese personalmente la presente providencia al Ministerio Público ante la Corporación.

3o. Notifíquese personalmente la presente providencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Ministro de Comercio Exterior.

4o. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5o. Solicítese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del Decreto Reglamentario Número 1803 de 1994, para lo cual se concede un término de cinco (5) días.

6o. Niégase la solictud de suspensión provisional del acto administrativo demandado por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

7o. Téngase al ciudadano Mauricio Alfredo Plazas Vega como demandante.

Copiése, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

INGRESOS PARA TERCEROS. INSPECCION TRIBUTARIA. PRUEBA CONTABLE. MERCANCIAS DE CONSIGNACION

Aunque el acta de inspección administrativa, no tiene carácter de plena prueba, la ley si presume legalmente su conformidad con los libros de contabilidad y que los datos en ella consignados están tomados fielmente de los registros contables, salvo que el contribuyente demuestre su inconformidad, según lo preveía el art. 92 del Decreto 1651 de 1961, hoy art. 782 del Estatuto Tributario. Si bien la sociedad contribuyente alega que llevaba los registros contables de acuerdo con las exigencias legales, no realizó en la vía gubernativa diligencia tendiente a desvirtuar el acta de visita ni las conclusiones del acto administrativo en este aspecto, como tampoco lo hizo con oportunidad del proceso contencioso, pues no presentó prueba contable (certificado de revisor fiscal), ni solicitó prueba de peritos ante la jurisdicción. De tal suerte que no logró desvirtuar el acto administrativo cuestionado en cuanto asevera que los ingresos eran de la sociedad contribuyente y que los omitió. Bien hubiera podido la contribuyente presentar las declaraciones tributarias de los consignantes: Renta, IVA o retenciones, las remisiones de las mercancías en consignación, el ingreso de la mercancía a las bodegas o almacenes de la actora, o cualquiera otro documento que permitiera dar certeza sobre la realidad de las ventas de mercancías en consignación, y por ende de los ingresos recibidos para terceros.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Expediente No. 5858. Actor: Colombian Bags Ltda (hoy Catalcom Ltda.). Apelación de la sentencia del 14 de julio de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas 1986 - Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 14 de julio de 1994 desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad COLOMBIAN BAGS LTDA, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó mediante liquidación de revisión el impuesto sobre las ventas por el año fiscal de 1986.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó la declaración del impuesto sobre las ventas del año gravable de 1986 determinando un saldo a favor por $20'469.225 cuya devolución solicitó en la oportunidad debida.

Dicha suma le fué reconocida por la Administración mediante Resolución 01805 del 1o. de Septiembre de 1989.

Posteriormente la misma Administración mediante autos Nros. 01368 de Julio 23 de 1990, 010 de Enero 29 de 1991 y 056 de Febrero 14 de 1991, ordenó inspección tributaria con el fin de verificar la procedencia de la devolución pedida y reconocida.

Adelantada la investigación respectiva la Administración concluyó que la sociedad omitió declarar ventas gravadas por valor de $ 42'972.631.

El 26 de agosto de 1991 la División de Fiscalización profirió el requerimiento especial 00074 en el cual propuso a la contribuyente la modificación de su liquidación privada como consecuencia de la adición de las ventas omitidas contabilizadas en la cuenta Acreedores Varios en cuantía de $39'521.909 a Humberto Pinto, y $3'450.722, valor consignado en la cuenta corriente a nombre de Alberto Ortíz González y la imposición de la sanción por inexactitud.

La sociedad dió respuesta al requerimiento alegando que los valores glosados correspondían a ingresos de terceros por venta de mercancía en consignación.

El 26 de Mayo de 1992 la División de Liquidación practicó la liquidación de revisión #033, concretando la propuesta formulada en el requerimiento: adición de ventas omitidas e imposición de sanción por inexactitud, toda vez que la contribuyente no aportó los documentos probatorios que confirmaran las ventas por consignación, ni registró las mismas en cuentas de orden como era lo debido.

Contra dicho acto administrativo el contribuyente recurrió en reconsideración reiterando el hecho alegado y acompañó fotocopia auténtica de los contratos de consignación 001 y 002.

El recurso fué resuelto mediante resolución 0161 de Abril 29 de 1993 que confirmó el acto recurrido en razón de que los contratos presentados no tenían fecha cierta en el año de 1986, pues sólo fueron presentados para autenticación de firmas el 22 de Febrero de 1990.

LA DEMANDA

La contribuyente demandó la nulidad de los citados actos administrativos y el restablecimiento del derecho, porque la Administración violó los artículos 363 de la Constitución Nacional, 767, 772 y 774 del Estatuto Tributario, 1377 y siguientes del Código de Comercio, al dar aplicación retroactiva para el año de 1986, al Decreto 624 de 1989 por medio del cual se expidió el Estatuto Tributario y desconoció la contabilidad como medio de prueba.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda, considerando como:

a)No hubo aplicación retroactiva del artículo 767 del Estatuto Tributario pues el Decreto 624 de 1989 sólo codificó las normas con fuerza de ley preexistentes, entre ellas el inciso 2o. del artículo 76 del Decreto 1651 de 1961, vigente para el año de 1986, período investigado, y como consecuencia tampoco se incurrió en transgresión del artículo 636 de la Constitución Nacional.

b)No se incurrió en violación de los artículos 772 y 774 del Estatuto Tributario, porque como se consignó en el acta de visita, los ingresos aparecían consignados en las ventas ordinarias del contribuyente, sin que se hubieran registrado como cuentas de orden, y si bien los contratos presentados debian admitirse como prueba, adolecían de los elementos que para el contrato de consignación preveía el

Código de Comercio en sus artículos 1377 y siguientes. Además, no cumplió la sociedad con las estipulaciones del artículo 93 del Decreto 2160 de 1986 para el registro de las llamadas cuentas de orden de manera que permitiera dar por demostrado el hecho alegado.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia y disiente de la decisión tomada al considerar que el Tribunal en su análisis desconoció que el artículo 1379 del Código de Comercio, establece un margen de libertad tan amplio como el que la ley expresamente reconoce a quienes intervienen en esta clase de acuerdos, y que la interpretación sobre el contrato de consignación que efectúa el *a-quo*, no sólo viola el espíritu que anima la legislación comercial cuando de reglamentar las relaciones mercantiles se trata, sino que recorta el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, propio del derecho privado, lo cual considera suficiente para revocar la sentencia apelada y acceder a las pretensiones de la demanda.

Seguidamente expone sus concepciones sobre el contrato de consignación y su importancia en la decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la demandada al alegar de conclusión, se opone a los argumentos de la actora, expresando, con invocación de los artículos 742, 743 y 767 del Estatuto Tributario y 252 del Código de Procedimiento Civil, que los contratos allegados por el demandante, no tienen valor probatorio requerido para desvirtuar la diferencia encontrada por la Administración en la visita de inspección tributaria, entre las ventas declaradas y las ventas planilladas por la sociedad en el año de 1986, ya que tampoco la contabilidad registraba los movimientos pertinentes en cuentas de orden como lo exigían los artículos 92 y 93 del Decreto 2160 de 1986.

La actora al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos al apelar, acerca de la interpretación efectuada por el *a-quo* sobre la naturaleza jurídica del contrato de consignación y la importancia de los contratos celebrados para la decisión, porque dada la naturaleza de los mismos las mercancías recibidas estaban en tránsito y no pertenecían al actor y por ende el único ingreso que podría imputársele era la comisión derivada de las ventas que efectuara, hecho que ignoró la Administración y que el Tribunal soslayó al efectuar el análisis de la existencia y realidad de los contratos citados.

Expresa que en cuanto a los aspectos contables no se probó ningún tipo de violación a las normas que rigen registros y anotaciones.

Pide se revoque la sentencia y se declare sin efecto los actos controvertidos en la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso no presentó alegato final.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acervo documental que obra en el expediente permite precisar a la Sala que el asunto *sub-júdice* gira en torno al aspecto probatorio de la naturaleza de los ingresos glosados por la Administración, cuya existencia no se discute, pues mientras ésta estima que son propios de la sociedad contribuyente, la parte actora alega que son ingresos para terceros, por corresponder a ventas de mercancía recibidas en consignación.

Obran como pruebas en el proceso, la verificación que de la contabilidad de la actora efectuó la Administración de Impuestos en virtud de los autos comisorios 1368 de Julio 20 de 1990, 0010 y 056 de Enero 31 y Febrero 14 de 1991 respectivamente, en la cual estableció una diferencia en ventas de $ 43'474.099.50, resultante del valor de las planillas de facturas (209.000.428.30) y las ventas contabilizadas en la cuenta No. 90- nacionales, por $150.478.481 y declaradas como ventas del período gravable.

Señala igualmente la Administración en el acto administrativo de liquidación, con base en el acta de inspección administrativa, que los registros contables de la sociedad no permiten afirmar que se trata de ingresos recibidos para terceros, toda vez que no aparecían registradas en cuentas de orden como lo exigían las normas contables.

Aunque el acta de inspección administrativa, como en repetidas oportunidades ha precisado la Sala no tiene carácter de plena prueba, la ley sí presume legalmente su conformidad con los libros de contabilidad y que los datos en ella consignados están tomados fielmente de los registros contables, salvo que el contribuyente demuestre su inconformidad, según lo preveía el artículo 92 del Decreto 1651 de 1961, hoy artículo 782 del Estatuto Tributario.

Observa la Sala que, si bien la sociedad contribuyente alega que llevaba los registros contables de acuerdo con las exigencias legales, no realizó en la vía gubernativa diligencia tendiente a desvirtuar el acta de visita ni las conclusiones del acto administrativo en este aspecto, como tampoco lo hizo con oportunidad del proceso contencioso, pues no presentó prueba contable (certificado de revisor fiscal), ni solicitó prueba de peritos ante la jurisdicción. De tal suerte que no logró desvirtuar el acto administrativo cuestionado en cuanto asevera que los ingresos eran de la sociedad contribuyente y que los omitió.

Si bien es cierto que presentó los contratos de consignación con el socio Alberto Ortiz González y con Humberto Pinto, dichos documentos no son suficientes para probar con certeza el carácter de ingresos recibidos para terceros, alegado por la sociedad, sobre los pagos custionados, en primer lugar, porque uno de los supuestos consignantes es el socio mayoritario de la sociedad, y en segundo lugar porque la fecha cierta de los documentos es posterior a la de los actos de determinación del tributo y no aparece otra prueba que permita deducir a la Sala que los pagos hechos por la sociedad a Humberto Pinto y Alberto Ortiz González fueran por concepto de ventas de mercancías en consignación.

Bien hubiera podido la contribuyente presentar las declaraciones tributarias de los consignantes: renta, IVA o retenciones, las remisiones de las mercancías en consignación, el ingreso de la mercancía a las bodegas o almacenes de la actora, o cualquiera otro documento que permitiera dar certeza sobre la realidad de las ventas de mercancías en consignación, y por ende de los ingresos recibidos para terceros, así como los documentos que demuestran las comisiones recibidas por el consignatario sobre las mismas.

En conclusión, a juicio de la Sala el acervo probatorio allegado no fué suficiente para desvirtuar la presunción establecida por la ley para el acta de visita y por ende la de legalidad del acto administrativo, prevista en el artículo 66 del Decreto 01 de 1984. En consecuencia la sentencia de primera instancia en cuanto deniega las súplicas de la demanda merece ser confirmada 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 proferida el 14 de Julio de 1984 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 9679.

2.- RECONOCESE personería a la doctora Myriam Herlinda Roncancio a término del poder que obra a folio 109 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Esta providencia fué 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.

DISTRITO CAPITAL - Régimen Político y Administrativo. **GOBIERNO. FACULTAD LEGISLATIVA ESPECIAL. ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL**

El régimen político, administrativo y fiscal del Distrito Capital, es el que para la ciudad establecen la propia Constitución, las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten y supletivamente, el ordenamiento común vigente para los demás municipios, tal como lo interpretó y consignó el Decreto 1421 de 1993. Mediante el art. 41 transitorio de la Constitución Nacional se previó que si dentro del lapso allí dispuesto, el Congreso no ejercía su función de dictar la respectiva ley, el Gobierno expediría las "normas correspondientes", vale decir, las que debería haber dictado el Congreso. Así el Constituyente otorgó facultades legislativas especiales al Gobierno, para que en obedecimiento a lo dispuesto en el art. transitorio 41, fue expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley, dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales, que por UNA SOLA VEZ, le otorgó directamente la Constitución al Gobierno para que actuara en sustitución del órgano legislativo, dictando las normas correspondientes, en materia política, fiscal y administrativa. Las facultades que el Constituyente, de manera excepcional y única, radicó en cabeza del Gobierno, también son diferentes de las facultades extraordinarias, que al amparo del artículo 150 numeral 10 de la Carta, puede el Congreso en cumplimiento de sus funciones, conceder al Gobierno para que este actúe como legislador extraordinario, con las limitaciones en cuanto a materia, tiempo, iniciativa, etc., pues sabido es que entre otras previsiones, no pueden ser conferidas para decretar impuestos, según lo dispone el último inciso de la norma, y además porque las facultades que allí se mencionan son precisas y *protémpore,* aspecto este último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo 41 transitorio.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL. FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL GOBIERNO. CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL. ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL

Las facultades que el Constituyente de manera excepcional y única, radicó en cabeza del Gobierno, también son diferentes de las facultades extraordinarias que al amparo del artículo 150 numeral 10 de la Carta, puede el Congreso en cumplimiento de sus funciones, conceder al Gobierno para que este actúe como legislador extraordinario, con las limitaciones en cuanto a materia, tiempo, iniciativa, etc. pues sabido es que entre otras previsiones, no pueden ser conferidas para decretar impuestos, según lo dispuesto en el último inciso de la norma, y además porque las facultades que allí se mencionan son precisas y *protémpore*, aspecto este último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo transitorio. Si fuera cierto que mediante el acto acusado se facultó de "manera general e indiscriminada al Concejo Distrital para establecer, reformar o eliminar tributos e impuestos, despojándose de esta forma al Congreso de una facultad que le es propia y que no podía ser delegada en el Concejo Distrital", podría decirse que tiene razón el actor, pues implicaría el establecimiento de una "soberanía fiscal" para el Distrito capital de Santa Fe de Bogotá, que comportaría la libre facultad de crear impuestos, tasas y contribuciones, sin consideración a las disposiciones fundamentales transcritas. Sin embargo, el actor llega a semejante conclusión en virtud de que efectúa una lectura aislada del numeral demandado sin INTEGRARLO CON SU ENUNCIADO GENERAL, que señala en forma precisa que las funciones que allí se atribuyen al Concejo, deberán ejercerce " de conformidad con la Constitución y la ley". Del artículo 12 del Estatuto de Bogotá surge sin lugar a dudas que la cuestionada facultad del Concejo Distrital no es soberana o totalmente autónoma, sino que su ejercicio está supeditado a lo que disponga la Constitución y la ley.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5021. Actor: Hernando Pinzón Avila Decreto 1421 de 1993 -fallo-

El ciudadano HERNANDO PINZON AVILA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad parcial por inconstitucionalidad del numeral 3o. del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades a él conferidas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política de 1991, para expedir el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

AL ACTO ACUSADO

Ante esta jurisdicción se demanda la nulidad parcial del numeral 3o. del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, en los vocablos subrayados, así:

"ARTICULO 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y la ley:

.....

.....

3o. Establecer, reformar o eliminar **tributos**, contribuciones, **impuestos** y sobretasas; ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos con el fin de garantizar el efectivo recaudo de aquéllos".

LA DEMANDA

A juicio de la parte actora los términos "**tributos**" e "**impuestos**", contenidos en el numeral 3o. del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, resultan violatorios de las siguientes normas constitucionales: artículo transitorio 41, 150 numeral 12, 313 numeral 4o. y 338 inciso 1o., por las razones que a continuación se expresan.

Violación del artículo 41 transitorio de la Constitución: sostiene el actor que la facultad concedida por la Asamblea Nacional Constituyente, se circunscribió de manera precisa a los artículos 322, 323 y 324 de la Constitución Política y que en atención a que la facultad de crear tributos e impuestos es privativa del Congreso de la República, el Presidente no podía de manera general e indiscriminada autorizar al Concejo Distrital para su creación, pues está delegando una facultad que no tiene, toda vez que ni el mismo Congreso podría efectuar tal delegación.

Agrega que el Decreto Ley 1421 de 1993 creó unos impuestos, modificó otros y precisó sus alcances (artículos 154 y siguientes), para lo cual a juicio de la de-

mandada sí estaba facultado el ejecutivo, pero que lo que no podía hacer en vigencia de la actual Constitución era despojar al Congreso de la facultad de crear impuestos en tiempo de paz, la cual en adelante le corresponderá al Concejo de Santa Fe de Bogotá.

El segundo cargo está referido a la violación de los artículos 150-12, 313-4 y 338 inciso 1o., los cuales transcribe, precisando que la anterior Constitución consagraba disposiciones similares en los artículos 43, 76-14 y 197-2, razón por la cual sostiene que siguen siendo plenamente válidas las razones que bajo la anterior Constitución se esgrimían para concluir que sólo el Congreso de la República puede crear impuestos y tributos.

Al efecto transcribe apartes de diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, sobre el ejercicio de la facultad impositiva, para concluir que la atribución de crear impuestos y tributos, tanto en la antigua como en la nueva Constitución, corresponde en tiempo de paz solamente al Congreso de la República; que por tanto el numeral 3o. del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, no podía atribuir al Concejo Distrital la facultad de establecer, reformar o eliminar impuestos y tributos de manera general e indiscriminadamente.

ACTUACION PROCESAL

Solicitada la suspensión provisional de la disposición demandada, la Sala mediante auto del 29 de noviembre de 1994, con fundamento en los artículos 238 de la Constitución y 152 del Código Contencioso Administrativo, que consagran la facultad de suspender los efectos o los actos administrativos, no accedió a tal solicitud.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Acudió al proceso el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, a través de apoderado judicial, para defender la legalidad de la disposición acusada, básicamente por las siguientes razones.

Frente al primer cargo, esto es, a la violación del artículo 41 transitorio de la Carta, argumenta que conforme al artículo 322 Ib., el régimen jurídico del Distrito Capital está conformado por los siguientes elementos normativos: 1) el determinado en la Constitución en los artículos 322 y siguientes y demás disposiciones concordantes; 2) el determinado en las "leyes especiales" contentivas del Estatuto del

Distrito y 3) el contenido en las disposiciones constitucionales y legales comunes a todos los municipios.

Precisa, que en cuanto a su origen, el Estatuto del Distrito Capital debía ser materia de legislación por parte del Congreso, salvo que se configurara, como en efecto ocurrió el supuesto contemplado en el artículo 41 transitorio, caso en el cual las disposiciones deberían ser expedidas por el Gobierno Nacional.

Agrega que lo que le correspondía expedir al Gobierno eran las normas **sustitutivas** de la ley que establece el régimen **político, fiscal y administrativo** del Distrito Capital, según lo dispuesto por el artículo 322 y siguientes, disposiciones que corresponden en su contenido material a leyes y en modo alguno pueden considerarse de carácter administrativo o reglamentario.

Afirma que la demanda no menciona dónde la disposición acusada viola el artículo 41 transitorio y por el contrario reconoce las facultades que tuvo el ejecutivo, en sustitución del legislador, para modificar algunos impuestos.

En relación con el segundo cargo de violación, a juicio del señor apoderado del Distrito, es cierto que se ha reconocido doctrinaria y jurisprudencialmente que la facultad impositiva primaria radica de manera exclusiva en el legislador, aspecto sobre el cual efectúa algunas consideraciones, para concluir que la atribución conferida al Concejo Distrital para establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas se encuentra subordinada a la Constitución y a la ley, por lo cual dicha atribución es claramente respetuosa de la Constitución y en nada contradice el principio de legalidad consagrado en la misma Carta.

Finalmente, aclara que las citas jurisprudenciales traídas por el demandante se refieren a la creación concreta de tributos por parte de los Concejos Municipales, cuestión que es diferente al acto demandado, pues éste no crea ningún impuesto, tasa o contribución, sino que establece una atribución al Concejo Distrital, subordinada a la Constitución y a la ley.

ALEGATOS EN CONCLUSION

Al alegar de conclusión la actora, reitera lo expuesto en la demanda sobre la violación de las disposiciones constitucionales señaladas y por los conceptos allí indicados.

Agrega, que el apoderado del Distrito a pesar de mostrarse de acuerdo en que sólo el Congreso puede crear tributos e impuestos, termina afirmando que el acto

acusado no crea impuestos en concreto, que sin embargo, lo que ha sostenido la demanda es lo contrario; que una cosa es la facultad de crear impuestos y otra la creación misma de ellos. Que la facultad de crear impuestos le corresponde exclusivamente al Congreso; pero la creación de impuestos a través del Decreto 1421 de 1993 sí era posible, precisamente por la facultad que otorgaba el artículo 41 transitorio de la Constitución.

Señaló finalmente, que de no anularse la facultad de establecer impuestos por parte del Concejo de Bogotá, quedarían vigentes en el país dos sistemas impositivos: uno para Santa Fe de Bogotá, según el cual el Concejo los puede crear, reformar o modificar y otro para el resto del país, conforme al cual sólo el Congreso puede crear impuestos.

Por su parte, el señor representante del Distrito Capital al alegar de conclusión, ratifica las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda y agrega que aceptar una interpretación como la que plantea el actor, sin tener en cuenta un análisis sistemático de las disposiciones, conduciría a concluir que aún dentro del texto constitucional existen contradicciones, entre otras, en los artículos 150 numeral 12 y 313 numeral 4. Igual ocurre con el artículo 338 que si se interpreta en la forma como lo hace la demanda permitiría pensar que las asambleas y los concejos también tienen potestad para imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Argumenta la parte opositora, que el Decreto 1421 de 1993 no fué dictado en desarrollo de una delegación por parte del Congreso de la República para que pueda citarse como vulnerado el artículo 338. El Decreto fué dictado en acatamiento del mandato del artículo 41 transitorio de la Constitución y no como piensa el demandante en desarrollo de una delegación legal y que las atribuciones que el Estatuto asigna a las distintas autoridades distritales tienen el carácter de facultades o atribuciones legalmente asignadas y no de delegaciones como lo supone el actor.

MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Octavo Delegado ante la jurisdicción, en su concepto de fondo, estima que deben denegarse las pretensiones de la demanda, porque contrariamente a lo que asevera el actor, el Presidente de la República a través de la disposición acusada no crea ningún impuesto, ni delega en el Concejo Distrital la facultad de establecer tributos, la cual es exclusiva del Congreso; simplemente le reconoce a esa Corporación la atribución que le confiere el artículo 313 numeral 4o. de establecer tributos "de conformidad con la Constitución y la ley".

El artículo transitorio 41 de la Carta autorizó al Gobierno para que expidiera las normas correspondientes a las materias que contempla, entre otros preceptos, el artículo 322 en el caso de que el Congreso no dictara esa reglamentación dentro del término que allí se indica y que dicho artículo expresa que "Santa Fe de Bogotá se organiza como Distrito Capital y su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios".

Agrega que la disposición acusada forma parte del "régimen fiscal", y que no sólo fué expedida en desarrollo del mandato constitucional, sino que también se ciñe estrictamente a otros preceptos como el artículo 313-4 y a "leyes especiales" que rigen para los municipios como el Decreto 1333 de 1986 que en su artículo 92, ordinal 2o, expresa que es atribución de los concejos votar "de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la demanda de la referencia, tal como lo precisó en auto del 29 de noviembre de 1993, toda vez que por tratarse de un decreto dictado por el Gobierno Nacional "cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional", como se establece en el artículo 241 de la Constitución Política, compete al Consejo de Estado, según lo dispuesto en el artículo 237 numeral 2o. Ib.

Resulta pertinente aclarar que si bien es cierto se suscitó conflicto de competencias entre esta Corporación y la Corte Constitucional, el mismo fué resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 13 de octubre de 1994, radicación 2902 A, según la cual a la mencionada Corporación "no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas, que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la competencia que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia".

2. Aspectos de fondo

Para decidir, estima la Sala pertinente precisar antes algunos de los alcances del artículo 41 transitorio de la Constitución, así como la naturaleza de las facultades de que fué investido el Gobierno para expedir el Decreto 1421 de julio de 1993, "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá", del cual forma parte la disposición acusada.

Fué voluntad del Constituyente de 1991, organizar a la ciudad de Bogotá, que ostentaba la categoría de Distrito Especial, como Distrito Capital; y acorde con tal *status*, dotarle de un régimen excepcional y propio que la diferenciara del tratamiento normativo dado a los demás municipios del país.

Se quiso entonces, proveer al Distrito Capital de herramientas e instrumentos jurídicos suficientes y acordes con su importancia y condición, a fin de adecuarlo a los requerimientos básicos de su desarrollo, y que siendo la Capital objeto de normas especiales, su régimen fuera consagrado en un cuerpo normativo con la categoría, permanencia e imperatividad de la ley.

Los artículos 322, 323 y 324 de la Carta, entre otros, hacen relación al régimen especial de Santa Fe de Bogotá, a su condición de Distrito Capital, determinando que el mismo contendrá los aspectos político, fiscal y administrativo de la entidad territorial. Así en el inciso 2o. del artículo 322, se precisó que:

> "Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución, las **leyes especiales** que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios". (Subraya la Sala).

Ilustrativo resulta transcribir algunos de los motivos que fundamentaron la Ponencia para Primer Debate en Plenaria, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, y que se hallan consignados en la Gaceta Constitucional No. 80 fechada el 23 de mayo de 1991, así:

> "Prácticamente desde la colonia, Bogotá ha sido el epicentro de la vida nacional. Esa situación -conservada a lo largo de su historia-, se refleja también en su condición jurídica. Por eso siempre se dictaron leyes a su favor, que le otorgaron un *status* particular y que le confirieron atribuciones especiales a sus autoridades -concejo y alcalde-. Por ello, la ciudad se gobernó así fuera parcialmente por normas aplicables únicamente a ella, diferentes a las que regían para las demás ciudades y municipios. Claro que por poco tiempo, pues cuando dichas leyes mostraban su eficiencia, aparecía una nueva que extendía su vigencia a todos los municipios, o por lo menos a determinada categoría de

localidades. Empero, no duraba mucho tal uniformidad, pues en poco tiempo volvía a dictarse una ley especial para la capital de la República, que luego se aplicaría para los demás municipios del país. Ocurrió, entre otras, con las leyes 97 de 1913, 72 de 1926, 94 de 1931, 32 de 1933,195 de 1936, 19 de 1937 y 19 de 1943, que le dieron a Bogotá y a otras capitales un régimen especial en el campo administrativo y fiscal, y que luego extendieron su vigencia a todo el territorio de la República (leyes 84 de 1915 y 89 de 1936).

De tal modo, Bogotá "jalonaba" la legislación municipal, hacía las veces de ciudad-pionera para los efectos señalados, iba adelante en el proceso de actualización y modernización de su régimen jurídico administrativo. Es un hecho que conviene destacar porque, décadas después, se invirtió la situación en perjuicio de la ciudad que, aunque tiene por norma superior el carácter de distrito especial, su régimen constitucional y legal no es tan avanzado y moderno como el que rige para las demás ciudades y municipios del país. En vez de adelantarse a entidades territoriales comparables a ella, desde algún punto de vista se quedó atrás, se rezagó. Ahora las "novedades" en materia de gobierno y administración locales se aplican primero fuera de Bogotá y luego -varios años después- se "trasplantan- a la capital.

Así sucede por las limitaciones y complicaciones que creó la reforma constitucional de 1945 al ordenar la organización de Bogotá como distrito especial, "sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley". Este texto -verdadero galimatías legal-, nunca pudo ser desarrollado por el Congreso ni logró poner de acuerdo a quienes debían interpretarlo y aplicarlo (tribunales, universidades, gobiernos nacionales y distrital). Se enredó a tal punto la exégesis de la norma que la ciudad quedó condenada a verdadero limbo jurídico, como acertadamente afirman quienes han analizado con algún detenimiento el viacrucis institucional que históricamente ha padecido Bogotá.

La figura del Distrito Especial se agotó. Produjo resultados que desafortunadamente no son los mejores. La ciudad crece como un volcán en erupción. Está invadiendo literalmente a la sabana de Bogotá. No ha podido ordenar sus relaciones con las entidades vecinas; los instrumentos de que dispone para resolver los problemas a su cargo son insuficientes. Sus habitantes no participan efectivamente en el manejo de los asuntos de carácter distrital.

El texto que se presenta a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, por el contrario, intenta superar todos estos inconvenientes".

De esta forma destaca la Sala que el régimen político, administrativo y fiscal del Distrito Capital, es el que para la ciudad establecen la propia Constitución, las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten y supletivamente, el ordenamiento común vigente para los demás municipios, tal como lo interpretó y consignó el mismo Decreto 1421 de 1993 en cuyo artículo 2, dispuso:

> "Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al Régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios".

Por otra parte, y en previsión de posibles demoras por parte del Congreso en la expedición de las leyes **especiales** previstas por el Constituyente de 1991, en el artículo transitorio 41, estableció que:

> "Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes".

Mediante la disposición transcrita, se previó que si dentro del lapso allí dispuesto, el Congreso no ejercía su función de dictar la respectiva ley, el Gobierno expediría las "normas correspondientes", vale decir, las que debería haber dictado el Congreso. Así el Constituyente otorgó facultades legislativas especiales al Gobierno, para que en **sustitución** del Congreso, lo **reemplazara** en la expedición de las normas contentivas del régimen especial.

De modo que en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo transitorio 41, fué expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley, dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales, que por UNA SOLA VEZ, le otorgó directamente la Constitución al Gobierno para que actuara en **sustitución** del órgano legislativo, dictando las normas correspondientes, en materia política, fiscal y administrativa.

Uno de los sistemas utilizados por el Constituyente en la parte final destinada al tránsito constitucional, para obtener la regulación legal de ciertos temas que por su naturaleza competen al Congreso, consistió en que de no hacerlo éste en determinado tiempo, podría hacerlo el Gobierno Nacional u otros organismos mediante decretos con fuerza de ley. Este mecanismo se encuentra consagrado, a título de ejemplo, en los siguientes artículos transitorios: el 14 sobre el reglamento del Con-

greso que facultó al Consejo de Estado para expedirlo; el artículo 21 sobre el régimen de la carrera para algunos empleados oficiales; el artículo 42 sobre control de población en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y en los artículos 43, 55 y 56 sobre otros temas. Las facultades especiales conferidas adicionalmente al gobierno por tales artículos se diferencian de las facultades extraordinarias, precisas y *pro témpore*, concedidas en otras de las disposiciones transitorias pero tienen de común que los decretos así expedidos gozan de categoría y fuerza de ley, pues debían dictarse en el evento de darse el silencio del Congreso.

De otra parte, las facultades que el Constituyente, de manera excepcional y única, radicó en cabeza del Gobierno, también son diferentes de las facultades extraordinarias, que al amparo del artículo 150, numeral 10 de la Carta, puede el Congreso en cumplimiento de sus funciones, conceder al Gobierno para que éste actúe como legislador extraordinario, con las limitaciones en cuanto a materia, tiempo, iniciativa, etc., pues sabido es que entre otras previsiones, no pueden ser conferidas para decretar impuestos, según lo dispone el último inciso de la norma, y además porque las facultades que allí se mencionan son precisas y *pro témpore*, aspecto este último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo, 41, transitorio.

En efecto, dispone el artículo 150, numeral 10:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

.....

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

Precisado lo anterior, observa la Sala que el actor demanda la nulidad de los vocablos "tributos" e "impuestos" contenidos en el numeral 3o., del artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, en consideración a que la facultad de crear tributos e impuestos es exclusiva del Congreso y por tanto por un Decreto Nacional, no podía el Presidente de la República de manera "general e indiscriminadamente autorizar al Concejo Distrital su creación..."

La Carta Política en los artículos señalados como infringidos por el Gobierno al expedir la disposición acusada, previó:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

.....

12. Establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

Artículo 313. Corresponde a los Concejos:

4o. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales".

"Artículo 338. En tiempos de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o 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.

.....".

Si, como lo plantea la demanda, fuera cierto que mediante el acto acusado se facultó de "manera general e indiscriminada al Concejo Distrital para establecer, reformar o eliminar tributos e impuestos, despojándose de esta forma al Congreso de una facultad que le es propia y que no podía ser delegada en el Concejo Distrital", podría decirse que tiene razón el actor, pues implicaría el establecimiento de una "soberanía fiscal" para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, que comportaría la libre facultad de **crear impuestos, tasas y contribuciones,** sin consideración a las disposiciones fundamentales transcritas.

Sin embargo advierte la Sala, que el actor llega a semejante conclusión en virtud de que efectúa una lectura aislada del numeral demandado sin INTEGRARLO CON SU ENUNCIADO GENERAL, que señala en forma precisa que

las funciones que allí se atribuyen al Concejo, deberán ejercerse "**de conformidad con la Constitución y la ley**".

En efecto, en el artículo 12 del Estatuto de Bogotá se consagran los vocablos acusados; la citada norma forma parte del TITULO II, EL CONCEJO, Capítulo I. Organización y funcionamiento y establece:

> "Artículo 12. ATRIBUCIONES: Corresponde al Concejo Distrital, **de conformidad con la Constitución y la ley**:
>
> .....
>
> 3o. Establecer, reformar o eliminar: **tributos**, contribuciones, **impuestos** o sobretasas; ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos con el fin de garantizar el efectivo recaudo de aquéllos". (Subraya la Sala).

Del texto anterior surge sin lugar a dudas que la cuestionada facultad del Concejo Distrital no es soberana o totalmente autónoma, sino que su ejercicio está supeditado a lo que disponga la Constitución y la ley.

Aparte de lo anterior, se observa que la disposición acusada forma parte de un cuerpo legal, por lo que su contenido se debe integrar con las demás disposiciones que desarrollan la parte fiscal, como serían las previstas en el Título XI "Régimen Fiscal", en especial con el artículo 153, que dice:

> "ARTICULO 153. Disposiciones generales. El establecimiento, determinación y cobro de tributos, gravámenes, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones en el distrito se regirán por las normas vigentes sobre la materia con las modificaciones adoptadas en el presente estatuto".

De donde resulta evidente que en la norma demandada no se usurpan competencias en materia impositiva, pues en ella no se crea ningún impuesto ni se modifican los existentes, aunque hay que advertir que dado su carácter de ley, expedida en reemplazo del Congreso, podría haberlos creado bajo las condiciones previstas en la Carta como las señaladas en el artículo 338 en cuanto a señalamiento de los respectivos elementos que configuran la obligación tributaria. Por eso en la norma acusada, simplemente se ha reconocido y reiterado la facultad que corresponde a los Concejos en general y en particular al Distrital, de votar los impuestos, la cual como se precisó, deberá ejercerse con sujeción a la Constitución y la ley, esto es, **que de todas maneras para la adopción en particular de los respectivos tributos, requerirá el Concejo Distrital que exista ley previa que los haya creado o autorizado.**

De esta forma es claro para la Sala, que la disposición que se analiza no establece una soberanía fiscal para el Distrito, pues el Concejo puede establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones como Distrito Capital, conforme los determina la Constitución y la ley. Esta previsión del Decreto coincide pues con la regla del artículo 313-4 de la Constitución en cuanto dispone también que el Concejo de Santa Fe de Bogotá, ejercerá sus atribuciones impositivas de conformidad con la Constitución y **la ley**.

De suerte que la disposición acusada no posee el alcance y la connotación que ha pretendido atribuirle la demanda, pues lo cierto es que a través de ella no se confiere facultad absoluta e ilimitada alguna al Concejo Distrital para fijar obligaciones fiscales a cargo de los ciudadanos, pues dicha atribución le corresponde el Congreso, según lo prevé el artículo 150, numeral 12 de la Carta, que le determina entre otras funciones, la de "Establecer contribuciones fiscales, y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley", en concordancia con lo dispuesto en el artículo 338, Ib., en cuanto: "En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales...".

En conclusión, estima la Sala que las pretensiones de la demanda deberán denegarse, ya que de una lectura atenta de la norma acusada, frente a los cargos y a las disposiciones citadas como transgredidas, no resulta jurídico inferir que el Gobierno hubiera autorizado de manera general e ilimitada al Consejo Distrital para la creación de impuestos, sino que por el contrario, la disposición acata y obedece cabalmente dichos preceptos Constitucionales.

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:

NIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Cópiese notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede verse la sentencia del 5 de junio de 1995 Exp. 5709 Ponente: Dr. Delio Gómez Leyva.

POLIZA DE GARANTIA. ESPECTACULOS PUBLICOS. TITULO EJECUTIVO

Aunque el artículo 274 del Decreto 401 de 1990 es claro al preceptuar que la garantía no solo se exige para que los organizadores del espectáculo respondan por el valor de los impuestos que se causen sobre el total de la boletería sellada, sino también para que el espectáculo efectivamente se realice, estableciendo que si por causa imputable a los organizadores no se realiza, el valor estipulado en la póliza se considera como multa por tal hecho; sin embargo la actora interpreta esta norma en forma *sui géneris* pues afirma que la garantía únicamente asegura el pago de los impuestos que se causen ya que mal podría el Municipio en este caso lucrarse por la no presentación de un espectáculo. Luego en modo alguno se ha querido crear un nuevo ente sancionador, pues precisamente en este caso el art. 274 del Decreto 401 de 1990 faculta al Secretario del Tesoro del Municipio legalmente para hacer efectiva la garantía a título de multa por la no presentación del espectáculo, lo cual legalmente hizo mediante la expedición de los actos acusados que junto con la póliza de seguro de cumplimiento presta mérito ejecutivo (art. 68 C.C.A.).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5877. Actor: Aseguradora Colseguros S.A.

Apelación sentencia de agosto 24 de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. (Nulidad de las Resoluciones 0110 y 0124 de 1992 del Secretario del Tesoro Municipal de Bucaramanga). Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., contra la sentencia de 24 de agosto de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las súplicas de la demanda relacionadas con los actos administrativos que ordenaron hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento No. 985166 de septiembre 7 de 1992 expedida por la mencionada aseguradora por la suma de $9.750.000.

ANTECEDENTES

El señor Rubén Darío Delgado, en su condición de Gerente de la Asociación de Ligas Deportivas de Santander solicitó al señor Alcalde de Bucaramanga autorización para presentar el concierto del cantante CHAYANNE y el GRUPO MAGNETO.

El Alcalde de Bucaramanga por Resolución 1136 de septiembre 4 de 1992 autorizó la mencionada presentación, la cual debía realizarse el 13 de septiembre a las 8:00 p.m.

Para tal efecto la Contraloría Municipal de Bucaramanga el 4 de septiembre de 1992 expidió la Resolución 001415 mediante la cual fijó la caución a favor del Municipio de Bucaramanga en la suma de $9.750.000 para garantizar el pago del impuesto y la presentación del GRAN CONCIERTO DEL AMOR Y LA AMISTAD del cantante CHAYANNE Y EL GRUPO MAGNETO.

Por su parte la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. el 7 de septiembre de 1992 expidió la póliza No. 985166 por valor de $9.750.000 (fls. 6/7).

El demandante precisa que por razones ajenas a la voluntad de los organizadores el espectáculo fué suspendido.

El 14 de octubre de 1992 el Secretario del Tesoro Municipal por Resolución 0110 ordenó hacer efectiva la póliza de seguro No. 985166 por la suma de $9.750.000

Recurrida la anterior Resolución porque a juicio de la compañía aseguradora la póliza solo estaba "protegiendo el aseguramiento del pago de los impuestos que se causaran", el Secretario del Tesoro Municipal de Bucaramanga por Resolución 0124 de noviembre 13 de 1992 confirmó en todas sus partes la Resolución 110 de septiembre 14 de 1992. (Fls. 2/5).

Una vez agotada la vía gubernativa la aseguradora ocurrió en demanda ante el Tribunal, aduciendo falta de competencia del funcionario que ordenó hacer efecti-

va la póliza de cumplimiento porque en el Manual de Funciones expedido con base en el Decreto 663 de diciembre 29 de 1989 de la Alcaldía de Bucaramanga no se le asigna esta función.

Además, precisa que el Acuerdo 020 de 1988 faculta a la Contraloría Municipal para exigir la constitución de cauciones a los promotores de espectáculos, anotando que el artículo 274 del Decreto 401 de 1990 establece que tal garantía está destinada a asegurar el valor de los "impuestos", convirtiéndola en multa cuando por causa atribuíble a los organizadores no se realice el espectáculo.

Señala que en tal evento, el Decreto 522 de 1971 (artículo 74) establece el procedimiento para aplicar dicha sanción. Considera entonces que ha debido iniciarse actuación administrativa tendiente a demostrar la responsabilidad de los organizadores en la cancelación del espectáculo, cosa que nunca se hizo desconociendo por tal circunstancia el decreto de audiencia y defensa.

De lo anterior concluye que el Señor Secretario del Tesoro Municipal de Bucaramanga carece de competencia para expedir los actos acusados, pues las Resoluciones 0110 y 0124 de 1992 contienen graves vicios de forma en su expedición, preguntando: "CUAL ES EL ACTO QUE OTORGA AL TESORERO, O, SECRETARIO DEL TESORO MUNICIPAL DE BUCARAMANGA, LAS FUNCIONES SANCIONATORIAS Y LAS RELATIVAS A HACER EFECTIVAS LAS SANCIONES ?".

Surtido el trámite de rigor el Tribunal profirió sentencia de mérito negando las súplicas de la demanda, al considerar que el Secretario del Tesoro Municipal de Bucaramanga sí es competente para hacer efectiva la garantía cuyo valor se considera como multa por el hecho de la no realización del espectáculo.

En resumen, relieva que se cumplieron los requisitos previstos en la mencionada norma y que la inconformidad alegada por la aseguradora en la vía gubernativa se circunscribe a la falta de competencia del Tesorero para hacer efectiva la póliza y en objeciones a la multa impuesta, pues considera que en este caso se ha debido seguir el procedimiento establecido en los Códigos Nacional de Policía y del Departamento de Santander, señalando que en ningún momento se cuestionó el aspecto concerniente a la causa del incumplimiento de la presentación del evento. (Fls. 231/246).

RECURSO DE APELACION

En la sustentación del recurso el apoderado de la actora transcribe apartes de la sentencia del Tribunal, puntualizando que resulta totalmente incongruente con la

ley confundir la jurisdicción coactiva, que es un procedimiento instituído para hacer más expedito el cobro de los créditos de las personas públicas (artículo 562, numeral 3o. del Código de Procedimiento Civil), con la forma analógica con que el *a-quo* ha querido crear un nuevo ente sancionador que viola el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Así mismo, precisa que el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil es suficientemente claro en determinar lo que puede cobrarse por ejecución coactiva y en ningún momento permite la generación de sanciones, sino que única y exclusivamente tipifica la forma como se cobran las deudas que se tengan o se hayan generado a favor de las entidades, pues nunca se podrá ver la creación de una multa sin el debido proceso sancionatorio. (Fls. 248/251).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal ninguna de las partes descorrió el traslado para alegar según lo registra el informe secretarial visible a folio 260 del expediente; tampoco lo hizo la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación. (Fl. 258).

CONSIDERACIONES

Para garantizar tanto el pago del impuesto como la presentación del Gran Concierto de Amor y Amistad del cantante Chayanne a celebrarse el 13 de septiembre de 1992 la Aseguradora Colseguros S.A. expidió la póliza de cumplimiento No. 185166 de fecha 7 de septiembre de 1992.

El artículo 274 del Decreto 401 de 1990 (Código de Rentas del Municipio de Bucaramanga) preceptúa que cuando no se realiza el espectáculo el Municipio puede hacer efectiva la garantía cuyo valor se considera como multa.

En la Resolución 0110 de octubre 14 de 1992 mediante la cual se ordena hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento se expresa que "consta en las diligencias que el espectáculo no se realizó incumpliendo de esta manera con lo autorizado en el acto administrativo No. 1136 de septiembre 4 del presente año."

Aunque el artículo 274 Decreto 401 de 1990 es claro al preceptuar que la garantía no solo se exige para que los organizadores del espectáculo respondan por el valor de los impuestos que se causen sobre el total de la boletería sellada, sino también para que el espectáculo efectivamente se realice, estableciendo que si por

causa imputable a los organizadores no se realiza, el valor estipulado en la póliza se considera como multa por tal hecho; sin embargo la actora interpreta esta norma en forma *sui géneris* pues afirma que la garantía únicamente asegura el pago de los impuestos que se causen ya que mal podría el Municipio en este caso lucrarse por la no presentación de un espectáculo.

Se señala también que el Secretario del Tesoro del Municipio de Bucaramanga no tenía competencia para expedir la Resolución 0110 porque al convertirse en multa la garantía por la no realización del espectáculo por causa atribuible a los organizadores, se ha violado el debido proceso, pues en tal evento el Decreto 522 de 1971 (Código Nacional de Policía) en su artículo 74 establece el procedimiento para aplicar dicha sanción.

Ahora bien, visto lo anterior la Sala considera que carecen de fundamento los argumentos expuestos por el apelante porque en modo alguno se ha querido crear un nuevo ente sancionador como se afirma, pues precisamente en este caso el artículo 274 del Decreto 401 de 1990 faculta al Secretario del Tesoro del Municipio legalmente para hacer efectiva la garantía a título de multa por la no presentación del espectáculo, lo cual legalmente hizo mediante la expedición de los actos acusados que junto con la póliza de seguro de cumplimiento No. 985166 presta mérito ejecutivo (artículo 68 Código Contencioso Administrativo).

Por lo tanto, al considerar la Sala que el fallo de instancia se ajusta a derecho procede a confirmarlo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 24 de agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio 9063/93 mediante la cual negó las súplicas de la demanda formulada por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en relación con la póliza de seguro de cumplimiento No. 985166.

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.

CONTROL DE LEGALIDAD. CONSEJO DE ESTADO. CORTE CONSTITUCIONAL. DECRETO CON FUERZA DE LEY

El artículo 237 num. 2o. de la Carta, señala una competencia residual con respecto de la Corte Constitucional para el Consejo de Estado, le puntualiza a este que le corresponde "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional". Así las cosas, independientemente de los apelativos que para determinar su naturaleza se otorguen a los decretos que expide el Gobierno, en el orden del control Constitucional se distinguen dos clases: aquellos cuya guarda está signada a la Corte Constitucional, con determinación específica de cuáles son, y todos los demás, cuyo control pertenece al Consejo de Estado. Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que "los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional"; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla.

CONGRESO NACIONAL. ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL. PRINCIPIO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL. PERSONA - Deberes

Podía el legislador (bien el Congreso o en su defecto el Gobierno) dictar normas de carácter legislativo en materia fiscal atendiendo tanto al man-

dato constitucional sobre su vigencia (artículo 338 inciso 3o.) como a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevé el artículo 363 *ibídem*. De acuerdo con lo anterior no se comparte el planteamiento hecho en la demanda en el sentido de que por mandato del artículo 322 de la Constitución Nacional, el legislador no podía en el estatuto especial que regularía a Bogotá en su carácter de Distrito Capital, modificar las normas ordinarias que regulan el régimen municipal. Por tener una competencia de carácter legislativo, el Gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993 bien podía modificar normas de la misma jerarquía normativa, aunque regularan a todos los demás municipios, ya que se trataba de establecer el régimen especial para Bogotá. El legislador en esta materia tenía como límite la Constitución Nacional, no solo podía, sino debía establecer el régimen especial para Bogotá, para lo cual debía expedir normas también especiales y diferentes a las que regulan a los demás Municipios, pues de lo contrario, no podría existir el estatuto especial. Se trata en síntesis el Decreto 1421 de 1993 y específicamente la norma demandada de una norma de naturaleza legislativa, con rango y fuerza de ley, expedido con fundamento en una atribución que emana directamente de la misma Constitución para establecer el régimen especial de Bogotá, con su carácter de Distrito Capital, dado por la misma Constitución, atribución que encuentra sus límites en la propia Carta Fundamental y no como se pretende en la demanda en las normas que ordinariamente se aplican a los municipios y menos en Acuerdos Municipales, como también lo sugieren las actoras.

PROFESION LIBERAL. ASALARIADO. DERECHO AL TRABAJO. PRINCIPIO DE JUSTICIA. PRINCIPIO DE EQUIDAD. FACULTAD IMPOSITIVA

Para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, prevé el mismo ordenamiento constitucional en su art. 95 numeral 9o. la obligación de los particulares de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad. Cuando la ley impone un tributo a quienes antes estaban excluidos del mismo, no puede decirse que se viola la norma transcrita, ya que la facultad de imposición corresponde al Estado y este debe ejercerla para arbitrar los recursos que le permitan cumplir los fines señalados en la Carta Fundamental.

DERECHO AL TRABAJO. PROFESION LIBERAL. ASALARIADO. PRINCIPIO DE JUSTICIA

El planteamiento de que con la norma acusada se viola el derecho al trabajo al dar un tratamiento discriminatorio a quienes desempeñan una misma actividad por el hecho de ser unas dependientes y las otras no. El cargo no está llamado a prosperar, porque en manera alguna la norma acusada, al sujetar al gravamen a quienes desempeñan profesiones liberales, está impidiendo el derecho al trabajo ni establece condiciones indignas o injustas. En efecto, cuando una persona natural o jurídica presta servicios a la comunidad puede verse precisada a la contratación de personal mediante una relación laboral, este personal no está satisfaciendo un servicio hacia la comunidad sino que pone su fuerza laboral al servicio de su patrono, que es quien en últimas presta el servicio. Cuando la ley, atendidas tales circunstancias, hace diferenciación entre profesionales independientes que prestan directamente servicios dedicados a satisfacer necesidades de la comunidad, de aquellos que ejercen su profesión a través de un patrono para gravar a los primeros y no a los segundos, observa los principios de justicia y equidad al evitar que un mismo servicio resulte gravado dos veces, como ocurriría si se gravara al profesional subordinado por una actividad profesional que realiza mediante contrato de trabajo y también se gravara al patrono que satisface bajo su responsabilidad el servicio a la comunidad.

PRINCIPIO DE IGUALDAD. IMPUESTO - Objeto

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos, con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental". Esta jurisprudencia permite inferir que cuando una disposición legal atiende circunstancias especiales de los asociados, como es en este caso la subordinación, para regular en forma diferente un tributo, no

viola el principio de igualdad sino lo reafirma, pues como dijo Aristóteles: "la igualdad entre desiguales es injusticia". El impuesto como instrumento en materia de política fiscal se utiliza de diversa manera para conseguir el cumplimiento de los diversos objetivos propuestos por el Estado y por lo tanto es viable, atendiendo a circunstancias especiales de la colectividad, imponer o exonerar de gravamen a quienes en apariencia son iguales.

PRINCIPIO DE EQUIDAD HORIZONTAL. PRINCIPIO DE EQUIDAD VERTICAL. AUTONOMIA FISCAL TERRITORIAL - Criterios

Como principios generales de la tributación puede considerarse: la equidad tanto horizontal como vertical de los gravámenes; la neutralidad y el beneficio colectivo que se espera del pago de las contribuciones y tributos de parte de los aportantes; la simplicidad; la capacidad contributiva. A estos principios generales, pero especialmente válidos para el caso de los diseños tributarios de las administraciones departamentales y municipales, deberá añadirse la coordinación tributaria que debe existir entre los gravámenes cobrados por los distintos niveles de Gobierno. Cualquier regulación sobre autonomía fiscal territorial, debe atenerse a los siguientes criterios: 1) La capacidad de las entidades territoriales para fijar tributos está limitada en todo caso por la Ley, en lo concerniente a la definición de tributos existentes, criterios generales de administración de los mismos, bases gravables y tarifas. 2) Los municipios y demás entidades territoriales podrán establecer gravámenes distintos a los del régimen ordinario o sobretasas que operarían sobre algunos impuestos, que le serían de su propia competencia, para la financiación temporal de sus inversiones y proyectos. 3) Existiría un régimen tributario básico de carácter uniforme para todas las entidades territoriales, pero podrían coexistir regímenes impositivos diferentes, como resultado de la autonomía tributaria, que implicaría un tratamiento impositivo distinto para personas ubicadas en diferentes territorios-regiones, secciones o municipios del país.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia.: Expediente No. 5194. Actoras: Gilma Clemencia Solano y Esther Elena Mercado Jarava. Acción de nulidad contra el No. 4 del artículo 154 del Decreto 1421 de Julio 21 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional. Fallo

GILMA CLEMENCIA SOLANO Y ESTHER ELENA MERCADO JARAVA en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, demandan la nulidad del numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades a él otorgadas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional.

Habiéndose surtido el trámite pertinente y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia.

El acto acusado, dispone textualmente:

"Artículo 154. Industria y Comercio. A partir del año de 1994 se introducen las siguientes modificaciones al impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital:

"...4o. Se consideran actividades de servicio todas las tareas, labores o trabajos ejecutados por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere contraprestación en dinero o en especie y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual.

LA DEMANDA

La demanda solicita la anulación de la norma transcrita por violación de los artículos 2o., 4o., 13, 16, 25, 322 y 363 de la Constitución Política de Colombia, de la Ley 14 de 1983 del artículo 23 numeral 5o. del Código de Comercio.

Expone el concepto de la violación, en síntesis así:

1.- De la Constitución Política

a) Artículo 2o.

Se transgredió esta disposición del ordenamiento constitucional al desconocer los fines esenciales del Estado y algunos derechos fundamentales de los colombianos.

b) Artículo 25

Se quebrantó el mandato constitucional consagrado en el artículo 25 de la Carta, que impone al Estado el deber de proteger el trabajo, obligación que afecta

a todas las ramas y poderes públicos, para el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que genera la labor humana, todo lo cual exige conductas positivas de las autoridades para fomentarlo y promoverlo. Lo anterior se desconoce, cuando frente a dos personas que desempeñan una misma tarea, labor o trabajo, una dependiente y la otra no, se establece una discriminación al imponerles cargas diferentes.

c) Artículos 13, 16 y 363

Se desconoce el principio de igualdad o equidad porque el precepto demandado hace ineficaz la elección del desarrollo de la personalidad al discriminar al profesional subordinado, de aquel que no tiene una relación laboral, quebrantándose así los artículos 13 y 16 de la Carta, porque implica, para el profesional independiente, mayores cargas tributarias, sin tener en cuenta los gastos en que este incurre para el desarrollo de su actividad, tales como arriendo, administración, servicios, secretaría, papelería, etc., mientras que, el profesional subordinado recibe la contraprestación al servicio que presta, sin dichos gastos y sin este gravamen; lo anterior configura una discriminación o distinción arbitraria entre los distintos profesionales contrariando así el principio de igualdad establecido en la Constitución en sus artículos 13 y 363, este último relativo a los principios de la ley tributaria cuando dice: "El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficacia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad", en armonía con lo previsto por los artículos 2o. y 13 de la Carta.

El impuesto debe ser exigido a todos en igualdad de circunstancias y por tanto dichos preceptos resultan infringidos por la disposición acusada al desconocer la equidad y establecer un gravamen solo para quienes ejercen profesiones liberales, sin que medie relación laboral, únicamente dentro de la jurisdicción de Santa Fe de Bogotá, D.C.

2.- De la Ley 14 de 1983 en concordancia con el artículo 322 de la Constitución Nacional.

Se fundamenta en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Plena de Septiembre 4 de 1970 sobre el principio de igualdad, la que transcribe en lo pertinente, para concluir que el Gobierno al ejercer la atribución consagrada en el artículo 41 transitorio de la Constitución Política y expedir el Decreto 1421 de 1993

debió ceñirse a lo dispuesto en el artículo 322 de la Carta que al referirse el régimen especial de Santa Fe de Bogotá, señaló en su inciso 2o:

> "...Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios..."

Ello significa que ni el Congreso, ni el Gobierno gozaban de una total discrecionalidad para dictar las normas sobre régimen político, fiscal y administrativo, toda vez que estaban sujetos a los límites previstos en la Constitución, la ley y las disposiciones vigentes para los Municipios.

Entre dichas disposiciones se encuentra la Ley 14 de 1983, de fortalecimiento de los fiscos municipales, la cual reguló en sus artículos 34 a 36 lo concerniente al impuesto de industria y comercio y la cual resultó violada en forma manifiesta por el Decreto 1421 artículo 154 numeral 4o., especialmente en el artículo 36, el cual al referirse a las actividades de servicio excluyó tácitamente las ejercidas por personas naturales, al citar para gravarlos, únicamente a los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho.

OPOSICION A LA DEMANDA

El Delegado del Personero de Santa Fe de Bogotá, considera que cualquier actividad que desarrollen las personas naturales o jurídicas, sin sujeción laboral, encaja dentro de la actividad de servicios, conforme lo indica el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993 de cuyo texto literal, se deduce que están obligados a presentar declaración de industria y comercio todas las personas, cualquiera que sea su naturaleza, que ejerzan una de las tres actividades señaladas por la ley en el ámbito del Distrito Capital, excepto aquellos que hayan sido declarados exentos y no sujetos a dicho pago.

El apoderado judicial del Distrito Capital, al contestar la demanda, afirma que el Decreto demandado es una ley en sentido material, pues fué expedido en acatamiento de lo ordenado por el artículo 41 transitorio de la Constitución Nacional, en el sentido de que si el Congreso dentro de los dos años siguientes a la expedición de la Constitución no dictaba la ley contentiva del régimen especial para el Distrito Capital debía el Gobierno expedir las normas correspondientes.

Señala que el régimen jurídico del Distrito Capital según el artículo 322 de la Constitución, también está conformado por "leyes especiales" es decir, aquellas encargadas de dotar a la capital de un estatuto que establezca un régimen propio y

especial, acorde con su condición de capital del país y que responda a sus reales necesidades.

En cuanto a su origen, dice, que el Estatuto debía ser materia de legislación por parte del Congreso, salvo que se configurara como en efecto sucedió, el supuesto contemplado en el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, caso en el cual, esas disposiciones deberían ser expedidas por el Gobierno Nacional.

Y si lo que compete expedir al Gobierno son las normas sustitutivas de la ley que establezca el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, según lo dispuesto por el artículo 322 y siguientes, tales disposiciones son materialmente leyes y en modo alguno pueden considerarse normas de carácter administrativo o reglamentario.

Precisa que no se configura la alegada violación de los artículos 2o. y 4o. de la Constitución Política y que el demandante, con el fin de configurar la violación de las normas indicadas, confunde el sujeto respecto del cual la norma demandada predica la realización de las actividades de servicios consideradas como comerciales o industriales, confundiendo la actividad comercial o industrial, con la actividad laboral; deduce de tal error la violación del derecho al trabajo y un supuesto desequilibrio creado por el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993, en el cual no se hace referencia a actividades ejecutadas por trabajadores, cuando por el contrario, la norma de manera expresa establece que en ningún caso puede considerarse como actividad de servicios aquella donde medie relación laboral.

Anota que por lo tanto, no puede hablarse de desequilibrio donde no media uniformidad de situaciones a las cuales se les apliquen condiciones diferentes.

Reitera que en la norma acusada se reglamenta la calificación de la actividad como comercial o industrial para efectos de establecer el hecho generador del impuesto de industria y comercio, sin regular lo referente a la actividad laboral, donde prima no la labor desempeñada sino, la protección al trabajador.

No puede hacerse entonces un símil entre el ejercicio de una actividad comercial y la labor que se desarrolla por parte del trabajador en el contrato de trabajo, pues en el primer caso, no existe sujeto respecto del cual se predique subordinación, ni un individuo al cual proteger.

Dice que el demandante olvida que el Decreto 1421 de 1993 tiene fuerza legal, toda vez que se expidió en desarrollo del mandato general establecido en el artículo 41 transitorio y el Gobierno al expedirlo, actuó como sustituto del Legis-

lador, ejerciendo una competencia legislativa, directa y excepcional que la Constitución le otorgó.

A su juicio, procede la declaratoria de nulidad puesto que la norma invocada como violada no tiene mayor jerarquía normativa respecto del Decreto 1421 de 1993.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado Judicial de la Personería de Santa Fe de Bogotá al alegar de conclusión, luego del recuento de los antecedentes, del concepto de la violación y del *petitum,* formulados en la demanda, afirma que no se da la violación del Artículo 32 de la Ley 14 de 1983, ya que el sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio es siempre la persona natural o jurídica, o la sociedad de hecho que realice, directa o indirectamente, cualquiera actividad bien sea industrial, comercial o de servicios dentro de la Jurisdicción del Distrito Capital, ya sea que éstas se cumplan en forma permanente u ocasional, el inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin él, según el mismo artículo 32 de la ley 14 de 1983 y el artículo 1o. del Acuerdo 21 de 1983.

Indica que según la norma citada están obligadas a presentar declaración de industria y comercio todas las personas, cualquiera que sea su naturaleza, que ejerzan una de las tres actividades señaladas en la ley, en el ámbito del Distrito Capital, excepto aquellas que hayan sido declaradas exentas o no sujetas a dicho pago.

Agrega que, conforme a la facultad del Concejo Distrital para establecer exenciones de los impuestos de industria y comercio, éste expidió los Acuerdos Distritales Nos. 21 de 1983, 11 de 1988 y 9 de 1992, los cuales fueron solicitados como prueba, y que obran dentro del proceso, en fotocopia auténtica, por haber sido enviados por la Secretaría General de la mencionada Corporación Distrital, a fin de que se observe que en ellos no se encuentra exención al ejercicio de profesiones liberales, entendiendo en consecuencia que quienes las ejercen son sujetos pasivos del impuesto, pues respecto de ellos se realiza el hecho generador, que en este caso es la actividad de servicio prestada bien sea por odontólogos, médicos, ingenieros, contadores, abogados, etc.

Reitera los argumentos expuestos en la oposición, referentes tanto a la confusión por parte de los actores sobre la actividad comercial e industrial y la labor ejecutada por trabajadores mediante un contrato de trabajo, como a la naturaleza legal del Decreto 1421 que hace imposible la prosperidad de la acción de nulidad.

Las actoras al alegar de conclusión insisten en que, en la norma acusada el Gobierno amplió, sin facultad legal, la materia imponible en el impuesto de industria y comercio al extender el gravamen a las personas naturales que ejecuten cualquier trabajo, tarea o labor, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie, y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual.

Lo anterior significa que se amplió el alcance del tributo solo para Santa Fe de Bogotá, transgrediendo los artículos 25 de la Constitución Nacional sobre el derecho al trabajo, los artículos 13 y 363, que consagran el principio de igualdad y equidad tributaria, al establecer una discriminación entre los profesionales subordinados y los profesionales independientes, desconociendo que el hecho de ser profesionales independientes, no les otorga una mayor capacidad contributiva y por lo tanto no se justifica un tratamiento desigual.

Repiten los argumentos expuestos frente a la presunta violación del artículo 322 de la Constitución Nacional y de la Ley 14 de 1983, pues la norma constitucional en su artículo 41 transitorio, facultó al Congreso o en su defecto al Gobierno, para expedir el régimen especial para el Distrito Capital, facultad que no era discrecional, sino subordinada en cuanto al régimen político, fiscal y administrativo a la "Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los Municipios" y dentro de estas últimas se encontraba la Ley 14 de 1983 reglamentaria del impuesto de industria y comercio y avisos, vigente al momento de la expedición del Decreto 1421 de 1993 que fue desconocida por el artículo 154 numeral 4o., en manifiesta oposición al artículo 322 de la Carta que ordenó someterse a ella al hacer referencia a las disposiciones vigentes para los municipios, dentro de lo cual pueden entenderse incluidas tanto leyes como acuerdos, pues la referencia a las mismas fue genérica: "Disposiciones" y es entendido que donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir.

Anotan que en la Constitución, la atribución para dictar normas impositivas la tiene en primer término el Congreso y con subordinación a la Constitución y a las leyes que este expida, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (artículos 338, 300 numeral 4o. y 313 numeral 4o.). Por ello, las actuaciones impositivas de las Asambleas y Concejos se encuentran limitadas por la Constitución y la ley. En tal virtud las Asambleas y Concejos requieren de una autorización legal para establecer dentro de su territorio un determinado tributo y al expedir la norma correspondiente deben hacerlo dentro de los límites fijados por la ley; en consecuencia sus facultades impositivas no son autónomas como quiera que sólo pueden crear los tributos para los que se les ha dado un expresa autorización

legal dentro de los límites señalados por la Constitución y la Ley. Por tanto el Congreso es el único que tiene plena iniciativa impositiva condicionada solo por la Constitución, mientras las Asambleas y Concejos carecen de iniciativa, pero están facultados para reglamentar la leyes que creen o autoricen impuestos, en aquello que haya sido regulado por la ley.

Agregan que en este orden de ideas, si la Ley 14 de 1983 define para todos los Municipios, qué se entiende por cada una de las actividades que constituyen materia imponible, los Municipios al expedir los Acuerdos en desarrollo de la autorización legal, deben respetar tales definiciones que determinan situaciones iguales para los Municipios, precisamente en defensa de la igualdad. El Constituyente de 1991 subordinó la expedición del régimen especial para el Distrito Capital a las disposiciones vigentes para los municipios de manera que al expedir, el estatuto y regular el impuesto de industria y comercio en la jurisdicción del Distrito Capital no resultara discriminatorio con relación a los demás municipios; eso fue lo que trató de impedir el artículo 322 de la Constitución Nacional y que el Decreto 1421 no respetó en la norma demandada.

Afirman que el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, consagra como materia imponible el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en las respectivas jurisdicciones municipales y las define luego en los artículos 34, 35 y 36. Conforme a tales definiciones se colige que las profesiones liberales ejercidas por trabajadores independientes, quedaron al margen del tributo, por sustracción de materia, ya que no encajan dentro de ninguna de ellas. El artículo 36 de la Ley 14 de 1983, que se refiere concretamente a las actividades de servicio, excluyó tácitamente del gravamen el ejercicio de profesiones liberales realizado por personas naturales cuando dentro de la enunciación de las diversas actividades consideradas como de servicios dijo: "... **Los servicios de consultoría profesional prestados por sociedades regulares o de hecho",** excluyendo así a las personas naturales.

Así lo entendió el Concejo Distrital al expedir el Acuerdo 21 de 1983, en cuyo articulado recogió los elementos de la obligación tributaria en armonía con las consagradas en la Ley 14 de 1983, reconoció el carácter territorial del impuesto (artículos 1o., 2o. Y 3o.) y consagró como actividades NO SUJETAS al impuesto, en el artículo 4o., numeral 6o., el ejercicio de profesiones liberales, y así lo reiteró al expedir posteriormente el Acuerdo 11 de 1988 artículo 18, cuando definió para efectos del impuesto de industria y comercio y avisos lo que debía entenderse por profesiones liberales para excluirlas del impuesto.

Por lo tanto, las profesiones liberales continuaron consideradas como actividades no sujetas al impuesto de industria y comercio y avisos, pero con la aclaración hecha en el artículo 9o. del Acuerdo 9o. de 1992, en el sentido de que la exención sólo era aplicable a las personas naturales.

No asiste razón entonces al apoderado de la Personería Distrital cuando afirma que quienes ejercen profesiones liberales son sujetos pasivos del impuesto por no haberlos exencionado o declarado no sujetos a impuesto expresamente el Concejo Distrital en el Acuerdo 21 de 1983.

En relación con los argumentos expuestos por el apoderado judicial de Santa Fe de Bogotá Distrito Capital, destacan que precisamente la norma demandada considera como actividad de servicios gravables con el impuesto de industria y comercio, aquellas realizadas por una persona natural en la cual no media relación laboral. De allí la diferencia que existe por ejemplo: entre un médico que presta servicio en el Instituto de Seguros Sociales y ese mismo profesional que trabaja independientemente, y al gravar sólo a este último, frente a idéntico trabajo realizado, se viola el derecho a la igualdad.

Afirman que en ningún momento se desconoce la fuerza legal del Decreto 1421 de 1993, y que si bien es cierto que la Ley 14 de 1983 no es norma superior al Decreto 1421 de 1993, toda vez que los dos se encuentran en la misma jerarquía normativa, no es menos cierto que el Decreto debió sujetarse a los términos de la Ley 14 de 1983, por mandato constitucional del artículo 322 de la Carta, al establecer que el régimen del Distrito Capital debía ceñirse a lo consagrado en la Constitución Nacional, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los Municipios, dentro de las cuales está la Ley 14 de 1983.

En síntesis afirman que el derecho de igualdad y el principio de equidad de los contribuyentes ante la ley tributaria consagrados expresamente en la "Carta Magna" se ven vulnerados con una norma discriminatoria como la demandada, toda vez que se funda en determinaciones caprichosas que entrañan el establecimiento de desigualdades arbitrarias que no obedecen a criterios racionales.

El apoderado del Alcalde del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, se opone a las pretensiones de las actoras alegando el carácter de ley material del Decreto 1421 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional en acatamiento del mandato que la misma Constitución Política le dirigió a través del artículo 41 transitorio.

Agrega que el régimen jurídico del Distrito Capital, según lo dispone el artículo 322 de la Constitución Política es:

1. El que ha determinado la Constitución, en los artículos 322 y siguientes y demás disposiciones concordantes.

2. El que determinen las "leyes especiales" contentivas del Estatuto del Distrito.

3. El contenido en las disposiciones constitucionales y legales comunes a todos los municipios, que le son aplicables subsidiariamente en lo que no riñan con lo establecido por la Constitución (Capítulo 4o., Título XI) y las leyes especiales.

Es claro que leyes especiales son aquellas encargadas de dotar a la Capital de un estatuto que establezca un régimen propio y especial, acorde con su condición de Capital del País y que responda a sus reales necesidades.

En cuanto a su origen, normativamente considerado, no cabe duda que el estatuto de la Capital debía ser materia de legislación por parte del Congreso, salvo que se configurara, como en efecto sucedió, el supuesto contemplado en el artículo 41 transitorio de la Constitución, caso en el cual, esas disposiciones debían ser expedidas por el Gobierno Nacional.

Si lo que compete expedir al Gobierno son las normas sustantivas de la ley que establezca el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, según lo dispuesto por el artículo 322 y siguientes, tales disposiciones corresponden en su contenido material a leyes y en modo alguno pueden considerarse normas de carácter administrativo o reglamentario.

El Gobierno Nacional al promulgar el citado decreto actuó como sustituto del legislador, ejerciendo una competencia legislativa directa (excepcional y transitoria) que la Constitución claramente le otorga, a fin de evitar que se configure un vacío normativo para la Capital.

Alega que tampoco es procedente el cargo de violación de los artículos 2o. y 4o. de la Constitución Política porque para pretender configurarlo el accionante cambia el sujeto respecto del cual el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993, predica la realización de las actividades de servicios, consideradas como comerciales o industriales y confunde, de manera contradictoria tal actividad comercial o industrial, donde no puede hablarse de empleador y trabajador, con la laboral, para deducir de tal error que la disposición acusada creó una situación de desequilibrio.

Del contenido de la norma demandada, a su juicio, no se concluye que la misma se refiera a actividades ejecutadas por trabajadores, por el contrario, de manera expresa la norma establece que en ningún caso puede considerarse como actividad de servicio aquella donde medie relación laboral.

Mal puede hablarse entonces de situación de desequilibrio donde no media uniformidad de situaciones. Tampoco puede hacerse ni hay símil entre actividad comercial y la labor que se desarrolla por parte del trabajador en el contrato de trabajo, pues en el primer caso no existe sujeto respecto del cual se predique subordinación ni un individuo al cual proteger.

Concluye que no puede decirse que la norma acusada viole el derecho al trabajo, porque ella no regula tal situación.

Insiste en la fuerza legal del Decreto 1421 de 1993 para oponerse al cargo de violación de la Ley 14 de 1983 toda vez que ésta no tiene carácter de superior respecto de aquella.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado por la Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación, solicita se acceda a las súplicas de la demanda.

Considera que la norma acusada, al imponer el gravamen de industria y comercio a los servicios prestados por personas naturales que presten cualquier tipo de servicio en que prime el factor material o intelectual, no vulnera los principios constitucionales citados en la demanda, por cuanto la facultad de imponer tributos es un derecho constitucional del Estado, que debe ser graduado de acuerdo con la capacidad tributaria de cada cual y según el tipo de actividad que desarrolle.

Se refiere a la alegada violación del artículo 322 de la Constitución Nacional, el cual indica claramente que, el régimen especial de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, debe estar enmarcado dentro de las disposiciones, vigentes para los municipios y con relación al impuesto de industria y comercio, la Ley 14 de 1983 fijó los parámetros dentro de los cuales debe operar dicho impuesto, señalando el artículo 36 hasta dónde puede llegar el gravamen para las actividades de servicios.

Estas son, a su juicio, las únicas actividades generadoras del impuesto de industria y comercio, excluyéndose, por lo tanto ese tipo de servicios cuando ellos se prestan por personas naturales.

Al disponer el numeral 4o. del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, que las labores ejercitadas por personas naturales son materia imponible está eliminando la excepción prevista en el artículo 36 de la Ley 14 de 1983 para los profesionales que desarrollen su actividad a título personal.

Esta norma está modificando el mencionado artículo para aplicarlo solamente a la jurisdicción de Santa Fe de Bogotá y entonces cabría preguntar, si a pesar de tener el Decreto 1421 de 1993 jerarquía legal, puede modificar, a la luz del artículo 322 de la Constitución Nacional, los parámetros señalados por la Ley 14 de 1983 para el impuesto de industria y comercio, cuando ésta es la norma que rige para todos los municipios.

Una interpretación adecuada del inciso 2o. del artículo 322 de la Constitución Nacional, indica que el Estatuto de Santa Fe de Bogotá puede ajustar su régimen a un tratamiento especial, pero siempre sujeto a las disposiciones vigentes para los municipios, precisamente para evitar, las desigualdades de determinados ciudadanos en frente a la ley, pues el modificar los sujetos de gravamen del impuesto de industria y comercio, incluyendo a los profesionales independientes de Santa Fe de Bogotá, crea una desigualdad con aquéllos profesionales que no residen ni ejercen su actividad en Santa Fe de Bogotá.

A su juicio, al modificar el Decreto 1421 de 1993 los parámetros señalados en el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, vulnera lo previsto en el numeral 2o. del artículo 322 de la Constitución Nacional, desconoce las disposiciones vigentes para los municipios, pues aun cuando el Decreto 1421 de 1993 tiene jerarquía de Ley, sólo rige en el Distrito Capital, y por lo tanto no se puede llegar al extremo de desconocer lo que otras normas legales han fijado como parámetros para todo el país en materia política, fiscal y administrativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia del Consejo para conocer de la nulidad impetrada.

Dispone el artículo 237 de la Constitución Política:

"Son atribuciones del Consejo de Estado...

"2. Conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

El Decreto 1421 de 1993 tiene un contenido legislativo y fué expedido por el Gobierno en ejercicio de la atribución especial conferida por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política.

Inicialmente se presentó conflicto entre esta Corporación y la Corte Constitucional al considerarse cada una competente para conocer de los procesos en los cuales se discutía la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 256 numeral 6o. de la Constitución Política, en providencia del 13 de Octubre del año de 1994, radicación 2902-A, con ponencia del doctor Rómulo González Trujillo dirimió el conflicto, precisando que la competencia para avocar el conocimiento de tales procesos radicaba en esta Corporación.

En efecto analizando los artículos 241 y 237 numeral 2o. De la Constitución Política, que otorgan competencia a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado para el control constitucional precisó:

"Con fundamento en los anteriores presupuestos y como nota que los refuerza, se puede recordar que las normas especiales de competencia del sistema difuso de control constitucional que rige la organización jurídico legal del país, según la H. Corte Constitucional lo ha definido en sus sentencias, son, para esta, el artículo 241 de la Constitución Nacional, y para el Consejo de Estado, el artículo 237 numeral 2o.

"En tal orden de ideas, y empezando el estudio por la competencia atribuida a la Corte Constitucional en vista de que es la señalada en forma concreta en el Texto Fundamental, lo primero que salta a la vista es que la Constitución Política no le confía a la Corte Constitucional la guarda de su contenido considerándolo como una entidad filosófica abstracta, sino apreciándolo simplemente como la ley de leyes que es, como una disposición positiva y limitándose a esa realidad, siendo ésta evidentemente la razón para el enunciado principal del artículo 241 en cita, que precisa con claridad que no se remite a dudas, que la Corte Constitucional tiene la atribución de guardar la integridad y supremacía de la Constitución "en los estrictos términos" de ese artículo. Dentro de esta comprensión la Constitución es un compendio de normas superiores que deben respetarse individual y conjuntamente consideradas, pero limitando la función de control a las puntualizaciones que la misma norma estableció; sin duda con el propósito de que un exceso de celo no convirtiera al guardador en constituyente permanente.

"De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10; 341; 212; 213; y 215 de la Norma Superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos ley.

"Y resulta tan exacto lo anterior que el artículo 237 numeral 2o. de la Carta, señalando una competencia residual con respecto de la Corte Constitucional para el Consejo de Estado, le puntualiza a éste que le corresponde "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional". Así las cosas, independientemente de los apelativos que para determinar su naturaleza se otorguen a los decretos que expide el Gobierno, en el orden de control constitucional se distinguen dos clases: aquéllos cuya guarda está asignada a la Corte Constitucional, con determinación específica de cuáles son, y todos los demás, cuyo control pertenece al Consejo de Estado.

"Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que "los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrán fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional"; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República, en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla.

"Por otra parte la Corte Constitucional al abstenerse de conocer sobre las acciones de inconstitucionalidad contra los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en uso de las facultades del artículo 20 Transitorio de la Carta, expresó lo siguiente el 25 de Marzo de 1993, en auto del Magistrado doctor Fabio Morón Díaz:

"VII. Es evidente, en consecuencia, que el único camino para llegar a la conclusión de que el Consejo de Estado no es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra los decretos dictados con base en el artículo transitorio 20, consistiría en demostrar que existen normas que expre-

samente le asignan tal conocimiento a la Corte Constitucional. Estas normas no existen."

VIII. En estas condiciones, el intérprete se enfrenta a un dilema: aplicar los artículos transitorios 10, 6 y concordantes, en consonancia con el numeral 5 del 241, normas todas que, por exclusión, indican que la Corte Constitucional no es competente para conocer de los decretos dictados por el Gobierno de conformidad con el artículo 20 transitorio y concluir que la competencia radica en el Consejo de Estado, al tenor del numeral 2 del artículo 237; o, por el contrario, desechar estas disposiciones, cuyo sentido es claro, y tratar de encontrar en el espíritu de la Constitución argumentos para asignar a la Corte Constitucional una competencia que el texto de la Constitución no le atribuye".

"IX. Así las cosas debe el intérprete acudir a las reglas de interpretación. Una de las primeras es la consagrada en el inciso primero del artículo 27 del Código Civil:

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal o pretexto de consultar su espíritu".

"Miradas las normas objeto de análisis a la luz de este principio, se llega fácilmente a las siguientes conclusiones:

"a). La Constitución fijó la competencia de la Corte Constitucional, para conocer de las disposiciones dictadas por el Presidente de la República en virtud de las facultades conferidas por normas transitorias, de una manera expresa";

"b) No existen razones valederas para afirmar que a la Corte Constitucional compete conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra las disposiciones fundadas en el artículo transitorio 20, las cuales se originan en una competencia atribuida, de manera directa y transitoria, al Gobierno Nacional, por el Constituyente";

"c) La incompetencia de la Corte Constitucional, origina, al contrario, la competencia del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 237, numeral 2".

"IX. Acaso resulte pertinente una última observación. Existe una diferencia entre las facultades conferidas al Presidente de la República en los artículos transitorios 5, 23, 39 por ejemplo, y lo dispuesto por el artículo transitorio 20. Pues en tanto que los artículos primeramente citados confieren al "Presidente "precisas facultades extraordinarias", semejantes a las que puede concederle

el Congreso de la República, al tenor del numeral 10 del artículo 150, el artículo 20 no le confiere facultades. Por el contrario: le imparte una orden, no al Presidente sino al Gobierno Nacional"."

"...Tal orden se le imparte al Gobierno Nacional, no al Presidente de la República, Gobierno Nacional definido con precisión por el inciso segundo del artículo 115: "El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos". Norma que también define, en el inciso siguiente, que debe entenderse por Gobierno: "El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondiente, en cada caso particular, constituyen al Gobierno".

"Por este aspecto, en consecuencia, es improcedente asimilar los actos ejecutados en desarrollo del artículo 20 transitorio, con decretos que el Presidente dicta en ejercicio de "precisas facultades extraordinarias".

"X.- A todo lo anterior hay que agregar que el Constituyente en el artículo transitorio 20 no definió la naturaleza de los actos por medio de los cuales el Gobierno Nacional habría de cumplir la orden que le impartía; como tampoco les atribuyó fuerza de ley". (Hasta aquí la Corte Constitucional).

"La anterior argumentación se aplica también al Decreto 1421 de 1993, como quiera que la redacción del artículo 41 transitorio en que se fundamenta aquél, le confiere al Congreso un plazo de dos años para expedir la ley correspondiente, vencido el cual "ordena" al Gobierno expedir las normas correspondientes.

"Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia."

2o.- Régimen de Santa Fe de Bogotá, antecedentes en la Asamblea Constituyente y naturaleza del Decreto 1421 de 1993.

Fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente al tratar el tema de la organización territorial, regular como Distrito Capital a Bogotá y dotarlo de régimen político, fiscal y administrativo especial, voluntad que quedó consignada en el artículo 322 de la Constitución Política en los siguientes términos:

"Artículo 322. Santa Fe de Bogotá, capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

"Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

"Con base en las normas generales que establezca la ley, el Concejo a iniciativa del Alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

"A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio."

Prevé así la norma constitucional que el Distrito Capital se regule por la propia Constitución, por las leyes especiales y por las disposiciones vigentes para todos los municipios.

A fin de desarrollar la norma transcrita, el propio constituyente previó en el artículo 41 transitorio que si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Carta Política el Congreso no dictaba la ley a la que se referían los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, debía expedirla el Gobierno por una sola vez.

El anterior sistema fue consagrado por la Asamblea Constituyente para hacer efectivo el cambio constitucional a través del real desarrollo legal de diferentes aspectos de competencia del Congreso, para lo cual previó que si transcurrido un determinado lapso de tiempo, éste no había expedido las correspondientes normas, lo harían otras autoridades; así en el artículo 14 sobre el reglamento del Congreso facultó al Consejo de Estado para expedirlo; en el artículo 21 sobre los regímenes de carrera para algunos empleados oficiales al Presidente de la República; en el artículo 42 sobre el control de población en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el artículo 55 en relación con las comunidades negras y en el 56 en cuanto a las comunidades indígenas facultó al Gobierno para expedir las normas pertinentes si en los términos allí previstos no lo hubiere hecho el Congreso.

Dichas facultades legislativas condicionales otorgadas directamente por la Asamblea Constituyente al Gobierno, son diferentes de las facultades extraordinarias que en materia legislativa puede otorgar el Congreso al Gobierno, de conformidad con lo previsto por el artículo 150 numeral 10 de la Carta, las cuales se encuentran restringidas en razón de la materia, del tiempo, de la iniciativa, etc., como sucede por ejemplo en cuanto dichas autorizaciones no pueden otorgarse para decretar impuestos.

Era entonces facultad del Congreso expedir el Estatuto para el Distrito Capital y si éste no lo hacía en el lapso previsto, lo expediría el Gobierno.

El Congreso al dictar las leyes respectivas estaba en la obligación de observar las normas constitucionales generales que señalan límites, condiciones y requisitos para la actividad legislativa, todo lo cual también debía ser observado por el Gobierno, al presentarse la situación prevista en el artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991.

Podía en consecuencia el legislador (bien el Congreso o en su defecto el Gobierno) dictar normas de carácter legislativo en materia fiscal atendiendo tanto el mandato constitucional sobre su vigencia (artículo 338 inciso 3o.) como a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevé el artículo 363 *ibidem.*

De acuerdo con lo anterior no comparte la Sala el planteamiento hecho en la demanda en el sentido de que por mandato del artículo 322 de la Constitución Nacional, el legislador no podía en el estatuto especial que regularía a Bogotá en su carácter de Distrito Capital, modificar las normas ordinarias que regulan el régimen municipal.

Por tener una competencia de carácter legislativo, el Gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993 bien podía modificar normas de la misma jerarquía normativa, aunque regularan a los demás municipios, ya que se trataba de establecer el régimen especial para Bogotá.

Así lo estableció el mismo Decreto 1421 de 1993 en cuyo artículo 2o. dispuso:

"Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. **En ausencia de las normas anteriores, se somete a las**

disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios". (Se subraya).

El legislador en esta materia tenía como límite la Constitución Nacional, no solo podía, sino debía establecer el régimen especial para Bogotá, para lo cual debía expedir normas también especiales y diferentes a las que regulan a los demás Municipios, pues de lo contrario, no podría existir el estatuto especial.

Fue por eso, que el mismo Decreto 1421 de 1993 dispuso en su artículo 153:

"Disposiciones generales. El establecimiento, determinación y cobro de tributos, gravámenes, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones en el Distrito se regirán por las normas vigentes sobre la materia **con las modificaciones adoptadas en el presente estatuto**". (Se subraya).

Se trata, en síntesis, el Decreto 1421 de 1993 y específicamente la norma demandada de una norma de naturaleza legislativa, con rango y fuerza de ley, expedido con fundamento en una atribución que emana directamente de la misma Constitución para establecer el régimen **especial** de Bogotá, con su carácter de Distrito Capital, dado por la misma Constitución, atribución que encuentra sus límites en la propia Carta Fundamental y no como se pretende en la demanda en las normas que ordinariamente se aplican a los municipios y menos en Acuerdos Municipales, como también lo sugieren las actoras.

3o.- Hechas las anteriores precisiones procede la Sala a analizar los cargos de violación formulados en la demanda.

Violación del artículo 2o. de la Constitución Política

Dispone esta norma:

"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."

Las actoras alegan que la norma transcrita resultó vulnerada, porque si dicha disposición establece como fines del Estado el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional, era deber del Presidente de la República observar, al expedir el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, los derechos fundamentales de los colombianos y los principios constitucionales y no desconocerlos como hace en la disposición demandada.

Los derechos fundamentales que indica como violados en la demanda son el derecho al trabajo y al principio de igualdad. Por lo tanto la viabilidad o nó del cargo de violación de la norma, será el resultado de lo que se determine en los siguientes puntos 2o. y 3o., que se refieren a dichos derechos.

Precisa la Sala que para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, prevé el mismo ordenamiento constitucional en su artículo 95 numeral 9o., la obligación de los particulares de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad.

Cuando la ley impone un tributo a quienes antes estaban excluidos del mismo, no puede decirse que se viola la norma transcrita, ya que la facultad de imposición corresponde al Estado y éste debe ejercerla para arbitrar los recursos que le permiten cumplir los fines señalados en la Carta Fundamental.

Violación del derecho al trabajo. Artículo 25 de la Constitución Política.

Dispone esta norma:

"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

Estiman las actoras que se vulnera el derecho al trabajo cuando la norma acusada dá un tratamiento discriminatorio a quienes desempeñan una misma actividad por el hecho de ser unas dependientes y las otras no.

El cargo nó está llamado a prosperar, porque en manera alguna la norma acusada, al sujetar al gravamen a quienes desempeñan profesiones liberales, está impidiendo el derecho al trabajo ni establece condiciones indignas o injustas.

El legislador, ante la exigencia de recursos para el Distrito Capital y para mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, debe ejercer su facultad imposi-

tiva y gravar las actividades desempeñadas por las diferentes personas naturales y jurídicas dentro de su territorio y, atendiendo a la especial subordinación de la clase trabajadora, que desarrolla su actividad en beneficio de un patrono, puede no sujetarla a imposición.

Lo anterior no riñe con los conceptos de justicia y equidad que en la contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado prevé de manera obligatoria el artículo 95 numeral 9o. de la Constitución Política, antes citado.

En efecto, cuando una persona natural o jurídica presta servicios a la comunidad puede verse precisada a la contratación de personal mediante una relación laboral, este personal no está satisfaciendo un servicio hacia la comunidad sino que pone su fuerza laboral al servicio de su patrono, que es quien en últimas presta el servicio.

Cuando la ley, atendidas tales circunstancias, hace diferenciación entre profesionales independientes que prestan directamente servicios dedicados a satisfacer necesidades de la comunidad, de aquellos que ejercen su profesión a través de un patrono para gravar a los primeros y no a los segundos, observa los principios de justicia y equidad al evitar que un mismo servicio resulte gravado dos veces, como ocurriría si se gravara al profesional sobordinado por una actividad profesional que realiza mediante contrato de trabajo y también se gravara al patrono que satisface bajo su responsabilidad el servicio a la comunidad.

De ser válido el argumento conforme con el cual el impuesto atenta contra el derecho al trabajo no podría el Estado gravar en lo absoluto ninguna actividad pues todas en últimas son desarrolladas por personas naturales.

Violación del principio de igualdad

Dispone el artículo 13 de la Constitución Política:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

El tema concerniente al principio de igualdad de las personas ante la ley ha sido objeto de análisis en las decisiones de las corporaciones encargadas de administrar justicia, que lo han entendido como un concepto que atiende, dentro de una generalidad objetiva, las circunstancias especiales de los asociados para darles el trato jurídico que les corresponde en concreto.

Merece especial connotación en este tema el análisis que en la sentencia de Junio 25 de 1992, proceso T-860, hizo la Corte Constitucional, en el que en síntesis, expresó:

"IGUALDAD ANTE LA LEY. DERECHOS FUNDAMENTALES. IGUALDAD FORMAL. IGUALDAD MATERIAL

> "El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos, con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental".

Esta jurisprudencia permite inferir que cuando una disposición legal atiende circunstancias especiales de los asociados, como es en este caso la subordinación, para regular en forma diferente un tributo, no viola el principio de igualdad sino lo reafirma, pues como dijo Aristóteles: "la igualdad entre desiguales es injusticia".

El impuesto como instrumento en materia de política fiscal se utiliza de diversa manera para conseguir el cumplimiento de los diversos objetivos propuestos por el Estado y por lo tanto es viable, atendiendo a circunstancias especiales de la colectividad, imponer o exonerar de gravamen a quienes en apariencia son iguales. Es el caso por ejemplo de los llamados incentivos fiscales (exenciones, exclusiones, rentas exentas, descuentos, etc.), que permiten frente a un ingreso de igual cuantía, que unos paguen menos que otros, atendidas otras circunstancias como la procedencia, ubicación y naturaleza del mismo, sin que por ello se vulnere el principio de igualdad.

También estima la Sala recordar que la Asamblea Nacional Constituyente (Proyectos 108 y 114) al referirse al tema de los ingresos públicos, previó la po-

sibilidad de existencia de regímenes impositivos diferentes a nivel municipal, al tratar el tema de la capacidad tributaria de las entidades territoriales, así:

"LOS INGRESOS PUBLICOS

"Los principios de tributación, la potestad y las competencias tributarias.

"Del lado de los ingresos públicos, en el cual puede considerarse el tema ya tratado de la participación en las rentas nacionales por parte de las entidades territoriales, los diferentes proyectos presentan principios generales sobre la tributación, que a nuestro juicio obedecen más directamente al capítulo de la Hacienda Pública, aunque con obvias repercusiones sobre el sistema de financiación regional, seccional y local.

En los proyectos se menciona a menudo la justicia, la equidad, y la progresividad como criterios básicos de la imposición, la cual es tratada como una responsabilidad y un deber. En otro proyecto se propone que sean los impuestos directos los que de preferencia adopten las entidades territoriales (Aída Abello y Alfredo Vásquez C.). Además instituye en otro proyecto la jurisdicción coactiva como recurso de cobro forzoso de los impuestos adeudados (Antonio Galán).

"Consideramos adecuado que en el título de la Hacienda, en forma coordinada con la Comisión V., se propongan unos criterios generales de tributación; además deberán definirse los órganos competentes para establecer los tributos, atribución que se asigna generalmente a los organismos colegiados, en tiempo de paz (Congreso, Asamblea y Concejos).

"Como principios generales de la tributación pueden considerarse: **la equidad tanto horizontal** como vertical de los gravámenes; **la neutralidad y el beneficio** colectivo que se espera del pago de las contribuciones y tributos de parte de los aportantes; la simplicidad; la capacidad contributiva. A estos principios generales, pero especialmente válidos para el caso de los diseños tributarios de las administraciones departamentales y municipales, **deberá añadirse la coordinación tributaria** que debe existir entre los gravámenes cobrados por los distintos niveles de Gobierno.

"Relacionada con estas materias, se encuentra la cuestión de a quién corresponde la potestad tributaria; actualmente como se sabe ella es de la exclusividad del Congreso Nacional, de tal manera que es a él únicamente a quien le compete la creación válida de los impuestos, a pesar de que los impuestos creados puedan ser establecidos por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. A este respecto vale la pena considerar que cualquier

regulación sobre autonomía fiscal territorial, debe atenerse a los siguientes criterios:

i) La capacidad de las entidades territoriales para fijar tributos está limitada en todo caso por la Ley, en lo concerniente a la definición de tributos existentes, criterios generales de administración de los mismos, bases gravables y tarifas.

"ii) Los municipios y demás entidades territoriales podrán establecer gravámenes distintos a los del régimen ordinario o sobretasas que operarían sobre algunos impuestos, que le serían de su propia competencia, para la financiación temporal de sus inversiones y proyectos.

"iii) Existiría un régimen tributario básico de carácter uniforme para todas las entidades territoriales, **pero podrían coexistir regímenes impositivos diferentes, como resultado de la autonomía tributaria**, que implicaría un tratamiento impositivo distinto para personas ubicadas en diferentes territorios -regiones, secciones o municipios del país-.

No da la Sala prosperidad a los cargos de violación enunciados en los numerales 2o. y 3o. de la demanda y como consecuencia le es dable concluir que el Gobierno al expedir el artículo acusado, que hace parte del Estatuto para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, tampoco infrigió el artículo 2o. de la Constitución Política.

Violación de la Ley 14 de 1983

Afirman las actoras, luego de transcribir apartes de la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 4 de septiembre de 1970, que para observar el derecho de igualdad y el principio de equidad de los contribuyentes ante la ley tributaria, debió el Gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993, ceñirse a lo ordenado en el artículo 322 de la Constitución Nacional.

Ello significa, a su entender, que ni el Congreso, ni el Gobierno gozaban de una total discrecionalidad para dictar las normas sobre el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, porque la misma Carta les estableció como límites, la Constitución Nacional, la Ley y las disposiciones vigentes para los Municipios, y en tal orden estaba obligado a observar las regulaciones que para el impuesto de Industria y Comercio estableció la Ley 14 de 1983, especialmente el artículo 36, que definió expresamente las actividades de servicios frente a dicho gravamen.

Dicha norma, que al señalar a los servicios de consultoría profesional solo se refirió a los prestados a través de sociedad regulares o de hecho, excluyendo por sustracción de materia a las personas naturales que prestaban tales servicios y que así lo entendió la Corporación en la sentencia del 20 de Enero de 1984.

Tampoco en esta oportunidad tienen razón las actoras toda vez que como se precisó al analizar los antecedentes del artículo 322 en la Constituyente, fue su voluntad que el Distrito Capital tuviera un régimen especial, aspecto este que autorizaba la creación de normas en materia fiscal, diferentes a las legales entonces existentes.

No de otra manera puede entenderse el ejercicio de una facultad para dictar un estatuto especial, porque si de compilar las normas entonces existentes se trataba, el mandato constitucional hubiera sido diferente y explícito en este sentido.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala inferir que el Gobierno al expedir el artículo 154 numeral 4o. del Decreto 1421 de 1993, eliminando para la ciudad de Santa Fe de Bogotá la excepción contenida en el artículo 36 de la Ley 14 de 1983, (artículo 199 del Código de Régimen Municipal), para los servicios profesionales prestados directamente por personas naturales, no desconoció los principios de equidad e igualdad de los contribuyentes ante la Ley (artículo 95 numeral 9o. de la Constitución Política), ni los artículos 322 y 363 de la Constitución Política, como tampoco la Ley 14 de 1983 artículo 36, razón por la cual habrán de negarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA

1.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda

2.- RECONOCESE a los doctores Ramiro Carranza Coronado y Jorge Eduardo Chemas Jaramillo como apoderados del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá a términos de los poderes que obran a folios 51 y 160 respectivamente del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahin Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede consultarse la sentencia del 5 de junio de 1995 Exp. 5709 Ponente: *Jorge Antonio Blanco Gómez.*

DEUDA TRIBUTARIA - Actualización. **ACUERDOS DE PAGO** - Actualización

Si bien el art. 363 de la Constitución Nacional prohíbe la aplicación retroactiva de la ley tributaria, cuando la Ley para su ejecución requiere de reglamentación u otros aspectos de implementación, ha de entenderse que tal reglamento se encuentra incorporado a la ley desde su expedición y en este evento no puede predicarse que existe aplicación retroactiva de la ley. Establece la ley, que la actualización del valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago también se aplica a los acuerdos de pago que se realicen a partir del 1o. de marzo de 1993 y obviamente sobre obligaciones insolutas a tal fecha. Por ello, cuando la resolución acusada señala en el artículo 4o. demandado, que las facilidades de pago otorgadas entre el 10 de marzo de 1993 (fecha prevista en la norma superior) y el 1o. de marzo de 1994 deben reliquidarse, para agregar el valor de actualización en relación con los pagos que se hagan a partir del 1o. de marzo de 1994. No viola la ley pues no hace cosa diferente que darle cumplimiento. Del hecho de que la Administración otorgue facilidades para el pago de deudas vencidas no puede deducirse que, por el nuevo plazo, la deuda no pueda actualizarse, o que no cause intereses, porque tal inferencia no la hizo la ley. De tal suerte que si al momento de expedirse la Ley 6a. de 1992 el contribuyente, agente o responsable tenía deudas insolutas, estas por mandato de la norma deben ajustarse a partir del tercer año de mora, independientemente de que para el pago de la misma la Administración otorgue o no facilidades o plazos adicionales.

IRRETROACTIVIDAD TRIBUTARIA. DEUDA TRIBUTARIA - Actualización. **PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA**

La actualización del valor de la deuda, obedece a un principio de equidad tributaria y no constituye un nuevo tributo; no se está violando ningún

derecho adquirido. Además la retroactividad no se configura porque no hay mutación en la causa de obligación, sino que tan solo se está actualizando su valor, de suerte que la obligación sigue siendo, en términos reales, la misma. Ello, como manifestación del principio de equidad tributaria que exige ajustar el valor de la deuda a la realidad, con el fin de no permitir que la depreciación del dinero torne en desproporcionado el valor de la obligación tributaria con respecto a la realidad financiera. En estricto sentido actualizar el valor de la deuda tributaria no es equivalente a regular con una nueva disposición una situación jurídica definida con sujeción a la norma de su momento, sino la adaptación del valor a la realidad; de ahí que se actualiza es decir se mantiene la misma obligación a través del tiempo, en virtud, precisamente, de la actualización, la cual no altera una situación del pasado, sino que la mantiene en su verdadera identidad, sin que mengüe su valor económico por los efectos de la depreciación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia.: Expediente No. 5822. Actor: José Luis Rivadeneira Ramírez Acción de nulidad contra el artículo 4 de la resolución 0828 del 2 de marzo de 1994, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales. Fallo

El ciudadano JOSE LUIS RIVADENEIRA RAMIREZ en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demanda la declaratoria de nulidad del artículo 4 de la Resolución 0828 expedida el 2 de Marzo de 1994 por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

No observando la Sala la causal de nulidad, procede a dictar sentencia.

1.- El acto acusado

Es el artículo 4 de la Resolución 828 del 2 de Marzo de 1994, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual dispone textualmente:

"Las facilidades de pago otorgadas entre el 1 de Marzo de 1993 y el 1 de Marzo de 1994, solo se reliquidarán para agregar el valor de actualización en re-

lación con los pagos que se hagan a partir de la ultima fecha, respecto de obligaciones que cumplan los presupuestos para su actualización.

"Lo dispuesto en el inciso anterior también se aplicará en relación con los acuerdos concordatarios y las facilidades de pago otorgadas en desarrollo de estos procesos celebrados entre esas mismas fechas".

La demanda afirma que la norma al hacer retroactiva la aplicación de la Resolución 828 de 1994 a los acuerdos de pago celebrados entre el 1 de Marzo de 1993 y el 1 de Marzo de 1994 desconoce el mandato contenido en el artículo 363 de la Constitución Nacional e incurre en violación manifiesta del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, ya que autoriza la modificación de los actos administrativos que otorgan facilidades de pago, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

OPOSICION A LA DEMANDA

El apoderado judicial de la demandada se opone a la pretensión de nulidad del acto acusado, alegando que:

1 - No se violó el artículo 363 de la Constitución Nacional porque:

- La Resolución 828 del 2 de Marzo de 1994 proferida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales estableció los factores de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras, **es decir, los valores de actualización de bajas obligaciones** expresados en cifras decimales calculadas por la Administración, con el objeto de facilitar su pago, conforme a las previsiones consagradas por el artículo 867-1 del Estatuto Tributario, norma que constituye su soporte legal.

- Fue esta norma la que estableció la obligación de actualizar los pagos y facilidades de pago que se realicen a partir del 1 de Marzo de 1993, y no la resolución 0828 de 1994, por lo que, si el actor consideraba que tal disposición u obligación era ilegal, o inconstitucional, debió demandar el citado artículo del Estatuto Tributario.

- Porque como se reconoció en la sentencia C-549 de la Corte Constitucional, la actualización de las obligaciones tributarias no implica la retroactividad de la ley fiscal, sino su ajuste en aras de mantener la equidad tributaria.

El artículo 4 de la Resolución 868 de 1994 es consecuencia lógica de lo ordenado por el artículo 867-1, inciso cuarto del Estatuto Tributario y no hace otra

cosa que aclarar aún más que las obligaciones objeto del pago o acuerdo de pago, solo se reliquidarán para agregar el valor de actualización en relación con los pagos que se hagan a partir del 1 de Marzo de 1993 siempre que además, se cumplan los demás requisitos para que proceda la actualización.

2.- No se violó el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, porque:

- Ni la resolución demandada, en su conjunto, ni el artículo 4 , en particular, revocaron las facilidades de pago otorgadas (acuerdos de pago). Se limitó la norma a ordenar la reliquidación de los valores de actualización para los pagos que se efectuaran a partir del 1 de marzo de 1993, conforme lo ordenado por el citado artículo 867-1 del Estatuto Tributario.

- Resulta absolutamente infundado pretender que la Resolución 828 de 1994 revocó los actos de carácter particular y concreto (en este caso serían las resoluciones que concedieron las facilidades de pago), pues, de la simple lectura de su texto se evidencia que solo impartió instrucciones para actualizar el valor de los pagos sin consideraciones particulares.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la demandada al alegar de conclusión remite a los argumentos expuestos con oportunidad de la oposición a la demanda y reitera que la Resolución acusada se expidió por mandato del artículo 867-1 del Estatuto Tributario con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios aduaneros y al público en general, la liquidación de las obligaciones a pagar durante el respectivo periodo y que no fue esta sino el Estatuto Tributario en la norma citada el que ordenó la actualización de todos los pagos o acuerdos de pago que se realicen a partir del 1 de Enero de 1993.

Pide se nieguen las peticiones de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Octavo Delegado ante la Corporación considera que se deben denegar las súplicas de la demanda porque:

a) No existe violación del artículo 363 de la Constitución Nacional y como anota el apoderado de la Nación, en el escrito que obra a folios 39 y siguientes, la disposición acusada no establece o crea tributos u obligaciones tributarias con

carácter retroactivo; simplemente consagra la actualización del monto de las facilidades de pago otorgadas antes de la expedición de aquel precepto, actualización que prevé el artículo 867-1 del Estatuto Tributario, norma esta que fué expedida de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, el que a su vez consagró la obligación de actualizar los pagos y facilidades de pago que se realicen a partir del 1 de Marzo de 1993.

Advierte que, como recuerda el apoderado de la Nación, la Corte Constitucional, en la sentencia No. C-549, consideró que la actualización que dispuso el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992 no constituye una violación al principio de la retroactividad de las leyes tributarias que establece el artículo 363 de la Constitución Nacional, ni desconoce ningún derecho adquirido y que además " la retroactividad no se configura porque no hay mutación en la causa de la obligación, sino que tan solo se está actualizando su valor.

De suerte que la obligación sigue siendo, en términos reales, la misma y esto no es mas que "manifestación del principio de equidad tributaria que exige ajustar el valor de la deuda a la realidad con el fin de no permitir que la depreciación del dinero torne en desproporcionado el valor de la obligación tributaria con respecto a la realidad financiera".

b) No se infringió el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo porque el precepto acusado no se refiere a un determinado acto, ni expresa su voluntad de revocarlo. Además, el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, es una norma de carácter general y el artículo 867-1 del Estatuto Tributario es de carácter especial y por lo tanto esta última debe preferirse a la primera; si el artículo 867-1 realmente autorizara la revocación de actos administrativos de naturaleza tributaria, creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, la decisión en que se ejerciera esa facultad no contrariaría el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los cargos de violación de normas superiores que hace el artículo 4 de la Resolución 0828 del 2 de Marzo de 1994:

1) Violación del artículo 363 de la Constitución Nacional.

Dispone esta norma:

"El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

"Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad."

A juicio de la Sala, si bien la norma constitucional prohíbe la aplicación retroactiva de la ley tributaria, cuando la ley para su ejecución requiere de reglamentación u otros aspectos de implementación, ha de entenderse que tal reglamento se encuentra incorporado a la ley desde su expedición y en este evento no puede predicarse que existe aplicación retroactiva de la ley.

De otra parte observa la Sala que en la resolución 0828 del 2 de Marzo de 1994, se invoca como fundamento legal el artículo 867-1 del Estatuto Tributario (artículo 75 de la Ley 6a. de 1992), el cual dispone textualmente:

"Actualización del valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago. Los contribuyentes, responsables, agentes de retención y declarantes, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos, retenciones y sanciones a su cargo, a partir del tercer año de mora, deberán ajustar los valores de dichos conceptos en un porcentaje equivalente al incremento porcentual del índice de precios al consumidor nivel ingresos medios, certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, -DANE, por un año vencido corrido entre el 1 de Marzo siguiente al vencimiento del plazo y el 1 de Marzo inmediatamente anterior a la fecha del respectivo pago.

"Cuando se trate de mayores valores establecidos mediante liquidación oficial el periodo a tener en cuenta para el ajuste, se empezará a contar desde el 1 de Marzo siguiente a los tres años contados a partir del vencimiento del plazo en que debieron de haberse cancelado de acuerdo con los plazos del respectivo año o periodo gravable al que se refiera la correspondiente liquidación oficial.

"En el caso de las sanciones aplicadas mediante resolución independiente, el periodo se contará a partir del 1 de Marzo siguiente a los tres años contados a partir de la fecha en que haya quedado en firme en la vía gubernativa, la correspondiente sanción.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará a todos los pagos o acuerdos de pago que se realicen a partir del 1 de Marzo de 1993, sin perjuicio de los intereses de mora, los cuales se continuarán liquidando en la forma prevista en los artículos 634 y 635, sobre el valor de la obligación sin el ajuste a que se refiere este artículo.

"Para los efectos de la aplicación de este artículo, la Dirección de Impuestos Nacionales, deberá señalar anualmente la tabla contentiva de los fac-

tores que faciliten a los contribuyentes liquidar el monto a pagar durante la respectiva vigencia. - (Resalta la Sala).

Establece así la ley, que la actualización del valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago también se aplica a los acuerdos de pago que se realicen a partir del 1 de Marzo de 1993 y obviamente sobre obligaciones insolutas a tal fecha.

Por ello, cuando la resolución acusada señala en el artículo 4 demandado, que las facilidades de pago otorgadas entre el 1 de Marzo de 1993 (fecha prevista en la norma superior) y el 1 de Marzo de 1994 deben reliquidarse, para agregar el valor de actualización, en relación con los pagos que se hagan a partir del 1 de Marzo de 1994, no viola la ley pues no hace cosa diferente que darle cumplimiento.

Es claro el artículo cuando exige que las obligaciones objeto de reajuste cumplan los presupuestos para su actualización.

De otra parte, el artículo 75 de la Ley 6a. de 1992, (hoy artículo 867-1 del Estatuto Tributario) en cuanto a su aplicación en el tiempo, fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-549 del 25 de Noviembre de 1993, EXPEDIENTE D-284, al conocer de la demanda de inconstitucionalidad que contra tal artículo intentó el Dr. JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA oportunidad en la cual la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la norma expresó:

"Para la Corte, en primer lugar, es claro que la actualización del valor de la deuda, obedece a un principio de equidad tributaria y no constituye un nuevo tributo. Se trata, no de una nueva obligación tributaria, sino del ajuste de valor de la deuda de acuerdo con el incremento porcentual del índice de precios al consumidor por ingresos medios, certificado por el DANE..."

"La Sala considera que en el caso *sub-exámine* no se está violando ningún derecho adquirido. Además, la retroactividad no se configura porque no hay mutación en la causa de la obligación, sino que tan sólo se está actualizando su valor, de suerte que la obligación sigue siendo, en términos reales la misma. Ello, como manifestación del principio de equidad tributaria que exige ajustar el valor de la realidad, con el fin de no permitir que la depreciación del dinero torne en desproporcionado el valor de la obligación tributaria con respecto a la realidad financiera."

"Ahora bien, en el primer inciso del artículo 75 de la Ley *sub-exámine*, se prescribe una condición; " los contribuyentes, responsables, agentes de retención y declarantes, **que no cancelen oportunamente**" (...) (negrillas fuera del texto original), lo que indica que contempla situaciones hacia el futuro.

"En cambio, el inciso cuarto del mismo artículo se refiere no a quienes no cancelen oportunamente, sino "a todos los pagos o acuerdos de pago que se realicen a partir del 1 de Marzo de 1993, sin perjuicio de los intereses de mora en el momento de entrar en vigencia la Ley". Entonces lo que hay que preguntarse es si la actualización de la deuda anterior a la vigencia de la ley es retroactiva o no.

"En estricto sentido **actualizar el valor de la deuda tributaria no es equivalente a regular con una nueva disposición una situación jurídica definida con sujeción a la norma de su momento, sino la adaptación del valor a la realidad; de ahí que se actualiza, es decir se mantiene la misma obligación a través del tiempo, en virtud, precisamente, de la actualización, la cual no altera una situación del pasado, sino que la mantiene en su verdadera identidad, sin menguar su valor económico por los efectos de la depreciación.**

"La Sentencia C-511 citada, pone de presente que adaptarse a la realidad de cada momento no implica, propiamente hablando, retroactividad, y ello es precisamente lo que se presenta con la actualización del valor de la deuda; **no implica una alteración sustancial de la misma..."**

2) Violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

Dispone esta norma:

"Revocación de actos de carácter particular y concreto. 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..."

Afirma el actor que la norma acusada viola el artículo transcrito en cuanto autoriza la modificación de los actos administrativos que otorgan facilidades de pago, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, cargo que a juicio de la Sala no está llamado a prosperar porque:

a)El artículo cuarto de la resolución 0828 de 1994 no se refiere, de manera específica, a un acto administrativo en concreto sino en **forma general a las facilidades de pago de deudas otorgadas** entre el 1 de Marzo de 1993 y el 1 de Marzo de 1994, ordenando que la reliquidación se efectúe, no sobre las cuotas ya pagadas, sino sobre los pagos que se hagan a partir de la segunda fecha.

b)Del hecho de que la administración otorgue facilidades para el pago de deudas vencidas no puede deducirse que, por el nuevo plazo, la deuda no pueda actualizarse, o que no cause intereses, porque tal inferencia no la hizo la ley. De tal suerte que si al momento de expedirse la Ley 6a. de 1992 el contribuyente, agente o responsable tenía deudas insolutas, éstas por mandato de la norma deben ajustarse a partir del tercer año de mora, independientemente de que para el pago de la misma la Administración otorgue o nó facilidades o plazos adicionales.

De otra parte, el acuerdo de pago que suscribe la administración con el contribuyente se ajusta a las condiciones de la deuda al momento de su celebración sin que ello implique que las mismas no varíen en el tiempo. Si el convenio se celebra sobre una deuda con dos años vencidos no puede la administración proceder a su actualización ante la falta de uno de los supuestos exigidos por la ley, pero celebrado el acuerdo, respecto de aquellas deudas que cumplan los tres años de mora, contados desde la fecha en que por ley debieran satisfacerse, procede su actualización sobre los valores no pagados, por expreso mandato legal.

En conclusión el artículo cuarto de la resolución 828 de 1994, acusado, no vulneró las normas invocadas y por consiguiente habrán de negarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA

1.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

2.- RECONOCESE personería al doctor Luis Alberto Sandoval Navas a términos del poder que obra a folio 17 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. 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

BONIFICACION POR RETIRO. AUXILIO EXTRALEGAL. SALARIO. APORTES PARAFISCALES

En cuanto a si los pagos que la demandante efectuó a sus trabajadores, estaban sometidos para su deducibilidad al pago de los aportes parafiscales, se tiene que las denominadas Bonificaciones de retiro y Auxilio de Marcha, aun teniendo el carácter de prestaciones sociales extralegales, responden a la noción de "salario" y en consecuencia, formaban parte de la base de liquidación de los mencionados aportes. En efecto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución de sus servicios, de manera habitual, sea cualquiera la denominación que se le dé, y no constituye salario, en la forma como lo prevé el artículo 128 ib, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad del patrono reciba el trabajador, como las primas, bonificaciones, gratificaciones ocasionales, así como las que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, transporte y las prestaciones sociales mínimas, que dicha codificación contempla en los Títulos VIII y IX. No se comparte la posición de la actora en el sentido de que como el pago se efectúa a la terminación del vínculo laboral, mal puede corresponder a retribución del trabajo. Si bien es cierto que el pago se efectúa con motivo del retiro del trabajador, es decir, está ligado o vinculado a la prestación de los servicios, en forma tal que su cuantía es proporcional al tiempo servido, como lo precisan las cláusulas 4a., 5a. y 6a. de la Convención Colectiva de Trabajo. Asimismo no siendo de orden legal el origen de las denominadas Bonificaciones de Retiro y Auxilio de Marcha, sino fruto del pacto o fruto de la mera liberalidad al pago, y por el contrario, tiene el carácter de oneroso, obligatorio y habitual, pues no puede dejar de cancelarse a los trabajadores retirados y en proporción a sus respectivos períodos de servicio.

SANCION POR NO ACREDITAR EL PAGO DE APORTES. DEDUCCION POR SALARIOS

La inconformidad por cuanto la sentencia no se refirió al tema de "ajuste en los aportes", el cual tampoco fue tenido en cuenta por la Administración, por no haberse incluído la prueba sobre la totalidad de los pagos constitutivos de salarios, aspecto sobre el cual le asiste razón en cuanto a la violación del art. 664 del E.T. por cuanto este, el pago podrá acreditarse con ocasión de la respuesta al requerimiento especial. Teniendo en cuenta que el Club demandante satisfizo aportes adicionales sobre una base que está probada en los antecedentes y que no fue considerada, ni criticada por la Administración, se debe aceptar por estimar probado el derecho a la deducción de tal partida, cuyo desconocimiento lo fundamentó la Administración, en la falta de la prueba de aportes sobre la totalidad de los pagos salariales, sin admitir ni objetar siquiera la prueba sobre el pago parcial.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5913. Actor: Corporación Jockey Club. Impuesto renta -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 Cundinamarca el 7 de septiembre de 1994, desestimatoria de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el Impuesto sobre la Renta a cargo de la entidad sin ánimo de lucro CORPORACION JOCKEY CLUB, por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

Previo Requerimiento Especial 00113 del 13 de julio de 1989, la Administración de Impuestos Nacionales Personas Jurídicas de Bogotá, practicó la Liquidación de Revisión 00114 del 5 de diciembre de 1989, mediante la cual rechazó deducciones por salarios pagados en cuantía de $8'055.689, en consideración a que dentro de la base para aportes parafiscales no fue incluida la totalidad de los pagos

que constituyen salarios, de conformidad con el artículo 108 del Estatuto Tributario; reliquidó el anticipo para el año de 1987 e impuso sanción por inexactitud.

Interpuesto el recurso gubernativo, la citada Administración mediante Resolución 0004 del 14 de enero de 1991, resolvió confirmar la liquidación oficial, aduciendo que las partidas correspondientes a Auxilio de Marcha y Bonificación por Retiro y Antigüedad, provenientes de convenciones colectivas de trabajo, se consideran como salarios y por ende son computables para el cálculo de aportes patronales.

En desacuerdo con la decisión de la vía gubernativa, la CORPORACION JOCKEY CLUB, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, manifestando que las oficinas de impuestos violaron las siguientes disposiciones:

Artículos 647, 664, 702, 709, 712 y 807 del Estatuto Tributario; artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21 de la Ley 21 de 1982 y artículo 94 de la Ley 9a. de 1983.

Sostuvo la demanda que de conformidad con el artículo 664 del E.T., efectuó el pago de aportes correspondientes a la cantidad de $2'718.015 y envió dentro del término que tenía para dar respuesta al requerimiento especial, el comprobante de consignación correspondiente, pues el Club estaba en su derecho de hacer el pago en fecha anterior a la respuesta al requerimiento, sobre las partidas que consideró constitutivas de salario y de no hacerlo sobre aquellas que estimó no tenían tal carácter, en consecuencia la Administración no estaba facultada para rechazar el ajuste de aportes, alegando que la contribuyente no accedió a la totalidad de sus exigencias.

Afirmó que el Club no hizo aportes sobre Bonificación de Retiro por $2'606.111 y Auxilio de Marcha por $2'.731.563, por considerar que dichas partidas no son constitutivas de salario, puesto que son pagos que se efectúan a la terminación del vínculo laboral, luego mal pueden corresponder a retribución del trabajo, pues se reconocen precisamente cuando se deja de laborar.

Previa transcripción de algunas de las cláusulas de la Convención Colectiva que rigen las relaciones laborales entre el JOCKEY CLUB y sus trabajadores, manifestó que el denominado Auxilio de Marcha, hasta el 31 de diciembre de 1986 se llamaba Preaviso y Auxilio de Marcha; pero que en virtud de la nueva Convención Colectiva de 1987, en la cual se hicieron mejoras al beneficio, éste quedó redactado solamente como Auxilio de Marcha.

Explicó que el Auxilio de Marcha y la Prima de Pensionados son pagos que se efectúan al terminar el vínculo laboral, cuando ya no hay servicio y tienen por finalidad mejorar los recursos del trabajador al quedar cesante; y que la Prima de Antigüedad que se paga una vez cada cinco años, no remunera un descanso sino premia la estabilidad en el servicio.

Agregó, que según el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, es claro que solo son base de aportes parafiscales los pagos que sean elementos integrantes del salario (arts. 127 y 128 del C.S.T.), y los pagos que por descansos remunerados, bien sea que estos tengan su fuente en la ley o en normas convencionales o contractuales. Que por ser norma que establece una tasa es de aplicación restrictiva y no puede extenderse su cobertura por vía de interpretación.

A juicio de la actora, dichos pagos no son constitutivos de salarios, puesto que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo vigente en 1986, son salarios los pagos que se hagan al trabajador como remuneración a sus servicios, esto es, son pagos que se deben compensar la prestación directa del servicio, transcribió al efecto apartes de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Arguyó, que el artículo 128 Ib., hace una enumeración no taxativa, de los pagos constitutivos de salarios, estableciendo que no tienen tal naturaleza las prestaciones sociales y los pagos realizados de manera ocasional.

Precisó, que no hay duda sobre la ocasionalidad de los pagos correspondientes a las prestaciones convencionales, ya que el Auxilio de Marcha y la Prima de Pensionados se dan una sola vez al terminar el vínculo laboral y la Prima de Antigüedad una vez cada cinco años si el trabajador ha continuado ininterrumpidamente en el servicio.

Luego de hacer un análisis sobre el carácter de las prestaciones sociales, adujo que los pagos discutidos son prestaciones sociales y en ningún caso salario.

De otra parte, impugnó la sanción por inexactitud por considerar que las sanciones por no comprobar aportes a las entidades encargadas de la seguridad social es únicamente la establecida en le artículo 664 de E. T., es decir, el rechazo de los salarios sobre los cuales no se haya aportado, que al aplicar la sanción prevista en el artículo 647 E. T. la Administración violó por errónea aplicación los artículos 647 y 709, por cuanto impuso sanción por inexactitud a un hecho expresamente sancionado con otra pena.

Finalmente se mostró en desacuerdo con la liquidación del anticipo para el año gravable de 1987, por cuanto éste no era del 75 % del impuesto a cargo, en la forma como aparece en la liquidación de revisión, sino del 25 % de conformidad con el artículo 94 de la Ley 9a. de 1983, "circunstancia esta que bien puede obedecer a imprevisión de la oficina liquidadora que puede tratarse como un simple error aritmético".

Agregó que con anterioridad a la expedición del Decreto 2503 de 1987, el anticipo para el año siguiente no formaba parte del impuesto a cargo por el año que se está liquidando.

OPOSICION

La apoderada de la Nación, en su escrito de contestación de la demanda, luego de analizar los textos de las disposiciones que señalan la base para los aportes parafiscales y de las que definen el salario y los pagos que no lo constituyen, señaló que en el artículo 4 de la Convención Colectiva de Trabajo con los trabajadores de la empresa, ésta se compromete a cancelar una Prima de Marcha cuando voluntariamente se retiren del servicio o cuando la entidad termine unilateralmente el contrato de servicio, estableciendo las modalidades de acuerdo con el tiempo servido. Y en las cláusulas quinta y sexta se establecen la Bonificación de Retiro fundamentada en la Pensión de Jubilación y la Prima de Antigüedad, ambas determinadas de acuerdo con el tiempo de servicio del trabajador.

Agregó que tanto los tratadistas como la jurisprudencia, no han vacilado en darle a la convención colectiva el carácter de verdadera ley en sentido formal y que siendo un mandato soberano, con fuerza obligatoria entre las partes, excluye la liberalidad como decisión autónoma del patrono para cancelar o no las sumas pactadas con sus trabajadores; que por consiguiente las sumas que la actora pactó con los trabajadores, en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo, no son sumas que el patrono cancela por voluntad propia.

Insistió en que al ser sumas que se pagan en forma regular y habitual constituyen factores de salario, consagradas en disposiciones de carácter convencional y corresponden a una remuneración complementaria a los servicios prestados.

Precisó que los pagos de que se trata no son prestaciones sociales, como lo sostiene la demanda, y que sea cual fuere la denominación que se les dé constituyen salario, ya que forman parte de la retribución que efectúa el patrono por los servicios prestados y por ministerio de la ley.

De otra parte, manifestó que la inexactitud está constituída por todos aquellos hechos con los cuales se determine un menor impuesto a cargo o un mayor saldo a favor y que por tanto la sanción liquidada se ajustó al derecho, así como la determinación del anticipo, pues la sociedad debía probar que además de ser una entidad sin ánimo de lucro, había solicitado la calificación del respectivo comité, hecho que no se demostró.

LA SENTENCIA APELADA

Negó prosperidad a las pretensiones de la demanda, por considerar que los pagos rechazados corresponden a la noción de salario consagrada en el artículo 127 del C.S.T., pues son remuneraciones fijas recibidas por los trabajadores en dinero, sin importar la forma o denominación adoptada, que en el caso de litis fue Auxilio de Marcha, Prima Especial de Jubilación y Prima de Antigüedad.

Agregó que los artículos 128 y 307 del mismo Código, consagran algunas excepciones al principio general enunciado en el artículo 127 Ib., consistente en que toda remuneración de servicios cualquiera que sea su forma o denominación es salario y que estas excepciones se refieren a ciertos ingresos recibidos del patrono por mera liberalidad, ocasionalmente y sin perjuicio de que constituyan o no prestaciones sociales, respecto de las cuales el artículo 128 excluye expresamente del principio general, aquéllas de que tratan los títulos VIII y IX, es decir, las prestaciones sociales legales y que son beneficios extralegales, los recibidos por encima de los legales, ninguna disposición los excluye expresamente de la noción de salario consagrada en el artículo 127.

Luego de analizar, con apoyo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, los elementos que sirven de criterio para determinar cuándo una suma recibida es salario, concluyó que las sumas discutidas tienen tal carácter, pues poseen todos los elementos que legalmente lo configuran y por tanto, la actuación administrativa se ajustó a derecho al considerar que los pagos discutidos eran base para los aportes parafiscales.

En relación con la sanción por inexactitud, consideró que si bien la accionante incluyó en su denuncio deducciones por salarios sobre las cuales no había efectuado los correspondientes aportes, tal error se derivó de una diferencia de criterio respecto de la calidad de salario de los pagos, la cual no genera inexactitud.

Finalmente se abstuvo de estudiar el cargo relativo a la determinación del anticipo por cuanto revisado el memorial contentivo del recurso de reconsideración, observó que el tema del anticipo no fué materia de discusión ante las oficinas ad-

ministrativas, por lo cual sobre el mismo no hubo agotamiento de la vía gubernativa.

APELACION

Al apelar el apoderado judicial de la actora, expuso que la sentencia no se refirió al tema del ajuste efectuado por la sociedad a los aportes parafiscales, a efecto de determinar la cuantía para el rechazo de salarios, pues el Club hizo aportes por un total de salarios de $47'051.394 y en la liquidación se le reconocieron aportes para $44'333.379, dando origen a un rechazo injustificado equivalente a $2'718.015.

Sostuvo que el Club no efectuó aportes sobre Bonificaciones de Retiro por $2'606.111 y Auxilio de Marcha de $2'731.563, por considerar que dichas partidas no constituyen salarios, pues son pagos que se hacen a la terminación del vinculo laboral, luego mal pueden corresponder a retribución de trabajo, pues se pagan precisamente cuando se deja de trabajar.

Sostuvo que para el Tribunal no son válidos los argumentos de la demanda, en el sentido de que por constituir incremento en las prestaciones sociales, deben asimilarse a las prestaciones sociales legales y por tanto excluirse de la noción de salario; pero que esa no es propiamente la tesis expuesta en la demanda, sino que, las prestaciones sociales a diferencia del salario, no remuneran directamente el servicio prestado, sino que son beneficios, cuya finalidad no es retribuir el trabajo sino crear una serie de protecciones ante determinados riesgos, (nacimiento, muerte, invalidez, vejez, etc.), o rodear a la persona beneficiada de herramientas que le permitan una mejor calidad de vida.

Agregó que las prestaciones sociales tienen su fuente en la ley o en la voluntad de las partes, las cuales pueden válidamente mejorar los derechos mínimos que las normas legales laborales establecen en favor de los trabajadores, como claramente se desprende del artículo 14 del C.S.T., de las normas sobre contratación individual y colectiva y de reiterada e incuestionada jurisprudencia y doctrina.

Que la ley califica de prestación social la que no es por naturaleza y no lo hace respecto de la que sí tiene ese carácter y agregó, que no es jurídico asimilar las prestaciones sociales extralegales a salario y dar carácter de prestación, únicamente las que tratan los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, expuso que en el caso que se debate, el hecho sancionado es exclusivamente no acreditar el pago de los aportes y la sanción el desconocimiento

de la respectiva deducción. Que la sanción es la prevista en el artículo 664 del E.T.

A continuación, previa transcripción de una parte de la sentencia, manifiesta la parte, que no comparte lo dicho por el Tribunal por cuanto el tema relativo a la sanción por inexactitud sí fue objeto de debate en la vía gubernativa, desde la contestación al requerimiento especial, con similares argumentos a los expuestos en la demanda y al efecto transcribe lo pertinente.

Finalmente, impugna la decisión del *a quo* respecto del anticipo, en cuanto este se abstuvo de considerar el punto, por ausencia de agotamiento de la vía gubernativa, tema sobre el cual manifiesta que si bien el mismo no fue materia de debate en la vía gubernativa, "por tratarse de un error material por inadvertencia de la Administración, ya que aplicó para el cálculo un porcentaje del 75%, cuando ha debido ser del 25% puede alegarse en cualquier momento porque el error no es fuente de derecho ni deberes, ni debe prevalecer".

Agregó, que la actora presentó su primera declaración como entidad asimilada a sociedad anónima y que por esa razón el anticipo no era del 75 % sino del 25 %. Citó el artículo 866 del E.T. en materia de corrección de errores aritméticos o de transcripción cometidos en las providencias, liquidaciones oficiales, etc.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad el señor apoderado de la actora, reiteró los argumentos expuestos tanto en la demanda como en el recurso de apelación, los cuales complementó con transcripción de jurisprudencia de esta Corporación en materia de agotamiento de la vía gubernativa, que considera aplicable al decidir la litis en cuanto a la sanción por inexactitud y el anticipo.

Por su parte, el señor apoderado de la Nación, se opuso a la prosperidad del recurso de apelación, e insistió en que de conformidad con el artículo 127 del C.S.T., debe considerarse como salario para efectos legales toda retribución cuya naturaleza sea, por la habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste aunque se le dé otra denominación.

Agregó que las Bonificaciones de Retiro y el Auxilio de Marcha no corresponden a la voluntad liberal del patrono y en esas condiciones era necesario cumplir con los requisitos de los aportes parafiscales para hacer viable su reconocimiento.

De otra parte en relación con el punto del anticipo, manifestó que las afirmaciones de la parte carecen de respaldo probatorio pues no comprobó la calidad aducida y porque como lo manifestó el *a quo,* tal aspecto no fue materia de discusión en la vía gubernativa.

El Ministerio Público no se pronunció en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al avocar el conocimiento de la apelación, se observa que la controversia se contrae a los siguientes puntos:

a) Desestimación de la deducción por salarios en cuantía de $8'055.689, por parte de aportes parafiscales; b) Sanción por inexactitud y c) Liquidación de anticipo para el año gravable de 1987.

1. Deducción por salarios

Advierte la Sección, que la Administración desconoció una fracción de los salarios solicitados como deducción, en cifra que determinó en $8'055.689, por estimar insuficiente el valor comprobado de los aportes a favor de las entidades encargadas de la seguridad social y que corresponde a la diferencia entre los aportes efectuados sobre la suma de $44'333.379 y la base establecida por la administración de $52'389.068.

Con motivo de la respuesta al requerimiento especial, la actora manifestó que "ajustaba" la base para los aportes parafiscales a la suma de $47'051.394, acreditando los respectivos pagos de conformidad con el artículo 664 del E.T., sobre la diferencia resultante de $2'718.015, y que sobre las partidas correspondientes a Bonificaciones y Auxilio de Marcha no efectuaba aportes, por considerar que dichos pagos no constituían salario.

El apoderado judicial de la actora manifiesta su inconformidad por cuanto la sentencia no se refirió al tema de "ajuste en los aportes", el cual tampoco fue tenido en cuenta por la Administración, por no haberse incluido la prueba sobre la totalidad de los pagos constitutivos de salarios, aspecto sobre el cual a juicio de la Sala le asiste la razón a la actora en su cargo de violación del artículo 664 del E.T., por cuanto según este el pago podía acreditarse con ocasión de la respuesta al requerimiento especial.

Teniendo en cuenta que el Club demandante satisfizo adicionalmente aportes parafiscales sobre una base de $2'718.015 y que la prueba de los mismos obrante a folio 8 del cuaderno No. 1 de antecedentes no fue considerada, ni criticada por la Administración, la Sala la aceptará por estimar probado el derecho a la deducción de la mencionada partida, cuyo desconocimiento lo fundamentó la Administración, exclusivamente en la falta de la prueba de aportes sobre la totalidad de los pagos salariales, sin admitir ni objetar siquiera la prueba sobre el pago parcial mencionado que fue aceptado por la demandante.

De esta forma, observa la Sala que de la cifra de $8'055.689, desestimada por la Administración, se acepta como deducible la cantidad de $2'718.015, lo que arroja una diferencia de $5'337.674 sin aportes parafiscales, guarismo sobre el cual ha venido sosteniendo la demandante que no estaba obligada a efectuar las respectivas erogaciones, por cuanto los pagos correspondientes no son constitutivos de salarios.

La citada partida se descompone así:

Bonificaciones de Retiro	$ 2'606.111
Auxilio de Marcha	$ 2'731.563
	$ 5'337.674

Sobre este aspecto de la litis, en cuanto a si los pagos que la demandante efectuó a sus trabajadores en las partidas descritas, estaban sometidos para su deducibilidad al pago de los aportes parafiscales, la Sala comparte las apreciaciones del Tribunal en el sentido de que las denominadas Bonificaciones de Retiro y Auxilio de Marcha, aún teniendo el carácter de prestaciones sociales extralegales, responden a la noción de "salario" y en consecuencia, formaban parte de la base de liquidación de los mencionados aportes.

En efecto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario todo lo que recibe el trabajador **como retribución de sus servicios**, de manera habitual, **sea cualquiera la denominación que se le dé**, y no constituye salario, en la forma como lo prevé el artículo 128 Ib., las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad del patrono reciba el trabajador, como las primas, bonificaciones, gratificaciones ocasionales, así como las que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, transporte y las prestaciones sociales mínimas, que dicha codificación contempla en los Títulos VIII y IX.

Según las previsiones de los mencionados artículos 127 y 128, para que un pago constituya salario se requiere que:

a) Exista una relación laboral, en virtud de la cual una persona natural se compromete a prestar servicios personales a otra, sea natural o jurídica; b) Que la suma recibida corresponda a la contraprestación que el patrono debe al trabajador, no solo por la prestación de sus servicios; sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del patrono; c) Que constituya un ingreso personal del trabajador y no reembolso de gastos y d) Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador, tal como lo ha precisado la Sala en otras oportunidades como en sentencias del 7 de abril de 1994, Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva, expediente 4635 y del 13 de octubre de 1989, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, expediente 1985.

No comparte la Sala la posición de la actora en el sentido de que como el pago se efectúa a la terminación del vínculo laboral, mal puede corresponder a retribución del trabajo. A juicio de la Sección, si bien es cierto que el pago se efectúa con motivo del retiro del trabajador, también es que responde al hecho de haber recibido servicios del trabajador, es decir, está ligado o vinculado a la prestación de los servicios, en forma tal que su cuantía es proporcional al tiempo servido como lo precisan las cláusulas 4a., 5a. y 6a. de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el Club actor con sus trabajadores.

Así mismo, no siendo de orden legal el origen de las denominadas Bonificaciones de Retiro y Auxilio de Marcha, sino fruto del pacto convencional de los trabajadores, está lejos de ser ocasional o fruto de la mera liberalidad el pago, y por el contrario, tiene el carácter de oneroso, obligatorio y habitual, pues no puede dejar de cancelarse a los trabajadores retirados y en proporción a sus respectivos periodos de servicio. Como tampoco puede encuadrarse "por extensión" dentro de las prestaciones sociales a que se refieren los Títulos VIII y IX de la codificación del trabajo, debe considerarse "salario", no obstante su denominación, conforme a la regla que surge de la aplicación de los conceptos consagrados en los artículos 127 y 128 del C.S.T.

En las anteriores condiciones la Sala considera que le asistió razón a la Administración al exigir el pago de los aportes parafiscales sobre las erogaciones en discusión, luego en esta instancia se confirmará la desestimación de la deducción por salarios en cuantía de $5'337.674, por falta del citado requisito.

2. Sanción por inexactitud

En relación con la sanción por inexactitud observa la Sala que aún cuando el señor apoderado de la actora en su escrito de apelación, afirma que el cargo que se

discute le fue desestimado por el Tribunal por ausencia de agotamiento de la vía gubernativa, lo cierto es que el *a quo* accedió en la parte motiva a levantar la sanción por inexactitud pero omitió realizar la liquidación que reflejara la prosperidad del cargo, evidenciándose así una incongruencia al no concretar su decisión favorable en la parte resolutiva del fallo.

Como se precisó al analizar el primer punto de debate, el único motivo que tuvo la Administración para rechazar las sumas cuestionadas, fue la ausencia de prueba sobre el pago de aportes parafiscales que cubrieran la totalidad de las erogaciones constitutivas de salario; caso en el cual el artículo 664 del E.T. consagra como sanción el **desconocimiento de la respectiva deducción por salarios.**

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 664, si con ocasión de la respuesta al requerimiento especial no se acredita el pago a los respectivos aportes parafiscales y los intereses a que haya lugar, la Administración (efectuará) "**el desconocimiento de la deducción por salarios,** ..." de donde se infiere que en principio, no habría lugar a imponer sanción por inexactitud, a términos del artículo 647 E.T., puesto que la norma en cuestión parte del presupuesto de que no se trata de la inclusión en la respectiva declaración de una "deducción inexistente", sino del desconocimiento del gasto por ausencia de la prueba específica exigida por la ley.

De manera que como la Administración en ningún momento cuestionó la veracidad de los pagos salariales, ni su carácter de deducibles, o la inclusión de "datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados", en la respectiva declaración, de los cuales se hubiese derivado un menor impuesto a cargo, es claro que no había lugar a aplicar la sanción por inexactitud, la cual solamente cabría imponer en cuanto se establecieran los presupuesto del citado artículo 647 del E.T.

De esta forma, la Sala acepta el cargo, con la aclaración de que no es diferencia de criterio como lo expuso el Tribunal, sino por las razones que se acaban de expresar.

3. Anticipo

En este punto, no comparte la Sala la decisión inhibitoria del *a quo*, pues como la ha precisado en numerosas sentencias, (además de la traída por la actora, el fallo del 6 de mayo de 1994, Consejero Ponente: Dr. Abella Zárate, expediente 5299, actor: Jorge Luis Daza), la sustitución del juicio de revisión de impuestos por la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, representó cambios tras-

cendentales en esta materia, por lo cual la limitación a los hechos alegables, que regía como consecuencia de la restricción probatoria del artículo 278 de la Ley 167 de 1941, no tiene aplicación en el nuevo Código Contencioso Administrativo, pues dentro de la acción consagrada en el artículo 85 Ib., el contencioso se torna de anulación y las causales son la previstas en el artículo 84 del Código; de suerte que su invocación no se encuentra indefectiblemente condicionada a las alegaciones esgrimidas en la vía gubernativa, en especial y entre otras razones cuando todas ellas propenden a la prosperidad de una misma pretensión, como es la nulidad de la actuación administrativa.

De otra parte, también ha sido criterio de la Sala plasmado en copiosa jurisprudencia, y que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de que el anticipo no debe formar parte de la liquidación, cuando por el solo transcurso del tiempo deja de ser anticipo para convertirse en impuesto liquidado y cancelado, puesto que para la época en que se produce la liquidación de revisión, la suma determinada como anticipo, ha dejado de ser hipotética y ya se ha presentado, o ha debido presentarse, la declaración a la cual correspondía el pago anticipado y por ende el anticipo ha perdido el fundamento de su existencia como tal.

Con la aclaración de que es con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala da prosperidad al cargo, pues no comparte la posición del apelante en el sentido de dar aplicación al artículo 866 del Estatuto Tributario, sobre corrección de los actos administrativos y liquidaciones, porque es evidente que en la liquidación oficial no se cometió "un error aritmético o de transcripción" en el cálculo de anticipo y porque la disposición condiciona su observancia a "que no se haya ejercitado la acción contencioso administrativa".

En consecuencia, procede la Sala a la práctica de una nueva liquidación, en los siguientes términos:

RENTA BRUTA	BASE	IMPUESTO
La determinada no varía.....	$105'184.602	
Menos:		
Deducciones aceptadas según Res. 004 14-01-91.....	99'724.365	
Deducciones que aquí se aceptan.....	2'718.015	
Renta Líquida Gravable.....	2'742.222	

Impuesto Renta.....	904.933
TOTAL A CARGO AÑO 1986.....	904.933

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

FALLA

1. REVOCASE la sentencia apelada

2. ANULANSE la Liquidación Oficial No. 114 del 5 de diciembre de 1989 y la Resolución 004 del 14 de enero de 1991, expedidas por la Administración de Impueestos Nacionalees, Personas Jurídicas de Bogotá, mediante las cuales se determinó el Impuesto de Renta a cargo de la corporación JOCKEY CLUB, por el año gravable de 1986.

3. FIJASE en la suma de NOVECIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($904.933), M/CTE., el Impuesto de Renta y complementarios a cargo de la corporación JOCKEY CLUB, NIT: 860.006.302 por el año gravable de 1986.

4. El Doctor LUIS ALBERTO SANDOVAL NAVAS, tiene personería para representar a la Nación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase. 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.

COBRO COACTIVO - Objeto. **VIA GUBERNATIVA. MANDAMIENTO DE PAGO. EXCEPCIONES**

Es obvio que la Administración podía ejecutar a la sociedad actora por el no pago de los impuestos y sanciones determinadas en liquidaciones oficiales, las que son practicadas precisamente para sustituir las liquidaciones privadas presentadas a los contribuyentes y responsables o agentes retenedores de tributos administrados por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales. Por disposición expresa de la ley en este procedimiento de cobro coactivo no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa. Determina así el legislador las materias que pueden ser objeto de discusión en uno u otro proceso sin que sea posible que el interesado pueda debatir sus cuestiones indistintamente en uno u otro. En este orden de ideas y en razón que el art. 831 del estatuto Tributario señala expresamente las cuestiones que a título de excepciones pueden proponerse en el procedimiento de cobro, resultan improcedentes las alegaciones de no haberse fallado oportunamente el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, en miras a obtener los efectos del silencio administrativo positivo.

COMPENSACION DE IMPUESTOS. RETENCION EN LA FUENTE. EXCEPCION DE PAGO

Se da la compensación cuando dos personas son recíprocamente deudoras una de la otra de obligaciones similares, en cuanto al objeto debido, su liquidez y su exigibilidad. Para que opere la compensación se requiere, en principio, que efectivamente la Administración adeude al contribuyente sumas de dinero pagadas en exceso de una obligación tributaria específica, definitivamente determinada, en un período fiscal y que ese contribu-

yente a su vez resulte deudor de la Administración por otras obligaciones tributarias diferentes o por el mismo impuesto en período fiscal diferente. Para su efectividad están prescritos algunos reglamentos. No obstante que en las providencias que pusieron fin a la actuación administrativa nada se dice acerca de las retenciones en la fuente, es evidente que la actora las acreditó desde la presentación de sus declaraciones tributarias, sin que hubieran sido objetadas por la Administración y por el contrario fueron reconocidas por ella al practicar las liquidaciones oficiales de revisión de 1987 y corrección por el año de 1985. Por lo tanto, no discutidas y antes bien aceptadas por la Administración dichas retenciones en la fuente, ha de entenderse que realmente la suma que por impuestos y sanciones se fijó por 1985 en el acto administrativo definitivo quedó cancelada en exceso de $777.001 con las retenciones en la fuente practicadas. De igual forma el saldo a favor del contribuyente por tal suma reconocido por la Administración debe deducirse en esta oportunidad del mandamiento de pago, como lo ha alegado y pedido el contribuyente toda vez que este pago en exceso debió compensarse con las deudas del contribuyente previamente a la expedición del mandamiento de pago, o por lo menos, debió librarse éste sobre los valores insolutos netos según los registros oficiales y no por el valor del impuesto a cargo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia.: Expediente No. 5874. Actor: Transportes Centro Car Ltda Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Acción de Cobro Coactivo. Renta 1983 y 1985. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 23 de agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, desestimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por la sociedad TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA., contra las resoluciones Nos. 0093 del 26 de junio de 1992 y 001 de septiembre 23 de 1992 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales - Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, que negaron las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago 0024 del 8 de marzo de 1992.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, atendiendo al hecho de que la sociedad actora tenía deudas pendientes de pago por concepto del impuesto de renta y complementarios del año de 1983, determinado por la liquidación de revisión 00069 del 26 de julio de 1985, y las resoluciones 00016 de mayo 8 de 1987 y 000023 de agosto 10 de 1987 por la suma de $3'766.499 y del año gravable de 1985, determinado por liquidación de corrección aritmética 0021 de noviembre 24 de 1987 y resolución 058 de noviembre 27 de 1988 por $778.900, mediante la resolución 0024 de marzo 9 de 1992 libró mandamiento de pago por la suma de $4'545.399 a cargo de TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA, y a favor de la Nación. Mandamiento de pago que fue notificado a la sociedad contribuyente.

El 26 de mayo de 1992, el ejecutado mediante apoderado especial, constituido para el efecto presentó escrito de excepciones proponiendo las de pago y compensación, pérdida de fuerza ejecutoria de las disposiciones que cuantificaron los impuestos de los años de 1983 y 1985, la prescripción de la acción de cobro y falta de integración real de los títulos ejecutivos.

Mediante la resolución 0093 del 26 de junio de 1992, la Administración de Impuestos negó las excepciones propuestas providencia que recurrida en apelación fue confirmada por la resolución 001 del 23 de septiembre de 1992.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Sogamoso acudió la sociedad ejecutada en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho alegando que con la expedición del acto acusado la Administración violó los artículos 2535 del Código Civil; 29 y 317 de la Constitución Nacional; 638, 732,734,800,807,815,817 y 828 del Estatuto Tributario; 78 del Decreto 3803 de 1982; 85 de la Ley 9a. de 1983; 8 de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil; 510 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 306 del Decreto 2282 de 1989, artículo 1 numerales 270 y 271 del mismo estatuto; 41 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 732 y el artículo 734 del Estatuto Tributario; 488 del Código de Procedimiento Civil; 1740 del Código Civil en concordancia con el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y 730 del Estatuto Tributario y 27 del Decreto Reglamentario 80 de 1984.

Alegó que el funcionario de la Administración no se pronunció sobre todas las excepciones propuestas desconociendo el artículo 306 del Código de Procedimien-

yente a su vez resulte deudor de la Administración por otras obligaciones tributarias diferentes o por el mismo impuesto en período fiscal diferente. Para su efectividad están prescritos algunos reglamentos. No obstante que en las providencias que pusieron fin a la actuación administrativa nada se dice acerca de las retenciones en la fuente, es evidente que la actora las acreditó desde la presentación de sus declaraciones tributarias, sin que hubieran sido objetadas por la Administración y por el contrario fueron reconocidas por ella al practicar las liquidaciones oficiales de revisión de 1987 y corrección por el año de 1985. Por lo tanto, no discutidas y antes bien aceptadas por la Administración dichas retenciones en la fuente, ha de entenderse que realmente la suma que por impuestos y sanciones se fijó por 1985 en el acto administrativo definitivo quedó cancelada en exceso de $777.001 con las retenciones en la fuente practicadas. De igual forma el saldo a favor del contribuyente por tal suma reconocido por la Administración debe deducirse en esta oportunidad del mandamiento de pago, como lo ha alegado y pedido el contribuyente toda vez que este pago en exceso debió compensarse con las deudas del contribuyente previamente a la expedición del mandamiento de pago, o por lo menos, debió librarse éste sobre los valores insolutos netos según los registros oficiales y no por el valor del impuesto a cargo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia.: Expediente No. 5874. Actor: Transportes Centro Car Ltda Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Acción de Cobro Coactivo. Renta 1983 y 1985. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 23 de agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, desestimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, adelantado por la sociedad TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA., contra las resoluciones Nos. 0093 del 26 de junio de 1992 y 001 de septiembre 23 de 1992 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales - Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, que negaron las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago 0024 del 8 de marzo de 1992.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso, atendiendo al hecho de que la sociedad actora tenía deudas pendientes de pago por concepto del impuesto de renta y complementarios del año de 1983, determinado por la liquidación de revisión 00069 del 26 de julio de 1985, y las resoluciones 00016 de mayo 8 de 1987 y 000023 de agosto 10 de 1987 por la suma de $3'766.499 y del año gravable de 1985, determinado por liquidación de corrección aritmética 0021 de noviembre 24 de 1987 y resolución 058 de noviembre 27 de 1988 por $778.900, mediante la resolución 0024 de marzo 9 de 1992 libró mandamiento de pago por la suma de $4'545.399 a cargo de TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA, y a favor de la Nación. Mandamiento de pago que fue notificado a la sociedad contribuyente.

El 26 de mayo de 1992, el ejecutado mediante apoderado especial, constituido para el efecto presentó escrito de excepciones proponiendo las de pago y compensación, pérdida de fuerza ejecutoria de las disposiciones que cuantificaron los impuestos de los años de 1983 y 1985, la prescripción de la acción de cobro y falta de integración real de los títulos ejecutivos.

Mediante la resolución 0093 del 26 de junio de 1992, la Administración de Impuestos negó las excepciones propuestas providencia que recurrida en apelación fue confirmada por la resolución 001 del 23 de septiembre de 1992.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Sogamoso acudió la sociedad ejecutada en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho alegando que con la expedición del acto acusado la Administración violó los artículos 2535 del Código Civil; 29 y 317 de la Constitución Nacional; 638, 732,734,800,807,815,817 y 828 del Estatuto Tributario; 78 del Decreto 3803 de 1982; 85 de la Ley 9a. de 1983; 8 de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil; 510 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 306 del Decreto 2282 de 1989, artículo 1 numerales 270 y 271 del mismo estatuto; 41 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 732 y el artículo 734 del Estatuto Tributario; 488 del Código de Procedimiento Civil; 1740 del Código Civil en concordancia con el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y 730 del Estatuto Tributario y 27 del Decreto Reglamentario 80 de 1984.

Alegó que el funcionario de la Administración no se pronunció sobre todas las excepciones propuestas desconociendo el artículo 306 del Código de Procedimien-

to Civil y el artículo 29 de la Constitución Política que consagra el debido proceso, el principio de favorabilidad de la ley y la prescripción y las sanciones impuestas conforme lo enseñaba el artículo 85 de la Ley 9a. de 1983 y el pago efectuado, al confundir la compensación con el pago mismo.

LA SENTENCIA APELADA

Surtido el trámite de rigor el Tribunal Administrativo de Boyacá denegó las súplicas de la demanda al considerar que no prosperaban los cargos de violación del derecho de defensa por no haber atendido la resolución acusada la totalidad de las excepciones propuestas, porque la resolución 000093 de junio 26 de 1992 se refirió en forma minuciosa a cada una de las defensas propuestas en la excepción. Y la Resolución 001 del 23 de septiembre de 1992 se enfocó sobre el tema de la prescripción de la facultad de la Administración para imponer sanciones pecuniarias porque fue este el tema de la apelación. Existía así plena concordancia entre el recurso de apelación y la decisión *adquem*.

No prosperaba la presunta nulidad sustancial estimada en la demanda a la luz del artículo 1740 del Código Civil porque aún dentro de la lógica de razonamiento del demandante, no mediaba motivo para sostener que se condenó en un todo sin que previamente se hubiera motivado la determinación, porque la Administración en primera y segunda instancia se refirió sobre los asuntos que coetáneamente le argumentó la contribuyente.

No era viable el reconocimiento del silencio administrativo positivo por cuanto éste en materia impositiva sólo tenía cabida en los casos previstos en disposiciones especiales y bajo determinadas condiciones.

Tampoco prosperaba la glosa referente a la ausencia de claridad y expresividad de la orden de pago en contravía del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, lo que reflejaría la no integración de los títulos que se adujeron como soporte del mandamiento de pago, porque en los términos del artículo 1016 *Ibidem* para el cobro coactivo prestan mérito ejecutivo, entre otras las liquidaciones oficiales ejecutoriadas, y la respectiva orden de pago no solamente cuantifica la obligación sino que se refiere a los actos administrativos que las establecieron, motivo más que suficiente para desestimar la observación en tal sentido aducida por el demandante.

LA APELACION

El apoderado de la actora apela la sentencia de primera instancia y alega que no es cierto que en la apelación ante la misma Administración haya cuestionado

solo la excepción de prescripción, porque a folio 3 parte final del escrito de apelación pide que todas las excepciones planteadas tienen que declararse probadas.

Reitera los argumentos sobre la violación del debido proceso que a su juicio también es una excepción, la favorabilidad punitiva y reclama la aplicación de los artículos 164 y 170 del Código Contencioso Administrativo y 306 del Código de Procedimiento Civil.

Insiste en la falta de claridad, expresividad y precisión tanto del mandamiento de pago, como de las resoluciones que fallaron las excepciones de pago y prescripción, pues a su juicio, al no reconocer por probada esta última, se transgredieron tanto el artículo 363 de la Constitución Nacional, por cuanto las liquidaciones de impuestos por los años 1983 y 1985 fueron objeto de recurso de reconsideración, que se desató después del año válidamente contemplado para el efecto, como el artículo 29 inciso 3 *Ibidem* porque como el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficacia y progresividad, por su carácter punitivo pecuniario merece la favorabilidad y permisividad contemplada en él.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandada al alegar de conclusión se opone a los argumentos de la actora, alegando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831 del Estatuto Tributario, tratándose del mandamiento de pago por obligaciones fiscales solo pueden proponerse las excepciones allí previstas, por lo que el estudio de las propuestas debe limitarse a las de pago y prescripción, a las cuales se refiere en los términos expuestos en le proceso gubernativo, para pedir finalmente la confirmación de la sentencia apelada.

La actora no presentó alegato de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Séptima Delegada ante la Corporación no actuó en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El procedimiento de cobro coactivo

El Título VIII artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario prevé el sistema de cobro coactivo, para efectos de recaudo de derechos fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de impuestos nacionales.

Son especialmente importantes para el *sub-lite* los artículos 828, 829-1 y 832 del Estatuto Tributario que en su orden se transcriben:

"**Artículo 828. Títulos Ejecutivos.**- Prestan mérito ejecutivo:

"1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.

"2. **Las liquidaciones oficiales ejecutoriadas.**

"3. Los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.

"4. Las garantías y cauciones presentadas a favor de la nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.

"5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección de Impuestos Nacionales.

"PARAGRAFO.- Para efectos de los numerales 1 y 2 del presente artículo, bastará con la certificación del Administrador de impuestos o su delegado, sobre la existencia y el valor de las liquidaciones privadas u oficiales.

"Para el cobro de los intereses será suficiente la liquidación que de ellos haya efectuado el funcionario competente."

"**Artículo 829-1. Efectos de la revocatoria directa**. En el procedimiento administrativo de cobro, no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa....."

"**Artículo 831. Excepciones.** Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

"1. El pago efectivo.

"2. La existencia de acuerdo de pago.

"3. La falta de ejecutoria del título.

"4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo hecha por autoridad competente.

"5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"6. La prescripción de la acción de cobro, y

"7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió..." (subraya la Sala).

De acuerdo con las normas transcritas, es obvio que la Administración podía ejecutar a la sociedad actora por el no pago de los impuestos y sanciones determinadas en liquidaciones oficiales, las que son practicadas precisamente para sustituir las liquidaciones privadas presentadas por los contribuyentes y responsables o agentes retenedores de tributos administrados por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales.

Si el interesado no está de acuerdo con las determinaciones oficiales debe hacer uso ante la Administración de los recursos que para la defensa de sus intereses le otorga la ley, oportunidad en la cual debe alegar las cuestiones procedimentales relacionadas con la competencia del funcionario, la oportunidad de la decisión, el silencio administrativo, la configuración de la base gravable etc. Proceso gubernativo de discusión y determinación de la obligación tributaria que es muy diferente al proceso de cobro coactivo que tiene por objeto ya no la liquidación del impuesto sino la efectividad del pago.

Por disposición expresa de la ley en este procedimiento de cobro coactivo no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa.

Determina así el legislador las materias que pueden ser objeto de discusión en uno u otro proceso sin que sea posible que el interesado pueda debatir sus cuestiones indistintamente en uno u otro.

En este orden de ideas y en razón a que el artículo 831 del Estatuto Tributario señala expresamente las cuestiones que a título de excepciones pueden proponerse en el procedimiento de cobro, resultan improcedentes las alegaciones de no haberse fallado oportunamente el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, en miras a obtener los efectos del silencio administrativo positivo.

Son especialmente importantes para el *sub-lite* los artículos 828, 829-1 y 832 del Estatuto Tributario que en su orden se transcriben:

"**Artículo 828. Títulos Ejecutivos.**- Prestan mérito ejecutivo:

"1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.

"2. **Las liquidaciones oficiales ejecutoriadas.**

"3. Los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.

"4. Las garantías y cauciones presentadas a favor de la nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.

"5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección de Impuestos Nacionales.

"PARAGRAFO.- Para efectos de los numerales 1 y 2 del presente artículo, bastará con la certificación del Administrador de impuestos o su delegado, sobre la existencia y el valor de las liquidaciones privadas u oficiales.

"Para el cobro de los intereses será suficiente la liquidación que de ellos haya efectuado el funcionario competente:"

"**Artículo 829-1. Efectos de la revocatoria directa**. En el procedimiento administrativo de cobro, no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa....."

"**Artículo 831. Excepciones.** Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

"1. El pago efectivo.

"2. La existencia de acuerdo de pago.

"3. La falta de ejecutoria del título.

"4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo hecha por autoridad competente.

"5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"6. La prescripción de la acción de cobro, y

"7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió..." (subraya la Sala).

De acuerdo con las normas transcritas, es obvio que la Administración podía ejecutar a la sociedad actora por el no pago de los impuestos y sanciones determinadas en liquidaciones oficiales, las que son practicadas precisamente para sustituir las liquidaciones privadas presentadas por los contribuyentes y responsables o agentes retenedores de tributos administrados por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales.

Si el interesado no está de acuerdo con las determinaciones oficiales debe hacer uso ante la Administración de los recursos que para la defensa de sus intereses le otorga la ley, oportunidad en la cual debe alegar las cuestiones procedimentales relacionadas con la competencia del funcionario, la oportunidad de la decisión, el silencio administrativo, la configuración de la base gravable etc. Proceso gubernativo de discusión y determinación de la obligación tributaria que es muy diferente al proceso de cobro coactivo que tiene por objeto ya no la liquidación del impuesto sino la efectividad del pago.

Por disposición expresa de la ley en este procedimiento de cobro coactivo no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa.

Determina así el legislador las materias que pueden ser objeto de discusión en uno u otro proceso sin que sea posible que el interesado pueda debatir sus cuestiones indistintamente en uno u otro.

En este orden de ideas y en razón a que el artículo 831 del Estatuto Tributario señala expresamente las cuestiones que a título de excepciones pueden proponerse en el procedimiento de cobro, resultan improcedentes las alegaciones de no haberse fallado oportunamente el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, en miras a obtener los efectos del silencio administrativo positivo.

Excepciones

De los argumentos expuestos por el actor analiza la Sala las excepciones de pago por compensación, y prescripción de la acción de cobro, pérdida de fuerza ejecutoria del título y falta del título ejecutivo (falta de integración real del título).

Excepción de pago por compensación

Se da la compensación cuando dos personas son recíprocamente deudoras una de la otra de obligaciones similares en cuanto al objeto debido, su liquidez y su exigibilidad.

Para que opere la compensación se requiere, en principio, que efectivamente la Administración adeude al contribuyente sumas de dinero pagadas en exceso de una obligación tributaria específica, definitivamente determinada, en un período fiscal y que ese contribuyente a su vez resulte deudor de la Administración por otras obligaciones tributarias diferentes o por el mismo impuesto en período fiscal diferente. Para su efectividad están prescritos algunos reglamentos.

En el *sub-lite* la actora alega que existe compensación por haber cancelado realmente su obligación tributaria del año de 1985 con retenciones en la fuente y parcialmente la de 1983.

Se cobra en el proceso el gravamen definitivo y determinado mediante liquidaciones oficiales practicadas por los periodos fiscales de 1983 y 1985, que constituyen los títulos ejecutivos base del mandamiento de pago.

Analizados los actos administrativos de liquidación de revisión del año de 1983 y de liquidación de corrección de 1985 y las resoluciones que los modificaron únicamente en cuanto al gravamen fijado, se observa que en la primera de ellas se aceptó la existencia de retenciones en la fuente por $200.262 (Fl. 1 cdno. de antecedentes), valor que no aparece imputado en la Resolución 00605 del 10 de Agosto de 1987, cuando se fijó en definitiva el impuesto a cargo por el año de 1983 en $3'766.499 (Folios 23 a 37 cdno. de antecedentes). No se ha aducido ninguna razón ni explicación sobre el por qué no se puede imputar el valor liquidado en las retenciones reconocidas por la misma Administración, por lo cual la Sala ordenará tenerlas en cuenta como pago parcial.

Así mismo observa la Sala que en la liquidación de corrección aritmética del año de 1985 (Folio 42 cdno. de antecedentes) se determinó a cargo de la actora un

total de $815.332 (Impuesto más sanción) y se reconocieron retenciones en la fuente por $1'555.901 que no fueron cuestionadas por la Administración.

Dicha liquidación de corrección fue modificada posteriormente mediante la Resolución 0058 del 23 de Noviembre de 1988 únicamente para rebajar la sanción impuesta, inicialmente de $72.865 a $36.432, pero inexplicablemente sin mencionar las retenciones en la fuente que en acto anterior había reconocido.

No obstante que en las providencias que pusieron fin a la actuación administrativa nada se dice acerca de las retenciones en la fuente, es evidente que la actora las acreditó desde la presentación de sus declaraciones tributarias, sin que hubieran sido objetadas por la Administración y por el contrario fueron reconocidas por ella al practicar las liquidaciones oficiales de revisión de 1987 y corrección por el año de 1985 (Folios 00001 y 00042 cdno. antecedentes).

Por lo tanto, no discutidas y antes bien aceptadas por la Administración dichas retenciones en la fuente ha de entenderse que realmente la suma que por impuestos y sanciones se fijó por 1985 en el acto administrativo definitivo (Resolución 0058 de 1988), quedó cancelada en exceso de $777.001 con las retenciones en la fuente practicadas. En consecuencia por el año de 1985 prospera la excepción de pago.

Llama la atención de la Sala que la Administración al dictar el mandamiento de pago haya desconocido sus propios actos de determinación del gravamen en los que reconoce las retenciones en la fuente y que tomen forma parcial el título ejecutivo para cobrar el valor del impuesto liquidado, desconociendo el saldo a favor por ella misma determinado en la liquidación oficial resultante del exceso de pago por retención en la fuente sobre el impuesto oficialmente liquidado como antes se anotó.

De igual forma, el saldo a favor del contribuyente por la suma de $777.001, reconocido por la Administración, debe deducirse en esta oportunidad del mandamiento de pago, como lo ha alegado y pedido el contribuyente, toda vez que este pago en exceso debió compensarse con las deudas del contribuyente, previamente a la expedición del mandamiento de pago, o por lo menos, debió librarse éste sobre los valores insolutos netos según los registros oficiales y no por el valor del impuesto a cargo.

Procede entonces la modificación del mandamiento de pago librado por la Administración para los años de 1983 y 1985 previa nulidad de los actos acusados, así:

Año de 1983 liquidación oficial de revisión, Resolución 023 de 1987 (Folio 23)		$3'766.449
Menos:		
Retención en la fuente año 1983	$200.262	
Año 1985 saldo a favor	$777.001	$977.001
TOTAL IMPUESTO ADEUDADO		$2'789.448

Excepción de prescripción de la obligación del año de 1983.

Dispone el Estatuto Tributario artículo 817:

"**Término de la prescripción.** La acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, en el mismo término contado a partir de la fecha de su ejecutoria.

"La prescripción podrá decretarse de oficio, o a solicitud del deudor."

En el *sub-lite* la liquidación oficial de impuesto del año 1983 quedó en firme conforme con la ejecutoria de la Resolución 0605 H del 10 de Agosto de 1987, esto es a términos del artículo 829 numeral 4 del Estatuto Tributario, cuando los recursos interpuestos en la vía gubernativa se decidieran en forma definitiva, el día 2 de Septiembre de 1987, fecha en la que produjo efecto jurídico la decisión de la Administración por haberla notificado.

Contado desde esta fecha el término de 5 años previsto en la norma transcrita, resulta apenas obvio que el mandamiento de pago 0024 de Marzo 9 de 1992 se libró cuando aún la acción de cobro no había prescrito.

No encuentra la Sala que los actos administrativos hayan violado el debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), porque al avocar el conocimiento de las excepciones planteadas la Administración conoció los argumentos presentados por el contribuyente, solo que no les dió prosperidad.

Tampoco incurrió el acto acusado en violación de principios de favorabilidad en materia penal, en razón de que tal principio se aplica exclusivamente a la materia señalada, sin que sea posible extenderlo a las cuestiones administrativas, como en repetidas oportunidades ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación.

Menos aún procede su aplicación en materia impositiva, en donde impuestos y sanciones se tasan e imponen de manera objetiva atendiendo a los hechos económicos de los contribuyentes, y a la infracción de las normas tributarias por parte de estos, sin atender a los elementos de dolo o culpa.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, procede la infirmación de la sentencia apelada y la nulidad de las resoluciones acusadas que negaron la excepciones propuestas, y en su lugar librar el mandamiento de pago por la cuantía real adeudada por el contribuyente en los años de 1983 y 1985 como antes se analizó.

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

FALLA

1.- REVOCASE la sentencia apelada.

2.- ANULANSE las Resoluciones Nos. 0093 del 26 de Junio de 1992 y 001 del 23 de Septiembre de 1992 proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Sogamoso.

3.- DECLARASE probada la excepción de pago por el año de 1985.

4.- DECLARASE parcialmente probada la excepción de compensación de la deuda de 1983 con el saldo a favor del año de 1985.

5.- MODIFICASE el mandamiento de pago contenido en la Resolución 24 del 9 de Marzo de 1992 en cuanto a la cuantía en el contenida se refiere. En su lugar líbrase orden de pago a favor de la Nación y a cargo de TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA, por la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO ($2'789.448) por concepto del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1983, más los intereses de mora que se hayan causado desde que se hizo exigible la deuda hasta que se cancele en su totalidad y las costas del proceso.

6.- RECONOCESE personería al doctor Luis Alberto Sandoval Navas a términos del poder que obra a folio 127 del cuaderno principal.

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

INGRESOS - Causación. INGRESOS - Realización SISTEMA DE CAUSACION. ADICION DE INGRESOS - Procedencia. INTERESES DE FINANCIACION.

La explicación dada por el demandante y el dictamen pericial, no desvirtúan la adición de ingresos efectuada por las oficinas de impuestos, puesto que es evidente, que la actora no tuvo en cuenta las normas tributarias concernientes a la realización y causación de ingresos, según el sistema de contabilidad que lleve al contribuyente "caja" o "causación". Conforme al sistema de causación consagrado en el art. 16 del Decreto 2053 de 1974 (codificado en los arts. 27 y 28 del Estatuto Tributario) "se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho de exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro" regla que permite determinar con claridad que en el caso de los intereses de financiación abonados en cuanto con fechas 7 de noviembre y 7 de diciembre según cheques girados para garantizar su pago, su causación nació en tales fechas, pues en ese momento la actora tenía derecho a exigir el pago, aunque no se hubiera hecho efectivo el cobro, circunstancia que demuestra que efectivamente como lo advirtió la Administración de Impuestos, tales ingresos correspondían al año gravable de 1980, no a 1981.

INGRESOS DIFERIDOS. SISTEMA DE CAUSACION. RENTA BRUTA EN VENTAS A PLAZOS. VENTAS A PLAZOS

La actora no podía tratar los ingresos como "diferidos" tratamiento que si bien constituye excepción al principio de causación, este se encuentra restringido a los "negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos" para quienes la renta bruta se determina por el sistema de diferidos, en cuyo caso no se encuentra la actora, razón por la cual fue indebido el manejo contable y tributario que la sociedad le dio a los

ingresos financieros objeto de la adición. Concordante con ese punto la sanción por inexactitud deberá confirmarse puesto que encontrándose demostrada plenamente la omisión de ingresos, esta genera inexactitud, a términos del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, norma vigente para la época de los hechos.

SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD. LIBRO DE CUENTA Y RAZON. REGISTRO DE LIBROS DE CONTABILIDAD. LIBROS DE CONTABILIDAD - Irregularidad

La sanción por libros de contabilidad obedeció al hecho de que el libro de cuenta y razón en el año gravable de 1980 (meses octubre, noviembre y diciembre) carecía de inscripción en la Cámara de Comercio, por lo que la Administración consideró que este hecho era "irregular conforme al artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, en concordancia con el art. 50 del Código de Comercio" concluyendo que le era aplicable la sanción prevista en el art. 56 del Decreto 3803 de 1982. La Administración de Impuestos no sancionó el "atraso en libros" sino la "falta de registro del libro cuenta y razón" en el año gravable de 1980, hecho que de conformidad con el art. 34 del Decreto 2821 de 1974, (norma vigente en la época de los hechos) era considerado irregular, como también a la luz del art. 56 del Decreto 3803 de 1982, vigente en la época de la imposición de la sanción, por consiguiente era objeto de la sanción establecida en el art. 35 del Decreto 2821 en concordancia con el art. 50 del Código de Comercio", concluyendo que le era aplicable la sanción prevista en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1974.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C. diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro. 5306. Actor: Financol Ltda. Apelación: sentencia del 14 octubre De 1993- Tribunal Administrativo de Antioquia. Impuestos Renta. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial - Dirección General de Impuestos y de Aduanas Nacionales, contra la sentencia del 14 de octubre 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 iniciado por la Sociedad FI-

NANCOL LTDA. Nit.: 90.918.662, para impugnar la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta por el año gravable de 1980.

ANTECEDENTES:

Con base en Acta de Inspección Contable. Requerimiento Especial No. OAE-R-057 del 30 de noviembre de 1982 y su respuesta, la Unidad de Liquidación de la Administración de Impuestos de Medellín modificó la Liquidación privada del impuesto de renta por el año gravable de 1980 presentada por la Sociedad Actora el día 13 de abril de 1981: mediante la Liquidación de Revisión No. 0512 del 8 de abril de 1983, en la cual: 1) Adicionó a la renta declarada, ingresos omitidos por concepto de ingresos financieros. 2) Rechazó deducción por concepto de gastos financieros. 3) Desestimó deducción por concepto de salarios. 4) Ajustó el impuesto de ganancias ocasionales. y, 5) Impuso sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Contra tal proceder administrativo la Sociedad interpuso recurso de reconsideración el cual fue resuelto con la Resolución No. 0207 del 20 de marzo de 1985, actuación en la cual se modificó la liquidación de revisión recurrida, en cuanto que se reconoció la deducción por salarios; en todo lo demás se confirmó la actuación recurrida. Surtido el Grado de Consulta sobre esta decisión, la división Jurídica Delegada, en la Resolución No. 0106 del 9 de mayo de 1985 confirmó el proceder consultado.

LA DEMANDA:

Acusa las siguientes violaciones legales y constitucionales:

- Del artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto no fue atendida la respuesta al requerimiento especial, pues en el memorando explicativo de la liquidación no se controvirtieron las razones expuestas.

- El artículo 45 del Decreto 2053 de 1974 por falta de aplicación al desestimar los gastos propuestos por "manejo de cuenta" (gastos financieros), con la supuesta falta de necesidad y proporcionalidad, criterio que riñe con lo dispuesto en el inciso 2o. de esta disposición.

- Los artículos 32 y 33 de la Ley 52 de 1977 por falta de aplicación, por cuanto el rechazo se fundamentó en el criterio del funcionario de turno, sin demostrar la falta de necesidad y proporcionalidad aducida.

- El artículo 3o. del Decreto 2053 de 1974 que remite al Código de Comercio para efectos de la contabilidad del contribuyente, violación que se explica en el hecho de que la Administración desconoció la posibilidad de tratar como diferido un ingreso cuya causación se esperaba para el año siguiente.

- El artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, por falta de aplicación del inciso 2o. que excluye como conducta sancionable, las diferencias de criterio y errores de apreciación siempre que los hechos y cifras denunciadas sean completos y verdaderos, situación que ocurrió en el caso de los ingresos - sobre el momento de causación de los mismos.

- Artículo 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal, inciso 2o. del artículo 266 de la Constitución Nacional, artículo 6o. del Código Penal, y artículos 56 del Decreto 3803 de 1982 y 83 y 84 de la Ley 9a. de 1983, por cuanto la norma aplicable para efectos de la sanción por Libros, era el Decreto 3803 de 1982, vigente al momento de imponer la sanción, por ser la más favorable.

Y, el artículo 29, numeral 7o. del Código de Comercio, por errada interpretación. Aclara que sólo a partir del Decreto 3803 de 1982, el atraso en libros se configuró en hecho sancionable.

PARTE OPOSITORA:

Insiste en el hecho de que los ingresos adicionados se causaron en el año gravable de 1980, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, según el cual el ingreso se realiza en el momento en que nace el derecho a exigir su pago, ya que en el caso concreto se estableció la existencia de cheques que garantizaban el cubrimiento de los intereses de financiación por los meses de diciembre y noviembre de 1980, por lo que el derecho de Financol para exigir su pago nació en tales fechas, como se comprobó en la visita contable.

De igual modo, señala que en la visita contable se verificó la inexistencia de comprobantes externos que demostraran la deducción solicitada por concepto de gastos financieros (manejo de cuenta) indispensable para el reconocimiento fiscal de dichas erogaciones.

Finalmente, estima que las sanciones por libros e inexactitud deben confirmarse toda vez que los libros de contabilidad no se llevan en debida forma y la omisión de ingresos configura inexactitud sancionable.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal administrativo de Antioquia en sentencia del 14 de octubre de 1993, se pronunció de mérito acogiendo parcialmente las súplicas de la demanda.

Estimó el Tribunal que la adición de ingresos se encontraba desvirtuada con la prueba pericial solicitada y decretada, en cuyo dictamen se aclaraba que "...la causación de la refinanciación correspondió a 1981 no a 1980 (...) (y) que la deuda representada en varios pagarés, venció en el período fiscal de 1980 y ante la tardanza en el cumplimiento de la obligación se adelantaron conversaciones para definir el interés y la nueva financiación y la última fecha para el pago, fue (...) realizada en marzo de 1981 y es allí donde se dió la legalidad del cobro y el pago", por tanto, decidió que la suma adicionada debía excluirse de la base gravable, y como consecuencia exonerar a la Sociedad de la sanción por inexactitud impuesta en virtud de dicha adición.

Respecto a los gastos financieros (manejo de cuentas) el Tribunal confirmó el proceder administrativo, al considerar que si bien en los actos administrativos se había señalado la falta de necesidad y proporcionalidad del gasto, también se había señalado la falta de comprobantes externos que justificaran el gasto, y que las notas débito aducidas por el actor no reemplazaban las facturas que en el caso debían soportar la erogación cuestinada, y que como este aspecto no había sido planteado a los peritos, debía atenerse a lo probado en el proceso mediante la inspección oficial, y a lo exigido por las normas fiscales en materia de libros de contabilidad.

En lo referente a la sanción por libros de contabilidad, también estimó que debía exonerarse de ella a la Sociedad actora, por cuanto al momento de configurarse la infracción, ésta no estaba consagrada como hecho irregular en la Ley fiscal, por lo que acogió lo afirmado por la demandante en el sentido de que el Decreto 3803 de 1982, no le era aplicable.

En consecuencia, el Tribunal practicó nueva liquidación de impuestos y como corolario anuló la operación administrativa acusada.

LA APELACION:

Al apelar, la entidad demandada impugna la decisión del Tribunal que revocó la adición de ingresos, manifestando que aquél no tuvo en cuenta las reglas de causación de ingresos que consagra el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, que obliga a los contribuyentes que llevan su contabilidad por el sistema de causación

como es el caso de la Sociedad actora, a causar los ingresos cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro. Resalta que el Tribunal se equivocó al aplicar la regla general, cuando el caso de la sociedad está regulado en la excepción a dicha regla, ya que en la sentencia se admite como diferido un ingreso que no corresponde a esa característica porque no se trata de un ingreso recibido por anticipado, sino de un ingreso causado pues su cobro era exigible en el año de 1980, causación que ocurrió según comprobante de diario No. 118668A del 30 de noviembre de 1980; y que la Sociedad Dismotos Ltda entregó a Financol Ltda, cheques en noviembre y diciembre 7 de 1980, registrados contablemente en esas mismas fechas. Observa que el peritaje confirma lo establecido en la visita oficial al señalar que el acuerdo de financiación con la deudora se realizó el 6 de octubre de 1980 y que en folio 110 (fotocopia auxiliar ingresos diferidos) se explica la amortización así: Octubre/80 $ 53.060.oo; noviembre/80 $69.208.oo, y diciembre/80 $69.208.oo.

De igual modo la apelación discrepa de la decisión del Tribunal en lo que concierne a la sanción por libros de contabilidad, sanción que a su juicio es procedente a pesar de haberse fundamentado en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, por cuanto la irregularidad establecida de no llevar los libros registrados (año de 1980) era hecho irregular en los libros de contabilidad conforme al artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 concordante con el artículo 50 del Código de Comercio, y con el artículo 35 del citado Decreto 2821 de 1974, que fijaba la sanción.

Finalmente manifiesta que en caso de accederse a confirmar la adición de ingresos se confirme también la sanción por inexactitud consecuencia de la adición.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La entidad demanda al alegar de conclusión reafirma el criterio expuesto en el recurso de apelación sobre las reglas concernientes a la realización de los ingresos según los artículos 27 y 28 del Estatuto Tributario, y observa que la Sociedad lleva sus libros de contabilidad por el sistema de causación y que se encuentra demostrado mediante la inspección contable y el propio peritazgo que los ingresos adicionados se causaron en el año 1980, razón por la cual forman parte de los ingresos realizados en el año. Prosigue, que el tratamiento de ingresos diferido dado por la Sociedad a los ingresos adicionados no está autorizado por las normas fiscales, porque ella no determina la renta líquida por el sistema de ventas a plazos, única excepción que consagra la norma. Concluye que aceptar la interpretación que al respecto dieron los peritos equivale a modificar el concepto jurídico de realización y causación del ingreso, aspecto que no le corresponde a la ciencia contable.

Así mismo reitera su inconformidad con relación a la decisión del Tribunal acerca de la sanción por libros, la que en su concepto igualmente debe mantenerse porque el hecho irregular objeto de la sanción "no encontrarse registrado en la Cámara de Comercio el libro de cuenta y razón" era sancionable tanto en vigencia del Decreto 2821 de 1974 como en vigencia del Decreto 3803 de 1982, sólo que se modificó la forma de cuantificar la sanción.

La parte actora y la Procuraduría Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La inconformidad del apelante-apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial Dirección de impuestos y de Aduanas Nacionales, con la sentencia del Tribunal se halla referida a dos aspectos: Adición de ingresos, sanción por inexactitud y sanción por Libros de contabilidad.

1) Adición de Ingresos:

Observa la Sala, que la Administración de Impuestos adicionó a la renta gravable declarada por el año de 1980, la suma de $ 138.417. correspondiente a intereses causados (ingresos financieros) en la refinanciación del saldo de cartera, del distribuidor "Dismoto Limitada", a octubre 6 de 1980, en la suma de $2.744.345. ya que para garantizar el pago de la deuda, la Sociedad deudora entregó varios cheques, de los cuales se abonaron en cuenta dos, el 7 de noviembre y el 7 de diciembre y sin embargo la Sociedad contabilizó la totalidad de la financiación en la "cuenta diferidos" "omitiendo contabilizar como ingresos del período por concepto de ingresos financieros" la suma en referencia que corresponde a lo abonado por tal concepto a 31 de diciembre del año gravable.

Para desvirtuar la adición en referencia la actora ha sostenido que "...se consideró lógico determinar como fecha de causación de este tipo de ingresos, el vencimiento del plazo acordado para la obligación primera..." y que ".. contablemente se trató el ingreso como un diferido figura que concuerda con la negociación efectuada, buscando siempre demostrar en los estados financieros la realidad económica de la empresa..." Y para refrendar esta argumentación solicitó peritazgo con oportunidad de la demanda contenciosa, en cuyo dictamen los peritos dictaminaron que:

> "... la causación de la refinanciación correspondió a 1981, no 1980 porque de acuerdo a los lineamentos presentados en el expediente y la inspección reali-

zada a los registros de las transacciones sujetas a examen, se concluyó en que la deuda representada en varios pagarés, venció en el período fiscal de 1980 y ante la tardanza en el cumplimiento de la obligación se adelantaron conversaciones para definir el interés y la nueva financiación y la última fecha para el pago, esta última fue efectivamente realizada en marzo de 1981, y es allí donde se dio la legalidad del cobro y pago."

De acuerdo con lo anterior, para la Sala, contrario a lo que estimó el Tribunal, la explicación dada por el demandante y el dictamen pericial, no desvirtúa la adición de ingresos efectuada por las oficinas de impuestos, puesto que es evidente, que la Sociedad actora no tuvo en cuenta las normas tributarias concernientes a la realización y causación de ingresos, que determinan el momento en el cual se realizan y causan los ingresos, según el sistema de contabilidad que lleve el contribuyente "caja" o "Causación".

No puede entonces, determinarse el momento de causación del ingreso, atendiendo a las reglas de "la lógica" como lo ha pretendido la demandante, sino que ésta debió ceñirse a las reglas del sistema de "causación" como quiera que éste es el sistema contable al cual están obligadas las sociedades comerciales, y que corresponde al sistema contable que lleva la sociedad actora como aparece en el correspondiente formulario de la declaración Sección Datos Generales - renglón 19.

Conforme al mencionado sistema de causación consagrado en el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 (codificado en los artículos 27 y 28 del Estado Tributario) "se entiende causado en los ingresos cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro" regla que permite determinar con claridad que en el caso de los intereses de financiación abonados en cuenta con fechas 7 de noviembre y 7 de diciembre según cheques girados para garantizar su pago, su causación nació en tales fechas, pues en ese momento Financol tenía derecho a exigir el pago, aunque no se hubiera hecho efectivo el cobro, circunstancia que demuestra que efectivamente como lo advirtió la Administración de Impuestos, tales ingresos correspondían al año gravable de 1980, no a 1981.

Tampoco la actora podía tratar los ingresos discutidos como "diferidos" tratamiento que si bien constituye excepción al principio de causación, este se encuentra restringido a los "negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos" para quienes la renta bruta se determina por el sistema de diferidos, en cuyo caso no se encuentra la Sociedad actora, razón por la cual fue indebido al manejo contable y tributario que la sociedad le dió a los ingresos financieros objeto de la adición.

Por consiguiente, considera la Sala que la objeción formulada por el apelante apoderado judicial de la administración de Impuestos de Medellín a la decisión del Tribunal sobre este punto, está llamada a prosperar, por lo que habrá de modificarse lo resuelto al respecto por el *a-quo*.

Concordante con este punto la sanción por inexactitud deberá confirmarse puesto que encontrándose demostrada plenamente la omisión de ingresos, ésta genera inexactitud, a términos del artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, norma vigente para la época de los hechos.

2o. Sanción por libros de contabilidad:

En este punto la Sala también encuentra fundamento a la objeción que ha formulado el apelante a la decisión del Tribunal. En efecto, observa la Sala que la sanción por libros de contabilidad obedeció al hecho de que el libro de cuenta y razón en el año gravable de 1980 (meses octubre, noviembre y diciembre) carecía de inscripción en la Cámara de Comercio, por lo que la Administración consideró que este hecho era "irregular conforme al artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, en concordancia con el artículo 50 del Código de Comercio", concluyendo que le era aplicable la sanción prevista en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982.

Como se observa, la Administración de Impuestos no sancionó "atraso en libros" como lo pretende la actora, sino la "falta de registro del libro cuenta y razón" en el año gravable de 1980, hecho que de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2821 de 1974 (norma vigente en la época de los hechos) era considerado irregular, como también a la luz del artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, vigente en la época de la imposición de la sanción, por consiguiente era objeto de la sanción establecida en el artículo 35 del citado Decreto 2821 de 1974.

El artículo 35 en referencia como lo pone de manifiesto la entidad demandada fue modificado con el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, (norma vigente en la época en que se impuso la sanción más favorable a la que establecía el artículo 35 del Decreto 2821 de 1974, de suerte que, sí como lo expresa el memorando explicativo de la liquidación, la Administración cuantificó la sanción con base en el artículo 56 del Decreto 3803 de 1982, es evidente que aplicó la norma más favorable.

Se colige entonces, que el hecho sancionado, constituía irregularidad contable a la luz del Decreto 2821 de 1974 (numeral 2o. del artículo 34) y también a la luz del Decreto 3803 de 1982 (codificada en el literal b) del artículo 654 del Estatuto Tributario, y aunque en la cuantificación de la sanción, la Administración no apli-

có la norma vigente en la época de los hechos, esta equivocación favoreció al contribuyente, situación que no es susceptible de corregirse por cuanto se haría más gravosa la situación tributaria de la sociedad contribuyente.

Así las cosas, las pretensiones del apelante tienen vocación de prosperidad, razón por la cual deberá revocarse la sentencia del Tribunal, y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. Deniéganse las súplicas de la demanda.

Copiése, notifiquese y cúmplase. 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 Sección, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ARMAS PARA LA DEFENSA NACIONAL. MUNICION PARA LA DEFENSA NACIONAL. CONTRATACION ADMINISTRATIVA. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. MATERIAL DE GUERRA

El Decreto objeto de acusación contempló conjuntamente la reglamentación de los conceptos de "material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, para efectos de la contratación administrativa regulada en aquel entonces por el art. 259 del Decreto 222 de 1983, así como para la exoneración tributaria del Impuesto sobre las Ventas sobre la importación de armas y municiones para la defensa nacional, consagrada en aquel entonces por el art. 17 inciso 2o. del Decreto 2368 de 1974 reproducido posteriormente en el literal d) del art. 61 del D.E. 3541/83, hoy incorporada en el art. 428 del Estatuto Tributario. Esta incorporación en el reglamento de los dos aspectos mencionados, o sea, el contractual y el tributario se establece de los siguientes aspectos: a) Porque en los considerandos del decreto acusado se hace expresa mención a los dos Estatutos para concluir que es independiente determinar los conceptos comprendidos en ellos; b) Porque en su iniciación el art. 1o. expresa "considérase como armas, municiones y material de guerra o reservados..." o sea que involucra los vocablos "armas y municiones" utilizados por la norma de carácter tributario pero no utilizada por el Estatuto Contractual; c) Porque así se desprende claramente del documento originario del Ministerio de Defensa Nacional.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos

La norma acusada es contraria a derecho con relación a la norma sustancial de carácter tributario, mas no a la de carácter contractual (o por lo menos este aspecto no ha sido mencionado), lo que conduciría a una anulación condicionada a los efectos solo en el campo tributario. No se

comparte el sistema utilizado en otras Cortes de decretar retiro de normas del ordenamiento jurídico en forma condicional o para unos efectos y otros no, por la imprecisión y confusión a que conduce un fallo en este sentido cuyo cumplimiento queda al arbitrio e interpretación de los distintos interesados. Para esta Sección si en la norma acusada se advierte la contrariedad con norma superior debe desaparecer aquella, sin posibilidad de producir un fallo intermedio entre el retiro y la conservación en el ordenamiento jurídico.

ARMAS PARA DEFENSA NACIONAL. MUNICION PARA DEFENSA NACIONAL. IMPORTACION EXCLUIDA. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS

La definición de los vocablos armas y municiones traída por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podría entenderse que cobija a lo que el numeral 4o. del artículo 1o. acusado considera como material blindado, marítimo, fluvial y aéreo mas no lo relativo a lo incluido en el mismo numeral como material de transporte igualmente marítimo, fluvial, aéreo, lo mismo que a los repuestos, accesorios, combustibles, lubricantes y grasas necesarios para el transporte de personal y materiales, conceptos que claramente se refieren al servicio de transporte y no al "instrumento, medio o máquina destinados a ofender o a defenderse" que corresponde al concepto de arma según el citado Diccionario, ni al de "pertrechos y bastimentos necesarios en un ejército o en una plaza de guerra", referido al vocablo munición por el mismo Diccionario. La norma muestra transgresión del Estatuto Tributario en su artículo 428 y por ende de la potestad reglamentaria, en cuanto incluye como materiales exentos del Impuesto a las Ventas los de transporte y otros que no corresponden estrictamente al concepto de armas y municiones de que trata la ley, es decir, que con excepción de la referencia al "material blindado, terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios" el numeral 4o. debe ser retirado del ordenamiento jurídico mediante el decreto de su anulación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá. D.C. febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5806. Actor: Jesús Vallejo Mejía. Decreto Gobierno Nacional - Fallo-

El Doctor JESUS VALLEJO MEJIA en su condición de ciudadano, en ejercicio de la acción pública del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 695 de 1983 (marzo 8) que dispone:

"ART.1o. Considéranse como armas, municiones y materiales de guerra o reservados y por consiguiente de uso privativo, los siguientes elementos pertenecientes a las Fuezas Militares y la Policía Nacional:

1. .....

2. .....

3. .....

4. Material blindado y de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, necesario para el transporte de personal y materiales".

5. .....15.....".

El actor considera principalmente transgredido el artículo 428 del Estatuto Tributario en la parte que dice:

"Importaciones que no causan impuesto. Las siguientes importaciones no causan el impuesto sobre las ventas:

.....

d) Las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional.

.....".

En resumen el planteamiento del demandante consiste en que de conformidad con el artículo 28 del Código Civil, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general, salvo que el legislador las defina expresamente para ciertas materias o que según el artículo 29 lb., sean expresiones técnicas de una ciencia o arte caso en el cual, se tomarán en el sentido que les dan quienes las profesen.

Por no existir ninguna definición legal de las armas y municiones que amplíe el literal d) del artículo 428 del Estatuto Tributario y en consecuencia, de acepciones específicas de una ciencia o arte deben tomarse en el sentido corriente para lo cual se guía lo consignado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, del cual se deduce que en parte alguna aparecen los elementos relacio-

nados en el numeral 4o. acusado como armas y municiones, así sea el material blindado y menos aún el equipo de transporte y los accesorios, repuestos, etc. Concluye que el Gobierno no estaba autorizado para ampliar el concepto mencionado por lo cual incurrió en exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que justifica la anulación solicitada.

Por auto del 16 de septiembre de 1994, fué decretada la suspensión provisional de la norma acusada, que no fué recurrida.

El Ministerio de Defensa Nacional mediante apoderada especial, se opuso en escrito en el que hace un recuento de la evolución legislativa en materia contractura, a raíz de la expedición del Decreto 222 de febrero de 1983 (que derogó el Dcto. 150/76), así como la expedición del Decreto 2368 de 1974 sobre Impuesto a las Ventas y su Reglamento 1415 de 1977 sustituido por el 695 de 1983 que es materia de este proceso.

Refiriéndose al Decreto 2368 de 1974 y a las rebajas que hizo a algunos artículos del Impuesto a las Ventas reseñó que incluyó las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional, "considerándose en el concepto de armas y municiones para la defensa nacional", pues según el concepto traído de otros diccionarios considera que contienen significaciones más profundas que el común de la gente desconoce, motivo por el cual, fué necesaria la expedición de tales decretos para señalar los elementos que componen el conjunto de armas y municiones utilizadas por el Ministerio no sólo en la defensa o agresión sino también como elementos persuasivos según la situación que se presente.

En los alegatos de conclusión fueron sostenidos y ampliados estos puntos de vista, así como el demandante reiteró los suyos.

El MINISTERIO PUBLICO a través de la señora Procuradora Séptima Delegada, en síntesis considera que el artículo 1o. del Decreto 695 no es reglamentario del artículo 428 del E.T., sino que determina los elementos que constituyen material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares, sin que se encuentre en ninguno de sus 25 numerales contrariedad alguna con la exención del Impuesto a las Ventas consagrado en el artículo 428 del E.T.

En cambio estima que la norma que sí excede los límites del artículo 428 es el artículo 3o. según el cual:

> "Los elementos detallados en los artículos anteriores constituyen el conjunto de armas y municiones de las Fuezas Militares y la Policía Nacional a que se refiere el artículo 17 del Decreto 2368 de 1974".

Pero como desafortunadamente esta norma no fué objeto de ataque en este proceso no podría tenerse en consideración, con el agravante de que al anular el numeral 4o. del artículo 1o se dejaría vigente el artículo 3o, que debió ser objeto de censura por parte del demandante.

En consideración a que los términos de la sentencia no pueden exceder los límites señalados en la demanda concluye que deben denegarse las súplicas de ésta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. Se aparta la Sala de una de las apreciaciones formuladas por el Ministerio Público en el concepto rendido por la Procuradora Séptima. Para la Sala el Decreto objeto de acusación contempló conjuntamente la reglamentación de los conceptos de "material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional", para efectos de la contratación administrativa regulada en aquel entonces por el artículo 259 del Decreto 222 de 1983, así como para la exoneración tributaria del Impuesto a las Ventas sobre la importación de armas y municiones para la defensa nacional, consagrada en aquel entonces por el artículo 17 inciso 2o. del Decreto 2368 de 1974 (reproducido posteriormente en el lit. d) del art. 61 del D.E. 3541/83), hoy incorporado en el artículo 428 del Estatuto Tributario.

Esta incorporación en el reglamento de los dos aspectos mencionados, o sea, el contractural y el tributario, la establece la Sala de los siguientes aspectos:

a) Porque en los considerandos del Decreto acusado se hace expresa mención a los dos Estatutos para concluir que es indispensable deteminar los conceptos comprendidos en ellos.

b) Porque en su iniciación el artículo 1o. expresa "considéranse como armas , municiones y material de guerra o reservados..." o sea que involucra los vocablos "armas y municiones" utilizados por la norma de carácter tributario (Dcto 2368) pero no utilizada por el Estatuto Contractual.

c) Porque así se desprende claramente del documento originado del Ministerio de Defensa Nacional, visible a fl. 34 traído como antecedente administrativo en el cual, el señor Ministro se refiere al Proyecto del Decreto en cuestión en los siguientes términos:

" EXPOSICION DE MOTIVOS

Bogotá. D.E.

REFERENCIA: Proyecto de Decreto "Por el cual se determina el material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

ANTECEDENTES: Durante la vigencia del Decreto Ley 150 de 1976 (estatuto de contratos de la Administración Nacional) y con el fin de determinar el material de guerra a cuya contratación, se refería el artículo 170 de dicho estatuto, así como para establecer la exención de impuesto a las ventas de las importaciones de armas y municiones para la defensa nacional, de que trata el artículo 17 del Decreto Ley 2368 de 1974, el señor Presidente de la República expidió el Decreto 1415 del 24 de junio de 1977.

BASE JURIDICA: Con motivo de la expedición del Decreto Ley 222 de 2 de febrero de 1983 y teniendo en cuenta, que al quedar derogado expresamente el Decreto Ley 150 de 1976 conforme al artículo 301 del nuevo estatuto, se hace necesario desarrollar el artículo 259 del Decreto Ley 222 de 1983 y la vez lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Ley 2368 de 1974, según el cual no causa impuesto sobre las ventas las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional.

RECOMENDACION: Que el señor Presidente de la República imparta su aprobación al Proyecto de Decreto de la referencia".

En consecuencia, la equiparación de conceptos para efectos fiscales no surge solamente del artículo 3o. como claramente se expresa en él, sino que se deducía de la numeración hecha en los 15 *ítems* relacionados en el artículo 1o, dentro de los cuales está el objetado descrito en el numeral 4o.

De ahí que no puede compartirse la consecuencia del razonamiento de la distinguida Agente del Ministerio Público en el sentido de no acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto subsistiría el citado artículo 3o. que no fué demandado y que es el que debe considerarse reglamentario del artículo 428 del Estatuto Tributario.

2a. El análisis anterior podría igualmente conducir a la consideración de qué la norma acusada es contraria a derecho con relación a la norma sustancial de carácter tributario, mas no a la de carácter contractual (o por lo este aspecto no ha sido mencionado), lo que conduciría a una anulación condicionada a los efectos sólo en el campo tributario. Pero la Sala no comparte el sistema utilizado en otras Cortes de decretar retiro de normas del ordenamiento jurídico en forma condicional o para unos efectos y otros no, por la imprecisión y confusión a que conduce un fallo en este sentido cuyo cumplimiento queda al arbitrio e interpretación de los distintos interesados.

Para esta Sección si en la norma acusada se advierte la contrariedad con norma superior debe desaparecer aquélla, sin posibilidad de producir un fallo intermedio entre el retiro y la conservación en el ordenamiento jurídico.

3a. La esencia de la demanda radica en que refiriéndose la norma sustancial tributaria al concepto de armas y municiones, para excluir del Impuesto a las Ventas la importación de éstas, a falta de definición legal y de acepciones específicas de una ciencia o arte deben entenderse tales voces en el sentido corriente siguiendo la regla enseñada por el artículo 28 del Código Civil, sin que pueda considerarse el Gobierno autorizado para ampliarlo o restringirlo.

En este orden de ideas, la definición de los vocablos armas y municiones traídas por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podría entenderse que cobija a lo que el numeral 4o. del artículo 1o. acusado considera como material blindado, marítimo, fluvial y aéreo mas no lo relativo a lo incluido en el mismo numeral como material de transporte igualmente marítimo, fluvial, aéreo, lo mismo que a los repuestos, accesorios, combustibles, lubricantes y grasas necesarios para el transporte de personal y materiales, conceptos que claramente se refieren al servicio de transporte y no al "instrumento, medio o máquina destinados a ofender o a defenderse", que corresponde al concepto de armas según el citado Diccionario, ni al de "pertrechos y bastimentos necesarios en un ejército o en una plaza de guerra", referido el vocablo munición por el mismo Diccionario.

De lo anterior se concluye que desde el punto de vista de la acusación que se atiende por competencia por esta Sección, la norma muestra transgresión del Estatuto Tributario en su artículo 428 y por ende de la potestad reglamentaria, en cuanto incluye como materiales exentos del Impuesto a las Ventas los de transporte y otros que no corresponden estrictamente al concepto de armas y municiones de que trata la Ley, es decir, que con excepción de la referencia al "material blindado, terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios" el numeral 4o. debe ser retirado del ordenamiento jurídico mediante el decreto de su anulación.

4a. Como corolario de este proceso, para la Sala no hay duda de que el Gobierno Nacional está avocado a reglamentar en forma independiente las normas relativas a la contratación administrativa hoy contenida en el artículo 24 numeral 1o. literal i) de la Ley 80 de 1983, que exonera de licitación o concurso público la contratación relativa a "bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional", de la norma de carácter fiscal contenida en el artículo 428 del E.T., literal d), que dispone que no causa Impuesto a las Ventas : las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional.

Es evidente la disparidad de conceptos contemplada en uno y otro Estatuto, lo que hace imposible cobijarlos bajo una misma reglamentación.

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:

Con excepción de las expresiones "material blindado..." declárese que es NULO el numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 695 de 1983 (marzo 8).

Cópiese, notifiquese, comuníquese y archívese. Cúmplase. 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-

SANCION POR LIBROS - Improcedencia. **LIBROS DE CONTABILIDAD**- Validez. **PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD GENERALMENTE ACEPTADOS**

El artículo 654 literal e) del Estatuto Tributario resulta que se trata de una norma sancionatoria, que como tal, según la jurisprudencia y la doctrina es de interpretación restrictiva; por esta razón el análisis que debe efectuarse de los hechos, debe tener como marco de referencia el que la contabilidad del contribuyente permita la determinación de las bases gravables de los impuestos y retenciones, toda vez que en caso contrario o sea, cuando resulta necesario acudir a elementos diferentes de la misma contabilidad, porque ésta no lo permite por sí sola, habrá lugar a imponer sanción por libros de contabilidad. Es cierto que la Administración objetó algunos sistemas utilizados en la contabilidad de la contribuyente porque no se ajustan a los principios contables generalmente aceptados y que tal conducta era criticable aún en pocas en que no se les había dado a tales principios la fuerza de normas jurídicas como la vino a adquirir mediante los decretos que regulan la forma de llevarla y era también censurable por corresponder a una práctica usual de la compañía y no a un ocasional error. Pero si tales irregularidades no alcanzaban a configurar el presupuesto de la norma sancionatoria en cita (literal e) del art. 654 del E.T.) o sea el de impedir la verificación o determinación de las bases del gravamen o de las retenciones, no podían adquirir la categoría de hechos sancionables, por lo menos con base en la norma invocada como fundamento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995)-

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5888. Actor: Pisos de Asfalto y Vinilo de Colombia "Pavco S.A.". Impuesto renta - Fallo-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada especial de la Nación, contra el fallo proferido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1o. de septiembre de 1994, mediante el cual se declaró la nulidad del acto administrativo que determinó a cargo de la sociedad PISOS DE ASFALTO Y VINILO DE COLOMBIA "PAVCO S.A.", el impuesto sobre la renta por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

Frente al denuncio rentístico presentado por la sociedad PAVCO S.A. correpondiente al año gravable de 1988, la Administración Tributaria practicó inspección y detectó ingresos omitidos por cuantía de $ 4'369.385.217; en consecuencia expidió el Requerimiento Especial 0043 de 1991 y propuso la adición de ingresos y la imposición de sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Con ocasión de la expedición de la Liquidación de Revisión 0055 de diciembre 27 de 1991, la Administración adicionó ingresos por ventas omitidas en cuantía de $ 4.369'385.000 y reconoció costos y deducciones en la misma cuantía, levantó la sanción por inexactitud, pero mantuvo la relativa a libros de contabilidad.

La anterior liquidación fué confirmada en vía gubernativa a través de la Resolución 47001 del 25 de enero de 1993.

El representante judicial de la sociedad actora en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, arguyó que la actuación administrativa está viciada de nulidad por falsa motivación y errónea interpretación de la ley, toda vez que la Administración tomando como base la contabilidad de la contribuyente concluyó que la liquidación presentada fué acertada, al calcular el impuesto en igual cuantía que el determinado por la actora.

Sostuvo que el literal e) del artículo 654 del Estatuto Tributario debe interpretarse en el sentido de que la sanción resulta procedente cuando de la contabilidad no resultan datos verídicos y claros que permitan establecer las bases de liquidación de impuestos y retenciones.

De otra parte, señaló que no aparece probada irregularidad alguna que amerite sanción, con lo cual se vulnera el artículo 742 del E.T.

En relación con la cuantificación de la sanción, sostuvo que el Decreto 3100 de 1990 no era la norma aplicable tratándose del año gravable 1988, puesto que el Decreto vigente era el No. 2540 del mismo año y que preveía como monto máximo de la sanción por libros, la suma $ 20'000.000.

A su vez, la apoderada especial de la Nación se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda y argumentó que sí bien el valor del impuesto a cargo relacionado en la liquidación privada no fué variado, ello ni implica que las cuentas y los registros puedan llevarse en forma arbitraria, tal como lo demuestra el hecho que las ventas no se registran como ingresos sino como mayor valor de las compras y que dentro de los "otros pasivos corrientes" se determinaron como "préstamos" glosas correspondientes a compras y ventas.

Subrayó que la actora se vió en la obligación de demostrar con documentos tales como facturas, la realidad del hecho económico.

Indicó que de acuerdo con las normas vigentes, la contabilidad debe reflejar la realidad de la empresa.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la nulidad solicitada por indebida aplicación del literal e) del artículo 654 del E T., por hallar probado que la base declarada por la actora es igual a la establecida por la Administración, de donde concluyó que las objeciones propuestas contra la contabilidad de la sociedad no reflejan una realidad económica diferente.

APELACION

La apoderada especial de la Nación recurrió el fallo del *a-quo* con el propósito de que sea revocado y sostuvo que el principio de legalidad no fué desconocido en los actos oficiales al dar aplicación al artículo 654 literal e), en atención a que las irregularidades detectadas, como la de denominar cuentas sin consideración a la naturaleza propia de las mismas, o la de efectuar los registros desatendiendo las normas de contabilidad generalmente aceptadas, daban lugar a ello.

Insistió en que a pesar de que la liquidación oficial no varió el impuesto a pagar, la irregularidad consistente en que la contabilidad no refleja la verdadera situación de la empresa, debe sancionarse.

MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, solicitó confirmar el fallo impugnado porque a su juicio, la norma citada como

fundamento de la sanción por libros de contabilidad, esto es el artículo 654 literal e) del E.T., tiene como propósito el que las cifras denunciadas por los contribuyentes sean las correctas y que los resultados no vayan en detrimento del fisco y no resulta procedente que la Administración califique de irregular el manejo nominativo de las cuentas y con base en ello, califique de irregular el manejo contable.

CONSIDERACION DE LA SALA

El recurso de apelación se contrae a determinar si las irregularidades detectadas por la Administración en la visita contable dan lugar a la sanción por libros, contemplada en el artículo 654 literal e) del E.T. o si por el contrario, como lo estableció el fallo impugnado, la citada norma fue aplicada en forma indebida como consecuencia de que la base gravable calculada por la Administración, coincidió con la determinada por la contribuyente.

En primer lugar, resulta pertinente aclarar que la sanción impugnada tuvo por sustento legal los artículos 654 literal e) y 655 del E.T., toda vez que de la inspección concluyó que los libros Mayor y Balances, Diario e Inventarios contenían registros y asientos contables diferentes a la situación económica real; se explicó en el acto oficial que las ventas que PAVCO S.A. efectuó a TUVISOL S.A. fueron registradas no como ventas, sino como un menor valor de las compras, así como las ventas que PAVCO S.A. efectuó a TEXPRO LTDA, fueron registradas como compras crédito, mostrando el valor neto, resultante de cruzar las compras con las ventas entre las dos compañías.

La Sala no comparte la confrontación jurídica de la actuación administrativa en este punto, ya que de la norma en cuestión no se derivan las consecuencias que la Administración pretende.

El artículo 654 del literal e) del E.T. dispone:

"Hechos irregulares en la contabilidad. Habrá lugar a aplicar sanción por libros de contabilidad en los siguientes casos:

.....

e) No llevar libros de contabilidad en forma que permita verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones".

De la lectura de la disposición resulta que se trata de una norma sancionatoria, que como tal, según la jurisprudencia y la doctrina es de interpretación res-

trictiva; por esta razón, el análisis que debe efectuarse de los hechos, debe tener como marco de referencia el que la contabilidad del contribuyente permita la determinación de las bases gravables de los impuestos y retenciones, toda vez que el caso contrario o sea, cuando resulta necesario acudir a elementos diferentes de la misma contabilidad, porque ésta no lo permite por sí sola, habrá lugar a imponer sanción por libros de contabilidad.

Es cierto que la Administración objetó algunos sistemas utilizados en la contabilidad de la contribuyente porque no se ajustan a los principios contables generalmente aceptados y que tal conducta era criticable aún en épocas en que no se les había dado a tales principios la fuerza de normas jurídicas como la vino a adquirir mediante los decretos que regulan la forma de llevarla y era también censurable por corresponder a una práctica usual de la compañía y no a un ocasional error. Pero si tales irregularidades no alcanzaban a configurar el presupuesto de la norma sancionatoria en cita (literal e) del art. 654 del E.T.) o sea el de impedir la verificación o determinación de las bases del gravamen o de las retenciones, no podían adquirir la categoría de hechos sncionables, por lo menos con base en la norma invocada como fundamento.

Las irregularidades formales en la contabilidad, sancionables según tal norma, son las que impiden verificar o establecer las bases del impuesto, lo cual, en el caso que se atiende fue aceptada por la misma Administración en el sentido de que las bases declaradas coincidían con las contables, motivo por el cual, no podían ser materia de sanción, aunque no exentas de crítica.

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:

Confírmase la sentencia apelada

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fué 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-

ESPIRITU DE JUSTICIA. DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR

Con fundamento en el principio de legalidad de la actuación administrativa que nace desde el deber constitucional del Presidente de la República de velar por la "estricta recaudación" de las rentas públicas y en observancia del principio de justicia que consagra el Estatuto Tributario artículo 683 como rector en la relación fisco-contribuyente, según el cual el Estado no aspira que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas de la Nación, ha querido la ley que, cuando por pagos en exceso por el contribuyente, en lo relativo a sus obligaciones tributarias, resulta una suma a su favor, esta le sea devuelta.

DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Comprobación. **IMPUESTO DESCONTABLE. CORRECCION DE DECLARACION TRIBUTARIA. LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA**

Si efectuada la verificación resulta que alguno de los impuestos descontables denunciados por el solicitante no cumplió los requisitos legales para su aceptación o cuando son inexistentes, bien porque el impuesto no fue liquidado o la operación o el proveedor no existan, por ser ficticios, la Administración debe abstenerse de devolver el total solicitado y producir el requerimiento especial, para devolver el excedente no cuestionado. En este orden de ideas, admitida por la Administración la solicitud, lo fue por cuanto en su forma esta se ajustó a las previsiones legales y si existió un error aritmético en la declaración tributaria era procedente ordenar corregir el error o practicar la liquidación de corrección a efectos de determinar con certeza el saldo a favor. Solo en la medida que la Administración al verificar de fondo la devolución hubiera encontrado que los saldos a favor provenían de impuestos descontables que existiendo se so-

licitaron sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley (procedencia facturación, oportunidad de la contabilización y de la solicitud) o que eran inexistentes, podía declarar improcedente la devolución.

DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Investigación previa. **TERMINO PARA DEVOLVER SALDOS A FAVOR**

Si bien es cierto que el procedimiento de devolución de saldos a favor es independiente del proceso de liquidación de los tributos, no puede olvidar la Administración la conexidad que entre los mismos establece la ley en el artículo 857-1 del Estatuto Tributario numeral 2o. En este orden de ideas si la Administración encontró que el contribuyente solicitó impuestos de otro período, solo sobre este valor debió declarar improcedente la devolución pedida siempre que dicha suma no hubiera quedado comprendida dentro del saldo a favor que determinó la Administración. Entonces no podía la Administración violando lo dispuesto en el artículo 565 del Estatuto Tributario declarar improcedente como lo hizo en la Resolución cuestionada, la solicitud de devolución para imponer sanción por igual cuantía a sabiendas de la inexistencia real del saldo a favor por ella misma cuantificado en la liquidación de revisión.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. 5972. Actor: Industrias Almirante Ltda Apelación de la sentencia del 12 de Septiembre de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Devolución Ventas V y VI de 1988, I a VI de 1989 y I a IV Bimestre de 1990. Fallo:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales-, contra la sentencia del 12 de septiembre de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló las Resoluciones 0004 de Enero 20 de 1992 y 00684 del 30 de Noviembre de 1992 que declararon improcedente la devolución de sobrantes del impuesto sobre las ventas consignadas por arrastre de saldos anteriores en la declaración del IV bimestre semestre de 1990 solicitados por la sociedad INDUSTRIAS ALMIRANTE LTDA. Nit 860.500.869-9 y ordenó a

título de sanción el reintegro por un valor de $39.244.000 y el pago de sanción de mora incrementado en el 50%.

ANTECEDENTES

La Sociedad presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas del IV bimestre de 1990 suma cuya devolución solicitó previa garantía.

Mediante Resolución 2800 de Noviembre 27 de 1990 la Administración de Impuestos ordenó el reconocimiento y devolución del saldo a favor en cuantía de $39.244.000 y la compensación de $5.186.000 a otras obligaciones fiscales de la contribuyente.

Mediante auto No. 001944 del 7 de Diciembre de 1990, se ordenó inspección tributaria a la sociedad con el fin de verificar la procedencia de la devolución.

En desarrollo de la visita administrativa la sociedad presentó las declaraciones de ventas de los períodos V de 1988 al IV bimestre de 1990 y la correcciones efectuadas a las mismas.

Las correcciones fueron calificadas como no válidas por la Administración, por cuanto, a su entender si en ellas no se modificaba el valor a pagar, sino que sencillamente se reclasificaban los renglones BB y BC el procedimiento a seguir era el señalado en el artículo 589 del Estatuto Tributario y no el del 588, y como consecuencia formuló a la sociedad pliego de cargos, que fue atendido oportunamente por la sociedad.

Mediante la Resolución 000004 del 7 de Marzo de 1991 la División de Liquidación declaró improcedente la devolución, ordenó el reintegro y el pago de los intereses moratorios incrementados en un 50%.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en reconsideración recurso que fué resuelto mediante la Resolución 000684 de 1992 con confirmación de la resolución recurrida.

LA DEMANDA

En demanda de nulidad y restablecimiento del derecho acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la sociedad contribuyente al estimar que la Administración al expedir el acto administrativo acusado infringió los artículos 588, 589, 670 y 857 del Estatuto Tributario, a su juicio el procedimiento de corrección

adoptado por la sociedad fue el adecuado pues realmente estaba obligada a la reclasificación de las ventas exentas y excluidas (que no cuestionó la Administración) y al tasarse la sanción disminuyó el saldo a favor.

Adicionalmente, carecía de fundamento legal válido el acto acusado porque las causas de improcedencia de las devoluciones, señaladas en la ley eran taxativas y entre ellas no estaba la argüida por la Administración.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda el considerar que tenía razón el accionante en los planteamientos formulados por cuanto en ningún momento la Administración cuestionó la existencia real del saldo a favor sino que basó su decisión en consideraciones meramente formales, como sería la de haber equivocado el interesado el procedimiento en la corrección de las declaraciones que consignan el saldo a favor.

Era palmaria entonces la violación por parte de la Administración del artículo 857 del Estatuto Tributario, que consagra en forma taxativa las causales de rechazo de las devoluciones. No podía entonces la Administración con fundamento en tal norma declarar la improcedencia de las devoluciones inicialmente reconocidas con las razones que motivaron la decisión acusada.

Califica de contradictoria e incoherente la posición asumida por la administración si se considera que en liquidaciones oficiales de revisión y resolución que las confirma reconoce un saldo a favor del contribuyente en cuantía de $53.721.000, obviamente mayor que el valor de la devolución que se pretende..

Estima que es discutible la motivación de la Administración en el sentido de que en la corrección de las declaraciones no haya observado el contribuyente las exigencias del artículo 589. Controversia que podía soslayarse, visto que la Administración no podía negar la devolución con base en las razones por ella expuestas.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demanda al apelar la sentencia de primer grado expone que las consideraciones puramente formuladas como las denominaba la Corporación, tienen estrecha relación con los procedimientos establecidos por "las entidades", con el fin de darle adecuado cumplimiento a sus funciones legales y consti-

tucionales. Y así el contenido de muchos requisitos que en apariencia son estrictamente formales tiene estrecha e imprescindible vinculación con aspectos sustanciales, que a su vez tienen que ver con aspectos relativos al interés del Estado, como son por ejemplo los relacionados con los dineros públicos, cuya erogación deberá cuidarse en extremo, para lo cual existe una serie de requisitos en apariencia puramente formales, que se han establecido con el fin de restringir al máximo las posibilidades de dilapidación. Eso es lo que ocurre con las instrucciones dadas a nivel interno por parte de las unidades de control a los funcionarios encargados de cumplir las funciones relativas a las devoluciones.

Transcribe el artículo 857 del Estatuto Tributario numeral 1°, para concluir que la mencionada norma sí establece como causales de rechazo de la solicitud de devolución aquellas relativas a los requisitos formales, que precisamente constituyen uno de los argumentos esenciales del Tribunal para emitir su fallo desfavorable a la Nación.

Alega que dentro de las obligaciones legales y constitucionales de los funcionarios están las de acatar la ley, sin que en "ciertas jurisdicciones" les sea dado a los funcionarios abstenerse de aplicarla si de acuerdo con su criterio las encuentra eventualmente contrarias a una norma superior. Y una de esas jurisdicciones es precisamente la rama ejecutiva del poder público, dentro de la cual se encuentra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así las cosas a los funcionarios de la División de Liquidación que conocieron de la solicitud de devolución de la sociedad demandante sólo les quedaba la posibilidad de darle cumplimiento a las disposiciones del Estatuto Tributario en la parte pertinente a las solicitudes de devolución y en efecto eso fue lo que cumplieron de conformidad además con instrucciones específicas dadas por la misma entidad.

Expone que las declaraciones tributarias que sustentaron la solicitud de devolución adolecía de irregularidades que no permitieron efectuar las devoluciones pues se presentaron como si no existiera ninguna relación entre la una y la otra. No podía la Administración con el argumento de primacía de la verdad sustancial, acceder a la devolución porque precisamente dicha verdad es la que está en entredicho, por cuanto las declaraciones tributarias referidas fueron objeto de un cuestionamiento que se trasladó a las bases de las mismas, cuales son la realidad económica de la empresa y su contabilización; por otra parte, esta circunstancia de incertidumbre, generada por las propias actuaciones equivocadas de la demandante, que a su vez determinaron la actuación de la Administración en orden a proteger los intereses dentro de la ley, implicaban para la Administración una obliga-

ción de orden legal que no podía eludir, así sea de carácter formal como la caracterizó el Tribunal en su sentencia.

Interpreta el artículo 670 del Estatuto Tributario para deducir que la existencia de un saldo a favor en uno de los bimestres del año de 1990 no implica por sí misma, la existencia de un saldo total neto en favor de la demandante, ya que pueden existir saldos por pagar en otros períodos, de donde se concluye que la existencia de un saldo a favor no contituye ni determina un resultado favorable en su totalidad para la actora.

Concluye que las razones aducidas por el Tribunal para proferir fallo adverso a los intereses de la Nación se ausentó en una generalidad cual fue la presunta defensa de la verdad real sobre la formal. Argumentó que contiene una afirmación de contenido tan amplio que puede dar lugar a una enorme cantidad de decisiones de variada naturaleza y contenido. Se hace necesaria entonces, una precisión mayor de los términos y de las implicaciones de los hechos para desvirtuar circunstancias y actuaciones tan puntuales y específicas, como las efectuadas por la Administración al respecto. No ha sido analizada en detalle por ejemplo la circunstancia prevista en el artículo 644 del Estatuto Tributario, que determina con precisión la manera de efectuar el cálculo de la sanción por corrección de las declaraciones, ni sus efectos en lo previsto por los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la Nación -Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales al alegar de conclusión argumenta básicamente que la Administración al hacer mención al artículo 857 del Estatuto Tributario no está hablando del saldo a favor sino del rechazo de la solicitud por ausencia de los requisitos formales, para su procedencia, de la declaración tributaria en que se fundamenta la solicitud y aquellos que saltan a la vista del funcionario como era el error aritmético contenido en la declaración y en tales condiciones no era palmaria la violación del artículo 857 del Estatuto Tributario porque uno es el proceso de devolución y otro el de control posterior a los mismos en donde determina el tributo por parte de la Administración, proceder que puede coincidir o no con la liquidación privada y otro el proceso sancionatorio cuando a la luz de la realidad económica existan diferencia entre lo declarado y lo determinado o comprobado.

Acusa irrespetuosamente al Tribunal de incurrir en una actividad de confusión e incompresión, confesada según su entender, como consecuencia del desco-

nocimiento o falta de precisión en cuanto a los procedimientos antes descritos se refiere, para finalmente calificar de "diáfana" la actitud de la Administración.

La actora no alegó de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo ante lo Contencioso no actuó en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del derecho a la devolución de impuestos pagados en exceso.

Con fundamento en el principio de legalidad de la actuación administrativa que nace desde el deber constitucional del Presidente de la República de velar por la "estricta recaudación" de las rentas públicas y en observancia del principio de justicia que consagra el Estatuto Tributario artículo 683, como rector en la relación fisco-contribuyente, según el cual el Estado no aspira que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas de la Nación, ha querido la ley que, cuando por pagos hechos en exceso por el contribuyente, en lo relativo a sus obligaciones tributarias, resulta una suma a su favor, ésta le sea devuelta.

Cuando tales saldos a favor son liquidados en las declaraciones tributarias los contribuyente o responsables pueden solicitar su devolución.

Prevé también la ley que cuando el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, haya sido modificado mediante una liquidación oficial y no se hubiere efectuado la devolución, la parte rechazada no puede solicitarse aunque dicha liquidación haya sido impugnada, hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo cuestionado (artículo 854 inciso 2º).

Se observa en el *sub-lite* que pedida la devolución de los saldos a favor, cumplió la sociedad los requisitos de forma y no incurrió en las causales de devolución de la solicitud, y que ante tal hecho la administración procedió a reconocer y devolver el saldo a favor ya que de lo contrario, ha debido rechazar la solicitud para corrección o por improcedencia.

Son los artículos 856 y 857 del mismo Estatuto Tributario los que ordenan la verificación de las devoluciones y la investigación previa a la devolución con el fin de que la Administración constate la existencia de las retenciones en la fuente, los impuestos descontables a los pagos en exceso que dan lugar al saldo a favor, y adicionalmente en materia del impuesto sobre las ventas, la constancia debe comprender el cumplimiento de los requisitos legales para la aceptación de los impuestos descontables.

Si efectuada la verificación resulta que alguno de los impuestos descontables denunciados por el solicitante no cumplió los requisitos legales para su aceptación o cuando son inexistentes, bien porque el impuesto no fue liquidado o la operación o el proveedor no existan, por ser ficticios, la Administración debe abstenerse de devolver el total solicitado y producir el requerimiento especial, para devolver el excedente no cuestionado.

En este orden de ideas, admitida por la Administración la solicitud, lo fue por cuanto en su forma ésta se ajustó a las previsiones legales y si existió un error aritmético en la declaración tributaria era procedente ordenar corregir el error o practicar la liquidación de corrección a efectos de determinar con certeza el saldo a favor.

Sólo en la medida que la Administración al verificar de fondo la devolución hubiera encontrado que los saldos a favor provenían de impuestos descontables que existiendo se solicitaron sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley (procedencia facturación, oportunidad de la contabilización y de la solicitud) o que eran inexistentes, podía declarar improcedente la devolución.

En el *sub-lite*, tal como acertadamente precisa el *a-quo* y como se deduce de la Resolución 004 de 1992 (Fls. 17 a 21 cdno. ppal.) la Administración en ningún momento desconoció la existencia de los impuestos descontables de los períodos bimestrales V a VI de 1988, I a VI de 1989 y IV de 1990, ni los rechazó por falta de cumplimiento de los requisitos "establecidos en la ley" para su aceptación, o por ser inexistentes.

Solo se limitó a calificar en esta oportunidad de incorrecto el procedimiento efectuado por la sociedad contribuyente al presentar las correcciones a sus declaraciones tributarias y darles el calificativo de ser simples proyectos de corrección, olvidando que a falta de liquidación de corrección artimética, al cuestionar las presentadas por la sociedad contribuyente para deconocerlas por ser simples proyectos, el saldo a favor según las declaraciones inicialmente presentadas era mayor, como en efecto ocurrió. Observa la Sala que mediante el requerimiento espe-

cial 00033 de Abril 24 de 1991 la Administración propuso a la contribuyente la modificación de la liquidación privada No. 06203-333994017 correspondiente al impuesto de ventas por el IV Bimestre de 1990, por no ser válida la corrección presentada y por haber encontrado que del valor de $12.324.000 solicitados como impuesto descontables $1.000.00 fueron causados en el VI bimestre de 1989, finalmente fijó un saldo a favor del contribuyente en $52.121.000, suma superior a la que ordenó devolver $39.244.000.

Si bien es cierto que el procedimiento de devolución de saldos a favor es independiente del proceso de liquidación de los tributos, no puede olvidar la Administración la conexidad que entre los mismos establece la ley en el artículo 857-1 del Estatuto Tributario numeral 2° cuando dice:

"Investigación previa a la devolución. El término para devolver se podrá suspender hasta por un máximo de noventa (90) días, para que la División de Fiscalización adelante la correspondiente investigación, cuando se produzca alguno de los siguientes hechos:

"...2 Cuando se verifique que alguno de los impuestos descontables denunciados por el solicitante no cumple los requisitos legales para su aceptación, o cuando sean inexistentes, ya sea porque el impuesto no fue liquidado, o porque el proveedor o la operación no existen por ser ficticios."

En este orden de ideas si la Administración encontró que el contribuyente solicitó impuestos de otro período, solo sobre este valor debió declarar improcedente la devolución pedida siempre que dicha suma no hubiera quedado comprendido dentro del saldo a favor que determinó la Administración.

Es la misma ley tributaria la que atendiendo a los principios de eficacia, economía y celeridad contenidos en el artículo 3° del Decreto 01 de 1984, consagró en la norma transcrita la procedencia del saldo a favor que se planteara en el requerimiento "sin que se requiera una solicitud de devolución por parte del contribuyente".

Entonces no podía la Administración violando lo dispuesto en el artículo 565 del Estatuto Tributario declarar improcendente como lo hizo en la Resolución 0004 del 20 de enero de 1992, la solicitud de devolución por $39.244.000 para imponer sanción por igual cuantía a sabiendas de la existencia real del saldo a favor de $52.121.000 por ella misma cuantificado en la liquidación oficial de revisión 00003-90209003206 de la misma fecha 20 de Enero de 1992 (Fl. 31 cdno. ppal).

Llama la atención de la Sala la inobservancia de los principios de "eficacia" y "economía" en los trámites administrativos (consagrados en la Ley 58 de 1982 y hoy elevado a canon constitucional en el artículo 209 de la Constitución Política) que indujo a la Administración a desconocerle efectos a proyectos o correcciones que no modificaban el gravamen, no por su contenido, sino por "su procedimiento inadecuado", siendo que tuvo oportunidad de evaluarlos y no siendo objetados u objetables en su contenido, en nada entorpecía la labor administrativa el analizarlos.

No existe entonces mérito para revocar la sentencia y ésta debe confirmarse.

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

FALLA

1.-CONFIRMASE la sentencia proferida el 12 de Septiembre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 9443.

2.-RECONOCER personería a la doctora Ivonnie Edith Gallardo Gómez a término del poder que obra a folio 147 del cuaderno principal.

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, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, -Secretario-

INGRESOS NETOS - Determinación. **RENTA PRESUNTIVA. COMPAÑIA DE SEGUROS**

El argumento de que de acuerdo con el art. 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 solo se deben computar en la base de los ingresos netos aquellos que sean susceptibles de constituir renta, y que en tal virtud ella estimó procedente restar los gastos de siniestros y de administración, porque constituyen reembolsos que no pueden calificarse como ingreso fiscal, lo cierto es que esta interpretación no se ajusta a las normas que rigen para las compañías de seguros, dado que en forma clara el art. 39 del Decreto 2053 de 1974 define lo que se entiende por ingresos netos (valor de los ingresos de toda procedencia, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas en el año gravable). Los reembolsos de gastos de siniestros y de administración no encajan entonces, dentro del concepto de devoluciones, cancelaciones y rebajas con que se disminuyen los ingresos de toda procedencia obtenidos en el año gravable por las compañías de seguros para determinar los ingresos netos.

INGRESO NETO - Determinación. **DEVOLUCION EN VENTA. REBAJA EN VENTA. DESCUENTO EN VENTA. COMPAÑIA DE SEGUROS. RENTA PRESUNTIVA.**

Para efectos de la renta presuntiva de las compañías de seguros en la determinación de la base de cálculo de los ingresos netos se deben tomar los ingresos de toda procedencia realizados en el año gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo (inciso 3o. art. 39 del Decreto 2053 de 1974) obteniéndose de este modo los ingresos netos, de cuyo monto solamente se restan dos conceptos: las primas cedidas y el reintegro de la reserva matemática o técnica. Si los reintegros de gastos de administración y de siniestros, se aceptan como renglones no

susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, el mismo tratamiento habría que darle a otros costos y gastos puesto que estos precisamente por constituir erogaciones no son susceptibles de incrementar el patrimonio.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D. C., diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia.: Expediente No. 5852. Actor Reaseguradora Hemisférica S.A. Apelación sentencia de 18 de agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto renta año gravable 1987). Fallo.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandada como por el apoderado judicial de REASEGURADORA HEMISFERICA S.A. Nit. 8-60.075.926, contra la sentencia de 18 de agosto de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda formulada contra los actos de determinación del impuesto de renta y sanción por inexactitud correspondiente al año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente el 22 de junio de 1988 presentó en el Banco de Occidente de la Calle 85 de Bogotá la declaración de renta y patrimonio del año gravable 1987, liquidando el respectivo impuesto por el sistema ordinario de depuración (renta líquida $81.173.495), porque el renglón 28 del formulario correspondiente a renta presuntiva registra una cifra menor ($78.905.874).

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá por medio de oficio 3762 de mayo de 1990 solicitó información acerca de los ingresos netos tomados como base para el cálculo de la renta presuntiva, a más de la remisión del Estado de Pérdidas y Ganancias a diciembre 31 de 1987 certificado por contador público.

Recibida la mencionada información y estado financiero solicitado, el 29 de mayo de 1990 por auto de verificación y cruce No. 068-0237 la División de fiscalización comisionó a una funcionaria para tales efectos habiendo dejado consignado en su informe de visita lo siguiente:

1o. Que para la determinación de la base de cálculo de la renta presuntiva se parte de los ingresos netos - Renglón 16 de la Declaración de Renta, los cuales aparecen detallados en el Anexo 4-1, páginas 1 y 2 en cuantía de $8.408.225.091.

2o. Que de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 9a. de 1993 y artículo 3o. del Decreto Reglamentario 353 de 1984 (hoy artículo 185 del Estatuto Tributario) para los fines de la renta presuntiva solo procede restar de la base del cálculo de los ingresos netos, el valor de las primas diferentes de las retenidas y el valor del reintegro de la Reserva Técnica o Matemática del año anterior, si estuviera incluido este último en el cálculo de los ingresos.

3o. Que en vista de que el contribuyente determinó un menor valor de su renta presuntiva formula un proyecto de requerimiento especial, el cual básicamente contiene lo siguiente:

a) Restar de los ingresos netos propuestos ($8.408.225.091) el valor de las primas Retrocedidas por un total de $2.301.375.327, del cual $1.162.451.154 corresponden al **interior** y $1.138.924.173 al **exterior;** pero disminuyendo este total con la partida de $913.070.580 por concepto de **descuentos** de estas retrocesiones del interior y exterior, debido a que tales descuentos no hacen parte de los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional (renglón 15 por $45.376.656).

b) Restar también de los ingresos netos la Reserva Técnica Liberada por la suma de $512.090.769.

c) Que por lo tanto, no procede deducir del cálculo de la renta presuntiva las siguientes partidas:

CONCEPTO	VALOR
- Costo exceso de pérdidas	$ 81.506.601
- Reembolsos de gastos reconocidos por retrocesionarios	29.513.728
- Comisiones sobre primas aceptadas	1.708.426.082
- Reembolso de gastos de siniestros sobre retrocesiones	743.089.474

Valor no tenido en cuenta para determinar los ingresos netos base del cálculo de la renta presuntiva **$ 2.562.535.885**

Con base en este informe de visita la Administración Tributaria expidió el requerimiento especial No. 0046 de junio 13 de 1990 mediante el cual propone la modificación de la liquidación privada del contribuyente, estableciendo la renta por el sistema presuntivo del contribuyente, estableciendo la renta por el sistema presuntivo en la ley, en este caso, sobre un total de ingresos netos del orden de $8.408.225.091; al efecto lo disminuye con el valor de la reserva técnica liberada ($512.090.769) y con las primas retrocedidas (interior y exterior) por un valor de $1.388.304.747, es decir, acepta reducciones de la base de los ingresos netos por total de $1.900.395.516, de lo cual resulta como base del cálculo de la renta presuntiva la cifra de $6.507.829.575 cuyo 2% asciende a $130.157.000 (fls. 110/115).

A pesar de las amplias explicaciones dadas en la respuesta al requerimiento para que se disminuya la base del cálculo de los ingresos netos con las partidas desestimadas, la División de Liquidación expidió la liquidación de revisión 0012 de febrero 19 de 1991 fijando dicha base de acuerdo con lo precisado en el requerimiento especial, es decir, disminuyendo únicamente el total de los ingresos netos del renglón 16 con el valor de las primas retrocedidas ($1.388.304.747) y la reserva técnica liberada ($512.090.769).

En el respectivo memorando explicativo se precisa que a pesar de que la contribuyente sostiene que "los reembolsos de gastos de siniestros" ($743.069.000) y los "gastos de administración" ($29.513.000) que realizan las reaseguradoras a las compañías cedentes -Aseguradoras, no son ingresos para el impuesto sobre la renta, lo cierto es que estos valores no aparecen como parte integrante de la partida de $45.376.656 del renglón 15 (ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional). Y en cuanto al "costo exceso de pérdidas" ($81.506.601 y "comisiones sobre Primas aceptadas" ($1.708.426.082) la División de Liquidación relieva que estos rubros no están contemplados en el artículo 185 del Estatuto Tributario y por lo tanto no son objeto de depuración para efectos del cálculo de los ingresos por vía presuntiva. (Fls. 117/122).

En el recurso de reconsideración presentado contra el acto liquidatorio mencionado, luego de invocar varias normas, entre ellas el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, artículo 15 de la Ley 9a. De 1983, inciso 1, artículo 3 del Decreto Reglamentario 353 de 1984, concluye que los reembolsos de gastos de siniestros y de gastos de administración que realizan los reaseguradores no son un ingreso

fiscal, y por lo tanto no deben formar parte de los ingresos netos base cálculo de la renta presuntiva.

Respecto al rubro "costo exceso de pérdidas" observa que corresponde a prima cedida no proporcional, circunstancia que prueba mediante certificado del Revisor Fiscal de la Compañía.

Y en cuanto a las "comisiones sobre primas aceptadas" la recurrente las considera "descuentos" sobre primas aceptadas, pues en su concepto, son un menor valor de las mismas, y por lo tanto deben excluirse de la base de cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva.

No obstante lo anterior, la División Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá por medio de la Resolución 47-016 de marzo 17 de 1992 confirmó en todas sus partes la liquidación de revisión incluyendo la sanción por inexactitud impuesta en el mencionado acto liquidatorio. (Fls. 123/129).

Agotada la vía gubernativa, la reaseguradora ocurrió en demanda ante el Tribunal aduciendo básicamente lo siguiente:

1o.- Que los gastos de los siniestros y los gastos de administración no son ingresos constitutivos de renta y por lo tanto, no forman parte de la base de cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, porque al tenor del inciso 2 del artículo 15 de la Ley 9a. de 1983 en la base de los ingresos netos no deben incluirse los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional. Además, que el inciso 1 del artículo 3 del Decreto Reglamentario 353 de 1984 al referirse a la base de cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, reitera este criterio al preceptuar que se deben restar de los ingresos netos susceptibles de constituir renta, el valor de las primas diferentes de las retenidas y el valor del reintegro de la reserva técnica o matemática del año anterior, si estuviere incluido en el cálculo de los ingresos.

Señala que siendo claro que se debe partir de ingresos constitutivos de renta, pero que las normas sobre renta presuntiva no los define es necesario remitirse a las normas del impuesto sobre la renta que definen qué ingresos constituyen renta.

Al efecto invoca el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 según el cual ingreso es aquel que es susceptible de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, al cual se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, obteniéndose en esta forma el ingreso neto. Así mismo se refiere al artículo 17 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 que amplía la noción de ingreso al preceptuar que para los efectos del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, se entiende que

un ingreso puede producir incremento neto del patrimonio, cuando es susceptible de capitalización, aún cuando ésta no se haya realizado efectivamente al fin del ejercicio. No son susceptibles de producir incremento neto del patrimonio los ingresos por reembolsos de capital o indemnización por daño emergente.

Luego de hacer algunas consideraciones concluye que los gastos de siniestros y de administración, por la ejecución de contratos de reaseguros celebrados entre las compañías aseguradoras-cedentes y las compañías en posición de reaseguradoras constituyen un reembolso de capital que utilizó la compañía aseguradora cedente. Por lo tanto, al no constituir un ingreso desde el punto de vista del impuesto sobre la renta se deben disminuir tales ingresos para establecer la base de cálculo de los ingresos netos para la renta presuntiva.

2o.- En cuanto al rubro **costo exceso de pérdida** ($81.506.601) el demandante precisa que el total de primas cedidas durante el año gravable de 1987 fue del orden de $2.382.881.928, las cuales se descomponen en primas cedidas o retrocedidas proporcionales por $2.301.375.327 (únicas tenidas en cuenta en la liquidación de revisión), y en primas no proporcionales - costos de contratos no proporcionales o exceso de pérdidas, por $81.506.601, remitiendo sus argumentos a lo que expresa la certificación del Revisor Fiscal, Jorge Sánchez Acosta, Matrícula 14064-A (literal B. Página 5).

3o.- En relación con las **comisiones sobre primas aceptadas** ($1.708.426.082) relieva que son DESCUENTOS y por lo tanto deben excluirse de la base de cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva, pues el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 dispone que a los ingresos ordinarios y extraordinarios susceptibles de constituir renta se disminuyen con las devoluciones, rebajas y descuentos.

Puntualiza que cuando una compañía de seguros o reaseguros celebra contratos de reaseguros aceptando que le transfieran negocios de seguro o exceso de siniestrabilidad, acuerda un descuento a favor de la compañía cedente-asegurador, en un porcentaje sobre la prima aceptada; hecho económico que en la práctica se conoce como descuentos o comisión, y que realmente corresponde a un menor valor de la prima aceptada.

Afirma que en 1987 la actora aceptó primas por valor de $5.130.227.219 del cual otorgó un descuento-comisión a favor de los cedentes por la suma de $1.708.426.082, hecho que origina que haya devengado efectivamente un ingreso neto, después de, descuentos, rebajas y devoluciones, por la suma de $3.421.801.137.

4o.- Por último, se refiere a la sanción por inexactitud argumentando que de acuerdo con el artículo 44 del Decreto 2503 de 1987 (hoy artículo 647 del Estatuto Tributario) no hay lugar a su aplicación porque los mayores valores determinados obedecen a diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y la contribuyente.

Surtido el trámite de rigor el Tribunal profirió sentencia de mérito accediendo parcialmente a las pretensiones de la compañía reaseguradora, pues de las que contiene el libelo de demanda solo prosperó la relacionada con la exoneración de la sanción por inexactitud impuesta.

En cuanto a la no prosperidad de las súplicas el *a-quo* básicamente expuso lo siguiente:

1o.- No acepta la disminución de la base de cálculo de los ingresos netos los "reembolsos de gastos de siniestros y de administración ($743.069.000 y $29.513.000) porque, como bien lo señala la sentencia de 3 de marzo de 1994, expediente 5028, actor: Seguros Caribe S.A., Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, no deben formar parte de la base de cálculo para la renta presuntiva solo dos rubros: el valor de las primas cedidas y el reintegro de la reserva matemática o técnica por así disponerlo la Ley 9a. de 1983 y el Decreto Reglamentario 353 de 1984.

En cuanto a las demás actividades este fallo precisa que "la base es la común señalada en general para todos los contribuyentes, o sea, los ingresos netos susceptibles de constituir renta, concepto que puede confundirse con el de renta bruta que es el que vendría a resultar si se acepta la tesis de la compañía demandante".

Además, relieva que si los reintegros de gastos de administración y de siniestros se aceptan como rubros no susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, el mismo tratamiento habría que darle a otros costos y gastos puesto que éstos precisamente por constituir erogaciones no son susceptibles de incrementar el patrimonio.

En resumen, la sentencia de 3 de marzo de 1994 citada observa que "la ley adoptó como base el concepto de ingreso neto que se obtiene del bruto menos las devoluciones, las rebajas y los descuentos, solamente, pero en manera alguna otros rubros que corresponden al concepto de costos y gastos".

2o.- No accede a la disminución de la base de cálculo de los ingresos netos el valor de las "primas cedidas no proporcionales" (costos de contratos no proporcionales o costos de excesos de pérdidas), argumentando que "lo pagado a quien

les asegura dicho riesgo no constituye prima cedida ni retrocedida, sino que es un gasto que respecto del tomador del seguro opera como deducción y en consecuencia las primas, al tenor de lo previsto en el artículo 26 del Estatuto Tributario han de incluirse en los ingresos netos para efectos del cálculo de la renta presuntiva".

3o.- Tampoco le da prosperidad al cargo relacionado con las "comisiones (descuentos) sobre primas aceptadas" ($1.708.426.082) que según el demandante son un menor valor de las mismas; porque fiscal y contablemente tales comisiones no son DESCUENTOS sino una deducción.

En efecto, la decisión del Tribunal en cuanto este punto se fundamenta en que en virtud del artículo 99 del Estatuto Tributario por ingresos netos de las compañías de seguros y de capitalización se entiende el valor de los ingresos de toda procedencia realizados en el año gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas. Que esta norma no contempla en forma alguna el concepto de comisión que se controvierte en el *sub-exámine*, pues no pueden confundirse las rebajas o descuentos en una transacción con la "comisión" que percibe alguna de las partes.

Relieva que la comisión aquí planteada es un ingreso reconocido por la Reaseguradora Hemisférica S.A., a las compañías que le han cedido contratos de seguros y no tiene efecto que se calcule sobre un porcentaje de la prima aceptada.

Concluye entonces, que este pago constituye una deducción en cabeza de la recurrente que afectará el cálculo de la renta líquida por el sistema ordinario, pero no el de la renta presunta sobre ingresos, la cual solo puede ser afectada de acuerdo con el artículo 185 del Estatuto Tributario por las primas diferentes de las retenidas y por el reintegro de la reserva técnica, si está incluída en el cálculo de los ingresos.

4o.- En cuanto al levantamiento de la "sanción por inexactitud" la sentencia del Tribunal se fundamenta en que las transcripciones que contiene ésta muestran los "puntos de vista en conflicto, evidenciándose a las claras el distinto enfoque de criterio en relación con la situación jurídica y fáctica debatida, lo que impide la aplicación de la sanción por inexactitud".

RECURSO DE APELACION

En cuanto al primer punto sobre el cual versa la controversia el apoderado de la actora en la sustentación del recurso reitera que los "reembolsos de gastos de siniestros y de gastos de administración" no son ingresos constitutivos de renta, porque cuando la compañía de seguros cedente paga gastos de administración y

gastos de siniestros que le corresponden a los reaseguradores, estas compañías les reembolsan tales gastos, tal reembolso no puede entenderse como un ingreso fiscal.

Señala que no es válido el argumento del *a-quo* al centrar la discusión alrededor del artículo 99 del Estatuto Tributario en razón de que es necesario interpretarlo dentro del espíritu y las normas que en sí mismas determinan qué son ingresos en el impuesto sobre la renta, pues al limitarse a la simple lectura de tal artículo, como lo hizo el Tribunal, conlleva a que dentro del "valor de los ingresos de toda procedencia", se pueden incluir ingresos que no constituyen ingreso fiscal.

Anota que se deben tener en cuenta las normas que regulan la renta presuntiva calculada sobre los ingresos netos, pero que estén conformados por ingresos constitutivos de renta, tal como lo preceptúan los artículos 15 incisos 1 y 2 de la Ley 9a. de 1983, artículo 3 inciso 1 y parágrafo 1 del Decreto Reglamentario 353 de 1984.

En resumen, expresa que cuando una compañía reaseguradora reembolsa a la compañía aseguradora-cedente, gastos de administración y gastos de siniestros lo hace porque le pertenecen y porque fueron pagados por la compañía-aseguradora-cedente. En estos casos se está frente a un evento de reembolso de un capital que colocó la compañía de seguros-cedente para pagar gastos que le corresponden a los reaseguradores, es decir, le reembolsa el capital que pagó por su cuenta y por lo tanto se tipifica uno de los hechos que contempla el artículo 17 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 como no constitutivos de renta, en forma expresa.

Respecto al segundo punto, es decir "la exclusión de primas cedidas no proporcionales" expresa que la actora probó con suficientes argumentos que el costo de los contratos no proporcionales constituyen primas cedidas no proporcionales, legalmente deben disminuir los ingresos base de cálculo de la renta presuntiva, (artículos 3 numeral 2 del Decreto 353 de 1984 y 185 numeral 2 del Estatuto Tributario).

Puntualiza que para demostrar que el costo de contratos no proporcionales constituyen una prima cedida, se remitió a lo que se entiende este concepto dentro del contexto de lo que constituye el contrato de reaseguro citando autores nacionales y extranjeros; y también la Circular SD-013 de 5 de febrero de 1981 de la Superintendencia Bancaria en la cual se registra que las primas cedidas se dividen en proporcionales y "primas cedidas de contratos no proporcionales" precisando que en la página 68 de esta circular se registran éstas como "primas cedidas en exceso de pérdidas".

De lo anterior el apelante concluye que al demostrarse en la demanda que los contratos no proporcionales constituyen primas cedidas, de acuerdo con las normas atrás citadas, deben ser disminuidas de los ingresos netos base de cálculo de la renta presuntiva.

En relación con el tercer punto ("descuentos sobre primas aceptadas" por $1.708.426.082) señala que de acuerdo con los artículos 26 y 99 del Estatuto Tributario son procedentes los descuentos mencionados.

Cabe anotar que el concepto glosado es "**comisión** sobre primas aceptadas" y no descuentos sobre primas aceptadas sobre el cual discurre el apelante. (Fls. 376/409).

Como quiera que la parte demandada también impugna la sentencia del Tribunal porque éste exoneró a la sociedad actora de la sanción por inexactitud impuesta, su reparo se fundamenta principalmente en los siguiente:

1o.- Que en el *sub-exámine* no se presenta diferencia de criterios entre las oficinas de impuestos y el contribuyente, sino que éste disminuyó la base de cálculo de la renta presuntiva con rubros no permitidos fiscalmente, presentando por lo tanto, datos equivocados y desfigurados que originaron un menor valor del impuesto de renta a pagar.

2o.- Que de acuerdo con el artículo 647 del Estatuto Tributario se configura inexactitud porque la Reaseguradora para efectos de cálculo de su renta presuntiva desconoció abiertamente la legislación fiscal, al excluir de la base sobre ingresos los reembolsos de gastos de siniestros y de administración, costos de contratos no proporcionales y las comisiones sobre primas aceptadas, *items* no previstos en la norma.

De lo anterior concluye que la Administración Tributaria al imponer la sanción por inexactitud ajustada a derecho; por tanto solicita se revoque la sentencia en cuanto a este punto para que de esta manera se mantenga sin modificación alguna los actos acusados (fls. 368/370).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En su oportunidad procesal la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales descorre el traslado para alegar precisando que, como quiera que la Ley 9a. de 1983 exige que para el cálculo de la renta presuntiva se parte del patrimonio liquidado del año inmediatamente anterior o sobre los ingre-

sos netos obtenidos en el respectivo año gravable, si este último valor es mayor; no debe perderse de vista lo preceptuado por los artículos 15 y 39 del Decreto 2053 de 1974 (hoy artículos 26 y 99 del Estatuto Tributario), porque en tratándose de actividades de la gran mayoría de contribuyentes los ingresos NETOS están constituídos por todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio y que no hayan sido expresamente exceptuados.

Señala que precisamente en aplicación de esta excepción el inciso 2 del artículo 15 de la Ley 9a de 1983 ha dispuesto que la base de cálculo de los ingresos netos no se incluyan los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, pero que en el caso de las compañías de seguros la situación es diferente en razón de que la ley ha previsto la determinación de sus ingresos en forma especial, pues el inciso 3 del artículo 39 del Decreto 2053 de 1974 preceptúa que por **ingresos netos** de las compañías de seguros se entiende el valor de los ingresos de toda procedencia realizados en el año gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo.

Precisa que de acuerdo con lo anterior, lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 15 de la Ley 9a de 1983 está en armonía con el artículo 39 del Decreto 2053 de 1974 (hoy artículo 99 del Estatuto Tributario) al disponer que en el caso de las compañías de seguros dentro de los ingresos netos por primas recibidas, solamente se tendrán en cuenta las primas retenidas y el reintegro de las reservas técnicas y matemáticas del año anterior.

Concluye entonces que no son de recibo los argumentos del demandante al pretender se haga reconocimiento a título de devoluciones, rebajas y cancelaciones a los reembolsos de gastos de siniestros, publicidad, primas cedidas no proporcionales y a las comisiones sobre primas aceptadas.

Adicionalmente relieva que los reembolsos de gastos de siniestros constituyen renta líquida por recuperación de deducciones al tenor del artículo 195 del Estatuto Tributario.

Por lo demás, anota que en este caso resulta claro que la recuperación de un gasto que en su oportunidad tuvo la condición de deducible, constituye renta por recuperación de deducciones y en consecuencia un ingreso que no podía ser descontado como devolución, rebaja, descuento o cancelación para efectos de establecer los ingresos netos base de liquidación de la renta presuntiva.

La parte opositora expresa que la ley no ha señalado que la base para calcular la renta presuntiva pueda ser disminuida con esta clase de rubros; y a pesar de que

la sociedad demandante ha afirmado que los valores recibidos por este concepto no pueden ser calificados como ingresos constitutivos de renta, se encuentra claramente demostrado que en la declaración de renta en lo relativo a ingresos no constitutivos de renta o ganancia ocasional, la contribuyente no registró valor alguno por este concepto.

En cuanto a las "primas cedidas proporcionales o costos de excesos de pérdidas" expresa que se trata de un costo que corresponde al pago de una póliza tomada a favor de la sociedad demandante para cubrir su propio riesgo como lo son sus pérdidas. Por lo tanto dicho pago constituye un verdadero costo, susceptible de ser descontado de los ingresos netos cuando éstos se hayan realizado dentro del respectivo período.

Con respecto a las "comisiones sobre primas aceptadas" precisa que es claro que ninguna norma de las citadas reconoce la posibilidad de descontar de los ingresos el valor de las comisiones pagadas, pues éstas constituyen verdaderos costos susceptibles de ser detraídos de los ingresos netos para efectos de determinar la renta bruta.

Respecto a la invocada "diferencia de criterios" alegada por la demandante y reconocida por el Tribunal señala que de acuerdo con el artículo 647 del Estatuto Tributario la aludida diferencia de criterio o el error de apreciación no se hacen presentes dentro de este proceso por cuanto como ha quedado demostrado las deducciones practicadas sobre los ingresos netos, base para calcular la renta presuntiva, constituían gastos y renta líquida por recuperación de deducciones, conceptos todos definidos en la ley y que no admite la interpretación hecha por el contribuyente.

Adicionalmente relieva que tanto el artículo 26 como 99 del Estatuto Tributario establecen cuál es el concepto de ingresos netos y cuál es el proceso de depuración que se debe llevar a cabo para llegar a este resultado, no encontrándose incluídos dentro de ellos los reembolsos por gastos de siniestros, las primas cedidas no proporcionales, ni las comisiones sobre primas aceptadas, lo cual no permite interpretación de ninguna clase.

Además, puntualiza que para que exista la diferencia de criterio o el error de apreciación es presupuesto esencial que exista una norma que tenga vacíos, que resulte contradictoria con otra y admita varias interpretaciones; pero cuando el texto de la norma es claro y además restrictivo, no se puede excusar el contribuyente para su inobservancia en una diferencia de criterios que no encuentra respaldo en la norma aplicada, pues el concepto de ingresos netos, tratándose de la acti-

vidad aseguradora, como los factores que pueden ser deducidos en la depuración de la renta presuntiva se encuentran definidos en la ley, que establece claras restricciones (artículos 9 y 185 del Estatuto Tributario), las cuales no son susceptibles de interpretarse como lo pretende el actor.

De acuerdo con lo expuesto la parte demandada solicita se revoque la sentencia de primera instancia en el único punto que le fue aceptado al demandante y confirmar íntegramente los actos demandados. (Fls. 414/419).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte de la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación. (Fl. 411).

CONSIDERACIONES

El asunto sometido a estudio y decisión de la Sala se circunscribe a establecer si la actora en su condición de compañía de seguros, cuya renta se determina en forma especial (artículos 37 a 39 del Decreto 2053 de 1974, hoy artículos 96 a 99 del Estatuto Tributario), para efectos de la determinación de la renta presuntiva legalmente podía disminuir la base de cálculo de los ingresos netos declarados en el año 1987 ($8.408.225.000 - renglón 16) con los valores correspondientes a gastos de siniestros y gastos de administración ($743.069.000 y $29.513.000) respectivamente, costo por exceso de pérdidas ($81.506.000) y comisiones sobre primas aceptadas ($1.708.426.000).

Aunque el apoderado de la actora argumenta en extensos escritos que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Reglamentario 353 de 1984 sólo se deben computar en la base de los ingresos netos aquellos que sean susceptibles de constituir renta, y que en tal virtud ella estimó procedente restar los gastos de siniestros y de administración, porque a su juicio constituyen reembolsos que no pueden calificarse como ingreso fiscal, lo cierto es que esta interpretación no se ajusta a las normas que rigen para las compañías de seguros, dado que en forma clara el artículo 39 del Decreto 2053 de 1974 define lo que se entiende por ingresos netos (valor de los ingresos de toda procedencia, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas en el año gravable). Los reembolsos de gastos de siniestros y de administración no encajan entonces dentro del concepto de devoluciones, cancelaciones y rebajas con que se disminuyen los ingresos de toda procedencia obtenidos en el año gravable por las compañías de seguros para determinar los ingresos netos.

De otro lado, lo precisado anteriormente en términos generales, coincide con lo expuesto en la sentencia de 3 de marzo de 1994, expediente No. 5028, actor:

Seguros Caribe S.A. Ponente, Doctor Jaime Abella Zárate en el sentido de que para efectos de la renta presuntiva de las compañías de seguros en la determinación de la base de cálculo de los ingresos netos se deben tomar los ingresos de toda procedencia realizados en el año gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo (inciso 3 artículo 39 Decreto 2053 de 1974) obteniéndose de este modo los ingresos netos, de cuyo monto solamente se restan dos conceptos: las primas cedidas y el reintegro de la reserva matemática o técnica.

En cuanto al reintegro de gastos de siniestros y de administración precisa lo siguiente:

> "En efecto, si los reintegros de gastos de administración y de siniestros, se aceptan como renglones no susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, el mismo tratamiento habría que darle a otros costos y gastos puesto que éstos precisamente por constituir erogaciones no son susceptibles de incrementar el patrimonio. Es que la ley adoptó como base el concepto de ingreso neto que se obtiene del bruto menos las devoluciones, las rebajas y los descuentos, solamente, pero en manera alguna otros rubros que corresponden al concepto de costos o de gastos".

De manera pues, que al haberse adoptado por la ley como base el concepto de ingreso neto que se obtiene del bruto (ingresos de toda procedencia) menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas, el cálculo de los ingresos netos para efectos de la renta presuntiva no puede ser otro que el que define el inciso 3 del artículo 39 del Decreto 2053 de 1974, hoy artículo 99 del Estatuto Tributario.

En este orden de ideas, al no registrarse en este caso devoluciones, cancelaciones y rebajas, los **ingresos netos** son los que se reflejan en el renglón 16 de la declaración de renta por la suma de $8.408.225.000, los cuales solo podían ser afectados por las PRIMAS RETROCEDIDAS ($1.388.304.000) y la RESERVA TECNICA LIBERADA ($512.090.000) como lo hizo la Administración de Impuestos, previa verificación llevada a cabo por la División de Fiscalización (informe de visita de mayo 30 de 1990).

Como la actora disminuyó los ingresos netos del renglón 16 de la declaración tributaria con los reembolsos de gastos de administración y de siniestros cuyos valores no son detraibles de la partida que la ley fiscal define como ingresos netos para las compañías de seguros, la Sala habrá de mantener la decisión de la Administración de no disminuir los ingresos netos declarados con los reembolsos de gastos de administración y de siniestros. No prospera el cargo.

El segundo punto de la controversia se refiere a la exclusión de la base de cálculo de los ingresos netos de la partida por concepto de pérdidas ($81.506.000) que, a juicio de la actora, por constituir éstos, costos de contratos no proporcionales, una prima cedida, deben disminuir los ingresos base de cálculo de la renta presuntiva (numeral 2, artículo 3 del Decreto 353 de 1984).

Acerca de esta apreciación de que el rubro glosado propiamente no es un costo sino una prima cedida que debe disminuir los ingresos netos, la Sala considera que los argumentos y pruebas allegadas no desvirtúan el carácter de costo que registra el estado de Ganancias y Pérdidas el cual fue examinado y verificado por la Administración mediante visita practicada a la Reaseguradora. Por lo tanto no prospera el cargo.

El tercer punto de debate se refiere a las "comisiones sobre primas aceptadas" por valor de $1.708.426.000 que la actora pretende se tengan como DESCUENTOS al tenor del inciso 3 del artículo 15 de la Ley 9a de 1983 y artículo 3, parágrafo 1 del Decreto 353 de 1984.

En cuanto a este aspecto la Sala precisa que, si bien el inciso 3 del artículo 39 del Decreto 2053 de 1974 preceptúa que de los ingresos de toda procedencia realizados en el año gravable se restan las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo, la partida cuestionada **no es descuento**, devolución o rebaja (artículo 15 *ibidem*) sino que corresponde a COMISIONES sobre primas aceptadas, motivo por el cual no pueden disminuirse los ingresos netos declarados ($8.408.225.000) porque fiscal y contablemente la suma de A$1.708.426.000 hace parte de la partida de otros costos y deducciones del renglón 23 (($8.265.942.337).

Por último, conviene relievar lo expuesto por la parte demandada sobre este tema:

> "...en el caso de la renta bruta especial en la actividad aseguradora, por ingresos netos debe entenderse el valor de toda procedencia realizado en el año o período gravable, menos las devoluciones, cancelaciones y rebajas hechas durante el mismo, sin que se contemple en forma alguna el concepto de comisión controvertido en el *sub-lite*, y es que no pueden confundirse las rebajas o descuentos en una transacción con la comisión que percibe alguna de las partes. En efecto, en el negocio de seguros la Prima es el precio constituyéndose en uno de los elementos esenciales del contrato, por lo tanto establecido éste entre las partes contratantes iniciales no puede variarse posteriormente como consecuencia del contrato de reaseguro porque en virtud de éste el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha

contraído con el tomador o asegurador y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato del seguro.

"Y la comisión planteada es un ingreso reconocido por Reaseguradora Hemisférica a las compañías que le han cedido contratos de seguros y no tiene efecto que se calcule sobre un porcentaje de la prima aceptada.

"Por lo tanto se concluye que este pago constituye una deducción en cabeza de la recurrente que afecta el cálculo de la renta líquida por el sistema ordinario, pero no el de la renta presunta sobre ingresos la cual solo puede ser afectada de acuerdo con el artículo 185 del Estatuto Tributario por las primas diferentes de las retenidas y por el reintegro de la reserva técnica, si está incluída en el cálculo de los ingresos. (Fls. 358/359).

El cuarto y último punto en discusión es el atinente a la exoneración de la sanción por inexactitud cuyos reparos formula la parte demandada en el recurso de apelación.

La Sala comparte los puntos de vista expuestos por la Administración Tributaria y por lo tanto habrá de revocar la decisión del Tribunal en razón de que en el *sub-exámine* no se presenta diferencia de criterios puesto que las respectivas normas indican claramente qué se entiende por ingresos netos de las Compañías de Seguros para efectos de determinar la base de cálculo de la renta presuntiva y cuál es el proceso de depuración que se debe llevar a cabo para llegar a este resultado, no pudiéndose entonces afectar los ingresos netos ($8.408.225.000) con los reembolsos de gastos de administración y de siniestros, con los costos de exceso de pérdidas ni con las comisiones sobre primas aceptadas, pues la ley solo permite detraer de tales ingresos netos las primas diferentes de las retenidas y el valor del reintegro de la reserva técnica o matemática, si estuviere incluida en el cálculo de los ingresos. Prospera el cargo.

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:

1. REVOCASE la sentencia de 18 de agosto de 1994 proferida en el juicio 8965 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por REASEGURADORA

HEMISFERICA S.A. Nit. 860.075.926 en relación con el impuesto de renta del año gravable de 1987.

2 DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

3. RECONOCESE PERSONERIA a la doctora Ivonnie Gallardo Gómez de acuerdo con poder visible a folio 420 del expediente.

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.

REGISTRO MERCANTIL. TERMINO DE REVISION OFICIOSA

Si bien es cierto que la actora según escritura pública se disolvió y liquidó, acto inscrito en el registro mercantil en esta misma fecha, según certificado de la Cámara de Comercio de Manizales, esta circunstancia y la cancelación del registro de vendedores por parte de la Administración, a instancias del representante legal de la sociedad, no tiene el efecto liberatorio que pretende el demandante. Por una parte tratándose de un proceso iniciado durante la vigencia de la misma, puesto que, con vencimiento del término para declarar se inicia el término de revisión de impuestos, no puede pretenderse que por la disolución y consecuente liquidación, la actora se exonere de responsabilidad con relación a la obligación tributaria que resulte del mismo. Olvidan que la sociedad liquidada de conformidad con los artículos 222, 228, 230, 234 y 241 del Código de Comercio sigue respondiendo de sus pasivos a través del liquidador, quien la representa.

REPRESENTANTE LEGAL - Obligaciones. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. SUJETO PASIVO DE OBLIGACION TRIBUTARIA

De conformidad con el artículo 123 del Decreto 2503 de 1987 (codificado en el art. 847 del Estatuto Tributario) el representante legal está obligado a informar a la Administración de Impuestos cuando se liquide la sociedad, con el fin de que esta le comunique sobre los créditos fiscales a cargo de la sociedad, objeto de la liquidación. Si omite esta obligación, será solidariamente responsable por las deudas insolutas que sean determinadas por la Administración. Del hecho de que el artículo 26 de la Ley 75 de 1986 (art. 793 del E.T.) establezca responsabilidad solidaria en el pago de los impuestos, no se deduce que los actos administrativos por los cuales se determina la obligación tributaria deban ser notificados a los socios de la sociedad liquidada, pues como se observa, los mismos determinaron la obligación tributaria por un año gravable en el cual se encontraba vigente

la sociedad, fue correcto el proceder de la Administración de Impuestos al notificarlos al representante legal de la misma, por consiguiente no se configura la supuesta "falta de sujeto pasivo" del impuesto de renta, puesto que se trata, de una obligación tributaria correspondiente a un año en que la sociedad era sujeto pasivo del impuesto de renta.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero ponente. *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia.: Expediente Nro. 5404. Actor. Cosméticos de Caldas Ltda. Apelación: Sentencia del 30 de noviembre de 1993. Tribunal Administrativo Caldas-Impuestos. Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia del 30 de noviembre de 1993, por la cual el Tribunal Administrativo de Caldas acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la Sociedad COSMETICOS DE CALDAS LTDA. NIT: 90.806.984 para impugnar la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1986-

ANTECEDENTES:

La sociedad actora presentó declaración tributaria del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1986, el día 27 de abril de 1987, en la ciudad de Manizales, radicación No. 0000572-2732, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a cargo en la suma de $214.038.oo y un anticipo para el año de 1987 de $90.022.oo. Esta declaración fue objeto de corrección mediante declaración presentada el día 19 de noviembre de 1987, aumentando el impuesto a cargo a la suma de $265.697.oo y el anticipo para 1987 a $109.394.oo

Mediante requerimiento ordinario No. 00035 del 14 de marzo de 1990, la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos de Manizales le solicitó a la sociedad información acerca de los rubros de la declaración de renta: compras de productos terminados y mercancías, acreedores y proveedores nacio-

nales y deducciones realizadas. En respuesta a este oficio se manifestó que la sociedad Cosméticos de Caldas Ltda. Había sido disuelta y liquidada definitivamente y que adjuntaba copia de la escritura pública de liquidación y del certificado de la Cámara de Comercio de Manizales en donde constaba el hecho. Que así mismo adjuntaba copia del Auto No. 28 del 15 de noviembre de 1988 por el cual se había cancelado el registro nacional de vendedores.

Con fecha 25 de abril de 1989, la Unidad de Fiscalización libró el Requerimiento Especial No. 000053, en el cual anunció la modificación a la liquidación privada del año gravable de 1986, en lo concerniente a los rubros correspondientes a: acreedores y proveedores nacionales, devoluciones, rebajas y descuentos, compras de productos terminados y mercancías, total de deducciones realizadas. También propuso sanciones por no enviar información y por inexactitud.

El representante legal oportunamente dio respuesta al anterior requerimiento y para desvirtuar las glosas propuestas remitió certificado de la Cámara de Comercio sobre registro de los libros de contabilidad y representación legal de la sociedad; relación discriminada de: compras, gastos generales, devoluciones y descuentos, acreedores y proveedores nacionales; fotocopias de los pagos por retención en la fuente por honorarios y certificados de paz y salvo con entidades parafiscales.

Como quiera que esta respuesta no fue del todo satisfactoria, la División de Liquidación de la misma Administración practicó la liquidación de Revisión No. 00037 del 2 de marzo de 1990, en la cual desconoció compras por valor de $30.612.502, deducciones por $1.678.286, pasivos por valor de $11.821.369, y como consecuencia de ello determinó el impuesto a cargo en la suma de $8.626.000 e impuso sanción por no enviar información y reliquidó el anticipo para el año gravable de 1987.

Contra esta liquidación de impuestos la sociedad interpuso recurso de reconsideración aduciendo nulidad de tal acto administrativo: por falta del sujeto pasivo, por indebida notificación, por omisión de requerimiento especial, por falsa motivación, etcétera e igualmente manifestó su inconformidad con los rechazos y sanción que originaron los mayores impuestos liquidados.

Mediante Resolución No. 024 del 25 de febrero de 1991, la División de Recursos Tributarios resolvió el recurso en sentido parcialmente favorable a las pretensiones del recurrente toda vez que aceptó la mayor parte de los costos y deducciones desestimados, confirmando la sanción por no enviar información.

LA DEMANDA:

Debate la no procedencia de la sanción por no enviar información en cuantía de $2.630.259.oo y la solicitud de nulidad por las causales invocadas en el recurso de reconsideración.

En el título denominado "normas violadas y conceptos de violación" invocó como normas transgredidas por la actuación administrativa acusada, las siguientes: Artículo 26 de la Constitución Nacional, artículos 1502 y siguientes, 1519 y 1741 del Código Civil; artículos 6 y 140 numeral 6o del Código de Procedimiento Civil; artículos 565, 651, 730 numeral 6o, 739 literal c) y 793 del Estatuto Tributario; artículos 14, 28, 34, 44 a 48 y 84 (modificado por el artículo 12 del Decreto 2303 de 1989) del Decreto 01 de 1984; artículos 98, 238 y 245 del Código de Comercio; y el artículo 3o del la Ley 52 de 1977.

Advirtió que las causales de nulidad son las mismas invocadas con ocasión del recurso de reconsideración, las cuales dijo recaen sobre la liquidación oficial por falta de sujeto pasivo porque el contribuyente Cosméticos de Caldas Ltda., desapareció de la vida jurídica el 1 de septiembre de 1988; por indebida notificación y falta de integración del litis consorcio necesario, ya que no se notificaron los actos administrativos a las personas directamente responsables, pues debió ser a los ex-socios de la compañía por encontrarse liquidada.

Es decir, que la liquidación fue expedida de manera irregular por indebida notificación de los actos previos y definitivos y por la omisión del requerimiento especial.

De igual modo expresó que se violaron las normas a las cuales debieron sujetarse los actos administrativos, por lo cual es improcedente la sanción por el no envío de la información con la respuesta al requerimiento ordinario, toda vez que si la omisión es subsanada con anterioridad a la notificación de la liquidación de revisión, no habrá lugar a aplicarla, máxime cuando la información fue solicitada a un ente jurídico inexistente puesto que ya había sido liquidada definitivamente.

LA PARTE OPOSITORA:

Expresó que la Administración no ha incurrido en ninguna de las violaciones que señala la parte demandante, porque en primer lugar, el artículo 123 del Decreto 2503 de 1987, hoy artículo 847 del Estatuto Tributario, consagra la obligación por parte del representante legal o liquidador de informar sobre la liquidación de

una sociedad, sin que ello quiera decir que desaparece el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

En cuanto a la indebida notificación y falta de integración del litis consorcio necesario, señaló que para efectos de la notificación de los actos de la administración, ésta tiene sus propias normas especiales, como son los artículos 565 y 793 del E. T., sin que sea necesario acudir a disposiciones generales como las del Código de Procedimiento Civil, por lo que no es aplicable la figura del litis consorcio, porque además, se trata en este caso de una relación jurídica del Estado con un contribuyente.

Aclaró que los ex-socios no son terceras personas frente a la sociedad, y sus derechos y obligaciones están comprendidos dentro de la personalidad jurídica de ésta, por lo cual, le son aplicables todas las normas relacionadas con la calidad del declarante y contribuyente.

Con relación a la improcedencia de la sanción por no enviar información con la respuesta al requerimiento ordinario, observó que el artículo 632 del Estatuto Tributario consagró una nueva obligación formal en materia tributaria diferente de la de declarar y pagar el tributo, la cual consiste en el deber de informar. Y, aunque la sociedad ya había sido disuelta y liquidada definitivamente, el requerimiento ordinario fue notificado legalmente y por tanto surte efectos jurídicos, debiendo ser cumplida la obligación por su representante legal o liquidador, ya que estaba pendiente al momento de la liquidación de la sociedad.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 30 de noviembre de 1993, acogió las súplicas de la demanda considerando que, como el adquiriente de los derechos de la sociedad disuelta y liquidada había dado cabal cumplimiento a todos los trámites legales relacionados con esa operación e incluso haber obtenido de la Dirección de Impuestos la cancelación del registro nacional de vendedores, debía entenderse por parte de terceros y, entre ellos, la Administración de Impuestos que la sociedad ya no tenía vida jurídica.

Por tanto estimó que para efectos de los impuestos del año gravable 1986, debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 793 del Estatuto Tributario y por ende vincular al proceso a los socios, no a la sociedad como lo hizo, por cuanto ésta jurídicamente ya no existía. Por consiguiente, concluyó que como el requerimiento especial y la liquidación de revisión se notificaron a una persona jurídica inexistente, ésta es nula por no haberse vinculado a los señores Luis Hernán Colonia Na-

ranjo como liquidador y a los señores Gonzalo Arteaga Jaramillo y Blanca Inés Alvarez Naranjo, ex-socios de la sociedad.

En consecuencia, declaró la nulidad de la operación administrativa acusada y declaró en firme la liquidación privada que por el año gravable de 1986, había presentado la Sociedad.

LA APELACION:

El apoderado judicial de la Administración manifiesta que discrepa de la decisión del Tribunal, porque si bien es cierto que conforme a la escritura No. 4175 de la Notaría Cuarta de Manizales, la sociedad Cosméticos de Caldas Ltda., se disolvió y liquidó, para la época en que este hecho ocurrió, ya estaba en vigencia el Decreto 2503 de 1987, que estableció la "obligación del representante legal o liquidador de informar sobre la liquidación de sociedades a la Oficina de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales, y que ello no aparecía demostrado en el proceso.

Advierte que, el hecho de que hubiera cancelado el registro nacional de vendedores como responsable del impuesto a las ventas, no exonera a la sociedad de las demás obligaciones tributarias como las relacionadas con el impuesto de renta. Por otra parte, aclara que por el año gravable de 1986, la sociedad era sujeto pasivo del impuesto de renta y en tal virtud presentó la correspondiente declaración cuyo proceso de revisión no se termina, por el hecho de la disolución y liquidación de la misma, y tampoco, que por ello, los actos administrativos deban ser notificados a persona diferente, como quiera que el sujeto pasivo sigue siendo la sociedad, no los socios, y que diferente es la situación para efectos del cobro de los impuestos, en el cual sí cuenta el principio de solidaridad de los socios, para efectos del pago de los correspondientes impuestos.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El representante judicial de la entidad demandada al alegar de conclusión, advierte que la causal de nulidad invocada por la supuesta falta del sujeto pasivo "al no vincular al proceso oficial de determinación del tributo, a todas las personas que pudieran resultar solidarias o subsidiariamente responsables de los impuestos a cargo del ente jurídico desaparecido, o definitivamente liquidado, lo cual generó la (...) falta de integración del litis consorcio..." no debe prosperar, porque para efectos de las notificaciones de los actos de la Administración de Impuestos existen normas especiales sin que pueda acudirse a las normas generales del Códi-

go de Procedimiento Civil. Observa que la figura del "litis consorcio necesario" no tiene aplicación en el debate gubernativo, toda vez que no se está frente a una litis propiamente dicha, sino frente a un proceso administrativo de determinación del impuesto.

De igual modo, estima inaceptable la interpretación que del artículo 793 numeral b) del Estatuto Tributario hizo el demandante y que acogió el Tribunal, por cuanto la responsabilidad solidaria es para el pago de los impuestos, no para efectos de la notificación de los actos administrativos.

Por otra parte, señala que frente a la taxatividad de las causales de nulidad de las liquidaciones de revisión, la Corporación se ha pronunciado en el sentido de que sólo son causales de nulidad consagradas en el artículo 57 de la Ley 52 de 1977, o, en otras, de la misma especialidad, según el numeral sexto de la misma norma, según sentencias del 6 de diciembre de 1991, expediente 2789, y del 18 de septiembre de 1992, expediente No. 3624.

El apoderado judicial de la parte actora no presentó alegato de conclusión en esta instancia del proceso y la Procuradora Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, tampoco intervino en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La litis en esta instancia se contrae a determinar si por la circunstancia de haber sido disuelta y liquidada la sociedad actora, según Escritura Pública número 4.175 del 1 de septiembre de 1988, (inscrita en el registro mercantil en esta fecha), los actos administrativos relacionados con el impuesto de renta por el año gravable de 1986, Requerimiento Especial No. 000053 del 25 de abril de 1989, y la liquidación de revisión No. 00037 del 2 de marzo de 1990, son nulos, por haberse notificado a una persona jurídica inexistente, por "falta de sujeto pasivo".

Para la Sala, contrario a lo que estimó el Tribunal, si bien es cierto que la sociedad Cosméticos Caldas Ltda., según Escritura Pública número 4175 del 1 de septiembre de 1988, se disolvió y liquidó, acto inscrito en el registro mercantil en esta misma fecha, según certificado de la Cámara de Comercio de Manizales, esta circunstancia y la cancelación del registro de vendedores por parte de la Administración, a instancias del representante legal de la sociedad, no tiene el efecto liberatorio que pretende el demandante.

Por una parte, tratándose de un proceso iniciado durante la vigencia de la misma, puesto que, con vencimiento del término para declarar se inicia el término

de revisión de impuestos, no puede pretenderse que por la disolución y consecuente liquidación, la sociedad se exonere de responsabilidad con relación a la obligación tributaria que resulte del mismo. Olvida el apoderado de la actora, que la sociedad liquidada de conformidad con los artículos 222, 228, 230, 234 y 241 del Código de Comercio sigue **respondiendo de sus pasivos a través del liquidador,** quien la representa.

Y, que de conformidad con el artículo 123 del Decreto 2503 de 1987, (codificado en el artículo 847 del Estatuto Tributario) el representante legal está obligado a informar a la Administración de Impuestos cuando se liquide la sociedad, con el fin de que ésta le comunique sobre los créditos fiscales a cargo de la sociedad, objeto de la liquidación. Si omite esta obligación, será solidariamente responsable por las deudas insolutas que sean determinadas por la Administración. En efecto, dice así el parágrafo de la norma en cita:

> "Los representantes que omitan dar el aviso oportuno a la administración y los liquidadores que desconozcan la prelación de créditos fiscales serán solidariamente responsables por las deudas insolutas que sean determinadas por la administración, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 26 de la Ley 75 de 1986, entre los socios, accionistas y la sociedad".

Es evidente, entonces, que para efectos de la "notificación" de las obligaciones fiscales "pendientes", el representante legal estaba obligado a informar acerca del hecho a la Administración de Impuestos, concretamente a la "División de Cobranzas" obligación que no puede entenderse cumplida con la petición que en el *sub-lite* elevó la sociedad a la División de Fiscalización para efectos de la cancelación del registro nacional de vendedores.

Del hecho de que el artículo 26 de la Ley 75 de 1986 (artículo 793 del Estatuto Tributario) establezca responsabilidad solidaria en el pago de los impuestos, no se deduce que los actos administrativos por los cuales se determina la obligación tributaria deban ser notificados a los socios de la sociedad liquidada, como lo consideró el Tribunal, pues si, como se observó, los mismos determinaron la obligación tributaria por un año gravable en el cual se encontraba vigente la sociedad, fue correcto el proceder de la Administración de Impuestos al notificarlos al representante legal de la misma, señor Gonzalo Arteaga Jaramillo, por consiguiente, no se configura la supuesta "falta de sujeto pasivo" del impuesto de renta, puesto que se trata, de una obligación tributaria correspondiente a un año en que la sociedad era sujeto pasivo del impuesto de renta.

Así las cosas, para la Sala no existe indebida notificación del requerimiento especial y de la liquidación de revisión, y por ende, no se configura la causal de nulidad invocada.

Por lo demás, aclara la Sala, que las causales de nulidad que consagra el Código de Procedimiento Civil, no son de aplicación a las actuaciones administrativas de liquidación de impuestos, pues las establecidas en dicha normatividad son "nulidades procesales" respecto de los procesos judiciales. Las causales de nulidad de los mencionados actos administrativos, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, están expresamente señaladas en la legislación tributaria (artículo 730 del Estatuto Tributario), por lo que no es procedente acudir a otras ramas del derecho para invocarlas. Por tanto, la pretendida configuración del "litis consorcio necesario" está fuera de contexto dentro de la actuación administrativa, toda vez que ésta es propia de los procesos judiciales.

En consecuencia, es procedente como lo solicitó el apelante, revocar la sentencia del Tribunal, y en su lugar desestimar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia apelada.

2o. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. 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 Sección, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario

SUSTRACCION DE MATERIA. VIGENCIA DE LA LEY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DEROGATORIA DE LA LEY. RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA

El estado actual de la jurisprudencia de la Sala Plena, es el de admitir que aún respecto de los actos administrativos que ya no conservan su vigencia, debe pronunciarse la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues tal como se sostiene en la providencia del 14 de enero de 1991 "no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así este sea de carácter general e impersonal.... Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que él protege y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho". No se comparte la motivación que se tuvo en cuenta para proferir el auto ocurrido, pues considera que sí existe materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento jurisdiccional, ya que los actos administrativos demandados tienen aún vida jurídica, en la medida en que no han sido derogados, ni sustituidos, revocados o modificados en alguna forma por la Administración, ni anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., Diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia.: Expediente No. 5981. Actor: Pablo José Acuña Fergusson. Recurso Ordinario de Súplica. Auto.

Decide la Sala el recurso ordinario de súplica interpuesto por el señor Pablo José Acuña Fergusson, en su calidad de demandante, contra el auto de Sala Unitaria proferido por el doctor Guillermo Chahín Lizcano, el 18 de enero de 1995, y mediante el cual se inadmitió la demanda de nulidad instaurada por el demandante.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. el ciudadano Pablo José Acuña Fergusson, en nombre propio, presentó demanda de nulidad contra el artículo sexto de la Resolución No. 0699 del 5 de agosto de 1993 y el artículo 3 de la Resolución No. 1883 del 21 de octubre de 1993, expedidas por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales.

A través de auto de Sala Unitaria, proferido el 18 de enero de 1995 por el Doctor Guillermo Chahín Lizcano, se dispone inadmitir la demanda de nulidad, "por cuanto los actos demandados ya produjeron sus efectos en el tiempo, lo que conduce a la aplicación de la teoría del decaimiento del acto administrativo, circunstancia que a su turno genera que no exista materia sobre la cual pueda producirse un pronunciamiento jurisdiccional".

EL RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA

Mediante escrito oportunamente presentado, el demandante interpuso recurso de súplica contra la providencia de la Sala Unitaria que inadmitió la demanda, con base en el argumento de que aún cuando los actos administrativos ya tuvieron aplicación, sus efectos aún persisten y para corroborar su afirmación, expone un ejemplo.

Agrega que en jurisprudencia de la Sala, dentro del proceso de nulidad contra los mismos actos, actor Emilio Wills Cervantes, se consideró que los actos administrativos demandados todavía estaban vigentes y surtiendo todos sus efectos legales.

CONSIDERACIONES

Aún cuando sobre el tema de la sustracción de materia para decretar la nulidad de actos administrativos ha existido abundante jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la misma no siempre ha sido uniforme, pues mientras en algunas oportunidades se admitía la sustracción de materia y se pro-

fería fallo inhibitorio, en otras, se avocaba de fondo el estudio del acto demandado para así dictar fallo de mérito.

El estado actual de la jurisprudencia de la Sala Plena, es el de admitir que aún respecto de los actos administrativos que ya no conservan su vigencia, debe pronunciarse la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues tal como se sostiene en la providencia del 14 de enero de 1991, Consejero Ponente, Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, "no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal... Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho".

Ahora bien, la Sala no comparte la motivación que se tuvo en cuenta para proferir el auto recurrido, pues considera que sí existe materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento jurisdiccional, ya que los actos administrativos demandados tienen aún vida jurídica, en la medida en que no han sido derogados, ni sustituídos, revocados o modificados en alguna forma por la Administración, ni anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así mismo, los actos administrativos en cuestión siguen produciendo efectos jurídicos, pues una cosa es que en virtud de los mismos se hayan suspendido unos términos y que dichos términos ya se hayan vencido y otra muy diferente, que los efectos de la suspensión de los términos aún persistan en el tiempo, como sucede en la presente oportunidad y acertadamente lo anota el recurrente.

Las anteriores consideraciones son suficientes para revocar el auto suplicado, y en su lugar, ordenar la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

Revócase el auto suplicado de fecha 18 de enero de 1995, y en su lugar, ordénase la demanda de nulidad instaurada por el señor Pablo José Acuña Fergusson.

Copiése, notifíquese y cúmplase. Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INDEMNIZACION LABORAL. SALARIO - Inexistencia. BONIFICACION OCASIONAL. INGRESO LABORAL GRAVADO

En niguna parte de la sentencia de 17 de abril de 1994, dictada en el proceso 4635, con ponencia del señor consejero Delio Gómez Leyva, dice que, por sí mismo, el pago pactado entre patrono y empleado por retiro voluntario de éste, constituya salario: lo que en la sentencia dictada en el proceso 4635 se expresa textualmente es que, "en la medida en que el pago se haga regularmente, en forma habitual, o que, aún cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y, por lo tanto, es salario", lo cual significa, obviamente que para que el pago adquiera tal connotación, debe obedecer al cumplimiento de una obligación que tenga por fuente la ley, la convención colectiva de trabajo o el propio contrato de trabajo. Dado que el pago en cuestión no se hallaba afecto a obligación laboral alguna que preexistiera a tiempo de la conciliación, evidentemente dicho pago carecía del carácter remuneratorio o indemnizatorio que pretendió atribuirle el actor y de suyo, de la naturaleza de una contraprestación salarial. De hecho, el acta de conciliación dice, claramente, que la partida mayor ofrecida al accionante y que este aceptó espontáneamente "no corresponde a ningún de derecho cierto e indiscutible" del mismo; como lo espontáneo o voluntario, se opone a lo obligatorio, se desvirtúa el alegado carácter salarial del pago en discusión, debiendo considerarse como simple bonificación ocasional, concedida por mera liberalidad del patrono, no exenta y sujeta a retención, pero sin que el hecho de haberse realizado esta tuviere relevancia en el cómputo del término de revisión oficiosa a que se refería el inciso 2o. del art. 75 de la Ley 9a. de 1983.

LEY EN EL TIEMPO. TERMINO PARA REVISION. LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza

Si bien por la época en que el demandante corrigió la declaración de renta del período, continuaba vigente el citado art. 75 de la Ley 9a. de 1983, no

se daba el supuesto de que los términos de revisión o de notificación del requerimiento especial hubieran empezado a correr y, por aplicación del art. 40 de la Ley 153 de 1887, debieron regirse hasta su conclusión por el mismo precepto, toda vez que el de revisión solo habría de iniciarse a partir de la solicitud en forma de la devolución o compensación del crédito registrado en la declaración corregida y el de requerimiento, no se tenía previsto aún como pauta de la firmeza de la liquidación privada; en el caso como la solicitud de devolución aparece presentada el 14 de julio de 1989 cuando se encontraba en vigor el art. 53 del Decreto 2503 de 1987, resulta perfectamente clara la inaplicabilidad de éste en cuanto al cómputo del término para notificar el requerimiento y la eventual firmeza de la liquidación privada en el sentido de que dicho término debía entenderse iniciado el mencionado 14 de julio de 1989 y por lo tanto, la firmeza de la liquidación privada, debía tener lugar, "si dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia.: Radicación 5911. Apelación sentencia de 18 de agosto de 1994 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986. Actor. Dimas Leonel Puerto Franco. Fallo

DIMAS LEONEL PUERTO FRANCO, por conducto de apoderado, apela de la sentencia de primer grado, de 18 de agosto de 1994, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1986, promovido contra la liquidación de revisión No. 501156 de 23 de junio de 1992 y la resolución No. 60310132 de 23 de julio de 1993, expedidas por las Divisiones de Liquidación y Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cundinamarca.

Sobre el recurso, cumplido el trámite propio de la instancia, procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, el acto liquidatorio impugnado rechazó "ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional" ($2.929.143), por tratarse de

"bonificación" no constitutiva de daño emergente, y "rentas exentas" ($17.142.542), en cuanto a la "bonificación por mera liberalidad o convenio voluntario" no estaría expresamente prevista en la ley como exenta, habiéndose aplicado sanción por inexactitud ($9.634.408); se dispuso, igualmente, un reintegro ($6.220.334) como "devolución improcedente". El acto fue confirmado íntegramente en la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Dice violados los artículos 29, 83, 209 y 363 de la Constitución; 40 de la Ley 153 de 1887; 15 del Decreto 2053 de 1974; 17 del Decreto 187 de 1975; y 71 y 75 de la Ley novena de 1983; también la "Ley 52 de 1977", el "decreto extraordinario 3803 de 1982" y los artículos 638, 684, 705, 710 y 779 del Estatuto Tributario.

Explica, que la liquidación privada del período se encuentra en firme, pues, para la fecha en que se presentaron y su corrección ("es decir, para abril y junio de 1987"), regían la Ley 52 de 1977, el Decreto 3803 de 1982 y la Ley 9a de 1983 y, específicamente, de esta última el artículo 75, según el cual, la liquidación oficial debía notificarse dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración o su corrección que, en el caso, habría tenido lugar (se alude a la corrección) el 26 de junio de 1987, por lo que la liquidación de revisión impugnada, de 22 de junio de 1992, resultaría extemporánea.

Afirma que la administración, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, estimó regulado el punto por el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987 (o 714 del Estatuto Tributario), como norma procesal de aplicación inmediata, sin advertir que, de conformidad con el artículo 41 de la misma Ley 153, la prescripción iniciada al amparo de una ley, que no se hubiere completado cuando se promulgó otra, podía regirse por la primera o la segunda, a elección del prescribiente, habiendo elegido éste, en el caso, el régimen de la citada Ley 9a de 1983, con lugar a la firmeza de su liquidación privada; igualmente, que se denegó carácter salarial al pago recibido por el declarante, pretendiéndose desvirtuar el hecho de que, dada la porcentualidad de las retenciones practicadas a dicho pago, procedía aplicar la excepción del inciso 2 del mencionado artículo 75 de la Ley 9a, en lo referente al cómputo del término de la revisión oficiosa, desconociéndose que la norma hacía relación a salarios, "pero no en sentido restrictivo a lo que únicamente considera la C.J.T. como tal, sino a todos los ingresos provenientes de la relación laboral, hoy conocidos como ingresos laborales, acepción mucho más amplia que fue posteriormente incluída en el Estatuto Tributario", y que de no ser salario el pago en cuestión, no se le habría aplicado la tabla de retención correspondiente

a ingresos laborales, como se hizo. Lo expuesto, estaría avalado por el artículo noveno del Decreto 400 de 1987, "el cual asimila el mismo procedimiento de retención para las indemnizaciones por despido injustificado y las bonificaciones por retiro voluntario o de común acuerdo".

Anota, que la declaración de improcedencia de la devolución, contenida en la liquidación de revisión, es también nula, por haberse proferido por fuera del término de dos años previsto por el artículo 670 del Estatuto Tributario que debían contarse desde la fecha de la devolución o compensación improcedente, pues siendo la resolución de devolución de 17 de agosto de 1989, el término de que se habla habría vencido el 17 de agosto de 1991, lo que estaría corroborado por los artículos 638 y 705 y 710 ib., el primero, relativo al lapso de prescripción de las sanciones, y los restantes, a que la inspección tributaria no suspende el término de imposición de éstas. Adicionalmente, el auto comisorio de 25 de junio de 1991, sería improcedente, ya que, debiendo tener finalidad, conforme a los artículos 684 y 779 ib., la inspección de la contabilidad del contribuyente, el mismo reflejaría, "la intención de la Administración de recurrir a este tipo de argucia para extender un término ya prescrito", toda vez que aquel era "un simple asalariado, no obligado por las normas del Código de Comercio o las tributarias a llevar contabilidad".

Finalmente, sostiene que las normas tributarias excluyen del carácter de renta, "una parte de las indemnizaciones" y contemplan como exento, "lo recibido por concepto de pensiones", según se desprendería de los artículos 15 del Decreto 2053 de 1974 (o 26 del Estatuto Tributario) y 17 del Decreto 187 de 1975, y lo expuesto en el concepto DIN 22029 de 3 de septiembre de 1986, que "asimila, para los efectos fiscales, la indemnización por despido injustificado del trabajador y la que se paga por el mismo concepto en forma amigable y acordada entre patrono y trabajador", interpretación que estaría respaldada por el artículo noveno del Decreto 400 de 1987.

Añade que, por presunción del Código Civil, "en toda indemnización va (sic) implícito (sic) el daño emergente y el lucro cesante", por lo que, cuando el contribuyente recibió del patrono las sumas de que se trata, "se levantó un acta de conciliación laboral que deja en claro que las sumas recibidas están encaminadas a cubrir las responsabilidades patronales señaladas en las leyes laborales, es decir, la indemnización y la pensión sanción. No se trata de un convenio para el pago de futuras pensiones de jubilación, por cuanto la compañía había venido cotizando al Instituto de Seguridad Social, como lo pretende el funcionario (de recursos), sino de entregar al trabajador una suma que cubra las obligaciones que el Código Sustantivo del Trabajo señala al patrono, cuando dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, de acuerdo con las condiciones de cada trabajador"; así que el

tratamiento fiscal dado en la declaración del ejercicio a las discutidas sumas, se ajustaría a las normas tributarias, laborales y civiles.

LA SENTENCIA

Desestima la excepción de inepta demanda, fundamentada por la opositora en la falta de explicación del concepto de violación de los preceptos constitucionales invocados por la accionante, considerando que los conceptos expresados respecto de la alegada infracción de otras normas eran suficientes para decidir en el fondo.

En relación con los cargos de la demanda, encuentra que la norma aplicable al caso, era la del artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 (en lo que no habría discrepancia con las partes) puesto que en el momento de presentarse por el contribuyente la corrección de su declaración (el 26 de junio de 1987) "aún no se habían expedido ni el Decreto 2503 (de 1987) ni el Estatuto Tributario".

Del mismo modo, que, en el caso, cabía la suspensión de términos prevista por los artículos 706, 707, 708 y 710 del Estatuto Tributario, por lo cual tanto el requerimiento especial como la liquidación de revisión debían entenderse notificados oportunamente, sin lugar a la alegada firmeza de la liquidación privada.

Por lo que hace a la naturaleza de la "indemnización" percibida por el contribuyente, dice que el concepto DIN citado por éste, "resuelve (sic) aspectos relativos a la retención aplicable y por ello no es de recibo en este debate"; de otra parte, que el artículo 19 de la Ley 54 de 1977 establecía "el régimen fiscal de las indemnizaciones por despido injustificado", pero que el mismo fue derogado por el artículo 108 de la Ley 75 de 1986, encontrándose, no obstante, que el artículo 35 de ésta, invocado por la administración fijaba expresamente las rentas exentas, sin que el mismo incluyera, "ni la compensación por retiro voluntario, ni la indemnización por despido sin justa causa"; igualmente, que en el "acta de concialiación", suscrita por el contribuyente y su empleador (IBM de Colombia, S.A.), no se señalan expresamente, "aspectos que queden excluidos del arreglo, por lo cual éste ha de entenderse total y no parcial; por tanto, no puede determinarse ni que la indemnización sea por despido no justificado, pese a que ésta no tiene el carácter de renta exenta (...), ni que se trate de un pacto por concepto de pensiones futuras de jubilación..."; asimismo, a partir de lo dispuesto por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que la partida de ingreso en cuestión, no era retribución por servicios, pues se pagaba con motivo de la terminación del contrato de trabajo, y que si bien constituía "pago laboral", no lo era por concepto de salarios, pues obedecía "no a la ejecución del contrato laboral sino a su terminación, por lo

cual no puede considerarse como renta exenta, como equivocadamente lo hizo el contribuyente..."

Respecto del argumento de que, en materia tributaria, hubiera similitud entre la indemnización por despido injustificado "y la que se paga por terminación del contrato en forma amigable y acordada entre patrono y trabajador", dice que, "ella solo tiene tales efectos en relación con la retención en la fuente, mas no por ello puede aceptarse que se trate de renta exenta, máxime cuando la primera tampoco se incluye como tal en la indicada disposición tributaria (alude al artículo 35 de la Ley 75 de 1986), frente a la cual no tienen incidencia alguna los conceptos de daño emergente y lucro cesante..."

Sobre la "prescripción de la sanción", puntualiza que si bien, por haberse efectuado la devolución el 17 de agosto de 1989, el plazo previsto por el artículo 670 del Estatuto Tributario habría vencido el 17 de agosto de 1991 (mientras que la declaración de improcedencia de la devolución se había producido con la liquidación impugnada, de 23 de junio de 1992), dicho término habría sido suspendido, "por razón de la práctica de inspección tributaria, prueba que, según lo dispuesto en el artículo 779 del Estatuto Tributario, puede comprender, o no, la exhibición y el examen pericial o general de la contabilidad, tanto del contribuyente como de terceros obligados a llevarla, suspensión anotada (sic) en el artículo 706 ib."; y que habiéndose aplicado "la sanción pertinente, dentro del proceso ordinario de determinación del impuesto, el requerimiento especial practicado el 11 de octubre de 1991 fue oportuno, si se tiene en cuenta que el demandante cuestiona la suspensión del término sin referirse a la duración de la prueba; así las cosas, el contribuyente dispuso de tres meses para contestar el requerimiento especial y la Administración, a partir del 11 de enero de 1992, contaba con seis meses para notificar la liquidación oficial, lo cual se hizo el 23 de junio de 1992, o sea, oportunamente..."

Agrega, que como "la sanción" fue impuesta en la liquidación de revisión, medio autorizado por el artículo 637 ib., la facultada para aplicarla no habría prescrito, de conformidad con el artículo 638 ib.

EL RECURSO

Insiste en la nulidad de la liquidación oficial, por extemporaneidad en la notificación, tanto del requerimiento especial como de la propia liquidación, con base en la aplicabilidad, al caso, del artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, y la "naturaleza jurídica" del pago recibido por el actor que, de acuerdo con lo definido en la sentencia de 17 de abril de 1994, proceso número 4635, "proferida por la

Sección Cuarta del Consejo de Estado, Consejero Ponente Doctor Delio Gómez Leyva", sería una bonificación constitutiva de salario, sobre la que se habrían practicado retenciones en la fuente que representaban "más de un ochenta por ciento del total de las retenciones practicadas durante 1986", lo que habría dado lugar a que, por aplicación del citado artículo, quedara en firme la liquidación privada al no haberse notificado liquidación oficial dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración del período y su corrección, pero que aún en circunstancias de que el discutido pago no se tuviera por salario, la notificación de tal liquidación, realizada el 23 de junio de 1992, habría sido extemporánea, habiéndose efectuado la devolución de los sobrantes de retención, el 14 de julio 1989.

En lo tocante a la "improcedencia de la devolución" mantenida por la Administración y el Tribunal, repite que la correspondiente declaración debió producirse "dentro de los dos años siguientes al momento en que se ordenó la devolución", no siendo aplicables al caso los artículos 637 y 638 del Estatuto Tributario, invocados en la sentencia, por no tratarse de "la imposición de sanciones sobre las declaraciones tributarias", que constituirían los supuestos de hecho de tales disposiciones. Adicionalmente, por lo que concierne a la inspección tributaria, se enfatiza en la necesidad de un pronunciamiento de esta Corporación en el punto, "para terminar con esta táctica dilatoria de la Administración de Impuestos, que sencillamente ordena su práctica pero nunca se da cumplimiento a ella..."

Por último, se reafirma en que, "las normas fiscales consideran como no constitutivas de renta, una parte de las indemnizaciones ("el 30% de lo recibido por concepto de indemnización laboral") y como exento, lo recibido por concepto de pensiones", pues aunque el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974, según lo sostuvo la sentencia, había sido derogado expresamente por el artículo sexto de la Ley 27 de 1969, la presunción de que en toda indemnización van implícitos el daño emergente y el lucro cesante, habría sido reproducida por el artículo 19 de la Ley 54 de 1977, vigente para cuando se concilió (en Diciembre de 1985) y efectuó el pago en cuestión (en enero de 1986) así este artículo fuera, a su vez, derogado por el 35 de la Ley 75 de 1986, lo cual significaría, "que el 30 por ciento de lo recibido por la indemnización, era renta exenta, y el 70 por ciento sí era gravable, tal como lo hizo el contribuyente en su denuncio rentístico.

Por lo demás, el "acta de conciliación laboral" habría dejado en claro que el pago de que se habla, se hacía para "cubrir las responsabilidades patronales señaladas en las leyes laborales, es decir, la indemnización y la pensión sanción" a la última de las cuales tendría derecho el trabajador, conforme al artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, "por laborar más de diez años y ser despedido sin

justa causa". Así, una parte del pago obedecería exclusivamente "al pacto de la pensión sanción, que por ley, conserva la misma naturaleza de la pensión de jubilación y por ende, se encuentran exentos los primeros $170.000 por mes, que multiplicados por diez años (hasta el momento en que debe ser asumida por el I.S.S.) dan un monto total exento de $17.000.000, que exceden en cinco millones la cifra única recibida..."

En su alegato de conclusión, el actor repite los argumentos fundamentales de la demanda y el recurso.

ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

Niega que el asunto definido en el fallo de esta Corporación, invocado por el apelante, tuviera alguna similitud con el actualmente discutido, pues, mientras aquel, "tuvo como referencia el pago de una bonificación por retiro voluntario, que le fue reconocido a los contribuyentes con fundamento en lo prescrito en una convención colectiva", éste versaría sobre sumas pagadas por concepto diferente, supuesto que una parte de las mismas ("$1.399.956.38) correspondería a "salarios y otros pagos laborales adeudados hasta la fecha en que se celebró la audiencia de conciliación, derechos ciertos sobre los cuales no podía existir acuerdo entre las partes por cuanto la ley lo prohíbe", y la parte faltante ($26.810.784), tenía por objeto, "cubrir el valor de los derechos inciertos y discutibles que podría haber planteado (el demandante) en un proceso", no pudiendo atribuirse a este pago, "el carácter de bonificación por terminación del contrato de trabajo, por cuanto las normas vigentes para la época de los hechos no consagraban esta posibilidad (...) y en el acta de conciliación el pago no fue calificado como bonificación..."; de conformidad con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, de la primera parte del pago solo constituirían salarios, "los sueldos pendientes", sobre los que se habría practicado una retención en la fuente que no representaba "el 80 por ciento del total de las retenciones que le fueron practicadas al contribuyente durante la vigencia fiscal analizada"; en tanto que la segunda parte, no podría tenerse como salario, por ser éste un derecho cierto e indiscutible, no suceptible de negociación, tratándose de "una suma que, ocasionalmente y por mera liberalidad, recibió el trabajador del empleador", a más de no ser la misma, "una contraprestación directa del servicio"; tampoco tendría el carácter de exenta, por no ser el "reconocimiento de pensiones futuras" que pretende el accionante, siendo tal pensión, igualmente, un derecho cierto e indiscutible que pudiera ser materia de acuerdo entre las partes, aparte de estar demostrado en el proceso que el demandante había permanecido al servicio de IBM por 21 años, tres meses y seis días, lo que suponía "la cotización de las quinientas semanas que se exige por tener dere-

derecho a dicho reconocimiento (...) y ello no podía ser objeto de acuerdo entre las partes y mucho menos incluirse en un pago que en ningún momento hizo alusión a la pensión del trabajador.

Respecto de la "posible prescripción del término" de revisión, sostiene que éste, según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por haber empezado a correr ya, se debía regir "por la ley anterior", para el caso, el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, habiéndose presentado "la última corrección de la declaración" el 26 de junio de 1987 y teniendo en cuenta que el citado artículo 75 preveía que, cuando la liquidación privada arrojara saldos a favor, ésta quedaba en firme dos años después de presentada la solicitud de devolución que, en el caso, lo había sido el 14 de julio de 1989; pero que, dado que el término de dicha firmeza, "fue suspendido por el período de tres meses que duró la inspección tributaria y posteriormente quedó interrumpida (sic) con la notificación del requerimiento especial de fecha 11 de octubre de 1991 (...), la Administración actuó oportunamente...", se "aclara" que por la época en que se presentó la solicitud de devolución, el 14 de julio de 1989, se encontraba vigente el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, "y, en consecuencia, resultaba aplicable a todo procedimiento de revisión, razón por la cual la causal de interrupción del término de firmeza de la declaración debía ser la notificación del requerimiento especial y no de la liquidación de revisión..."

LA SALA CONSIDERA

1. Como acertadamente lo advierte, en su alegato, la demandada, en ninguna parte la sentencia de 17 de abril de 1994, dictada en el proceso 4635, con ponencia del señor Consejero Delio Gómez Leyva, dice que, por sí mismo, el pago pactado entre patrono y empleado por retiro voluntario de éste, constituya salario, lo que ahí se expresa textualmente es que, "en la medida (en) que el pago se haga regularmente, en forma habitual, o que, aún cuando se efectúe por única vez, exista obligación de pagarlo, constituye retribución del servicio y, por lo tanto, es salario", lo cual significa, obviamente, que para que el pago adquiera tal connotación, debe obedecer al cumplimiento de una obligación que tenga por fuente la ley, la convención colectiva de trabajo o el propio contrato de trabajo, según oportunamente se precisó más adelante en la sentencia invocada.

Dado que, en el caso, el pago en cuestión, salvo por la parte menor que resaltó el alegato de la opositora ($1.399.956.38), no se hallaba afecto a obligación laboral alguna que preexistiera a tiempo de la conciliación, evidentemente dicho pago carecía del carácter remuneratorio o indemnizatorio que pretendió atribuirle el actor y, de suyo, de la naturaleza de una contraprestación salarial. De hecho, el

acta de conciliación dice, claramente, que la partida mayor ofrecida al accionante y que éste aceptó espontáneamente, "no corresponde a ningún derecho cierto e indiscutible" del mismo; y también, que se trata de una cantidad dineraria que "la Empresa, voluntariamente, ha convenido en pagar al señor Dimas Leonel Puerto Franco..."; como lo espontáneo o voluntario, se opone a lo obligatorio, se desvirtúa el alegado carácter salarial del pago en discusión, debiendo considerarse como simple bonificación ocasional, concedida por mera liberalidad del patrono, no exenta y sujeta a retención, pero sin que el hecho de haberse realizado ésta tuviera relevancia en el cómputo del término de revisión oficiosa a que se refería el inciso 2 del artículo 75 de la Ley novena de 1983, pues no se había practicado en su totalidad sobre "salarios" ni, por ende, se habría superado la percentualidad límite del 80 por ciento, ahí fijada. En este sentido se pronunció la Sala en sentencia del 14 de diciembre de 1994, proceso 5801.

2. Si bien, por la época en que el demandante corrigió la declaración de renta del período, el 26 de junio de 1987, continuaba vigente el citado artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, no se daba el supuesto de que los términos de revisión o de notificación del requerimiento especial hubieran empezado a correr y, por aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, debieron regirse hasta su conclusión por el mismo precepto, toda vez que el de revisión sólo habría de iniciarse a partir de la solicitud en forma de la devolución o compensación del crédito registrado en la declaración corregida y el del requerimiento, no se tenía previsto aún como pauta de la firmeza de la liquidación privada; en el caso, la solicitud de devolución aparece presentada el 14 de julio de 1989; pero como, a la sazón, ya se encontraba en vigor el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, resulta perfectamente clara la aplicabilidad de éste en cuanto al cómputo del término para notificar el requerimiento y la eventual firmeza de la liquidación privada, en el sentido de que dicho término debía entenderse iniciado el mencionado 14 de julio de 1989 y por lo tanto, la firmeza de la liquidación privada, debía tener lugar, "si dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial". De acuerdo con lo anterior, la notificación del requerimiento especial debía surtirse, a más tardar, el 14 de julio de 1991; como lo fue, de acuerdo con lo probado, el 11 de octubre de 1991, necesariamente se produjo la firmeza de la liquidación privada, contenida en la declaración de corrección de 26 de junio de 1987.

3. En materia de suspensión del término en cuestión, la Administración adujo haber operado aquélla, "por el período de tres meses que duró la inspección tributaria", afirmación que, sin embargo, contradice lo probado en el proceso, pues no figura en éste, excepto por el auto comisorio de 10 de octubre de 1990, actuación administrativa alguna que tenga que ver con la práctica de tal inspección.

Al respecto, la Sala ha dicho, que "la suspensión del término para notificar el requerimiento especial, opera exclusivamente por el lapso de duración de la inspección (...) (resultando) perfectamente claro que mientras los comisionados o inspectores no inicien las actividades propias de su encargo, esto es, en el caso, el examen de libros y efectos de comercio, no puede entenderse, como es obvio, que (aquéllos) hubieran practicado alguna "inspección", ni menos que hubiera empezado la suspensión del término en cuestión previsto legalmente para la realización..."; así mismo, que "la notificación del auto comisorio de la inspección (...), es un acto previo o preparatorio de aquélla, no la inspección misma, ni parte de ella...". (Sentencia de 5 de diciembre de 1994 y 24 de febrero de 1994, respectivamente dictadas en los procesos 5737 y 4959, con ponencias de los señores Consejeros Consuelo Sarria Olcos y Jaime Abella Zárate).

Lo anterior es suficiente para que se dé prosperidad al recurso de la 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

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, anúlanse la liquidación de revisión 50156 de 23 de junio de 1992 y la resolución 60310132 de 23 de julio de 1993, en las que la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cundinamarca determinó el impuesto de renta a cargo de DIMAS LEONEL PUERTO FRANCO, NIT: 17.063.755, por el ejercicio gravable de 1986, y decidió el recurso existente.

Como consecuencia, declárase en firme la liquidación privada presentada por el citado contribuyente para el ejercicio mencionado, contenida en la declaración de corrección 000105 DIN 577 BOGOTA, de 16 de junio de 1987.

La doctora DORIS PINZON AMADO tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Copiése, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

PROCESO DE RECEPCION DE DECLARACION TRIBUTARIA - Contenido

La Resolución 00154 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contiene las reglas y el procedimiento a seguir por los Bancos y asigna en primer lugar, funciones de verificación tendientes a lograr que la declaración que allí se presenta surta los efectos buscados por la ley, tales como la confrontación de la identificación plasmada en el formulario con el documento exhibido por el declarante. De otra parte se prevé que las declaraciones deberán presentarse en tres ejemplares, que naturalmente deben coincidir, sobre los cuales una vez efectuada la labor de verificación mínima, son sellados con un número de serie, que será colocado en forma manual, mecánica o preimpreso en un autoadhesivo, que debe contener, el número de la serie de la declaración, compuesto por 14 dígitos que identifica, en su orden, el Banco receptor, la sucursal o agencia, el cajero y el número de recepción de la declaración por cajero. Seguidamente las entidades bancarias deberán conformar paquetes de formularios, clasificados por modalidades de contribuyentes, tipo de documento, que se ordenarán por número de serie, los cuales acompañados en una "planilla de control". La fase siguiente del procedimiento está constituída por la transcripción y procesamiento de la información, siguiendo las especificaciones técnicas del "programa de validación", suministrado por la Dirección de Impuestos Nacionales, y a partir de la planilla de control y de los formularios, de manera tal que la información contenida de los medios magnéticos remitidos a la Administración, deberá coincidir con la de las declaraciones.

DECLARACION TRIBUTARIA - Presentación. **FORMULARIO DE DECLARACION** - Falsedad. **COPIA AUTENTICA** - Inexistencia. **SANCION POR NO DECLARAR**

Las normas tributarias no reconocen efecto de declaración al documento elaborado pero que no ha sido presentado ante las autoridades, de mane-

ra que el formulario obrante en el expediente, habría sido prueba suficiente de la presentación de la declaración y del pago que en él consta, si su autenticidad no hubiere sido desvirtuada con otros medios probatorios allegados en desarrollo de la investigación efectuada por la Administración y los sellos, timbre y autoadhesivo, infirmado por el Banco receptor, pues en esas condiciones, la sociedad actora estaba en la obligación de probar fehacientemente el hecho cuestionado, esto es, la presentación de la declaración tributaria. Probada la falta de identidad material y conceptual de dicho formulario con los recepcionados por el Banco, no era este suficiente para dar por cumplida la obligación, cuando la prueba recaudada indicaba que se trata de formularios "diferentes" y que la única "correspondencia" entre ellos, es el número del autoadhesivo. Como está cuestionada la presentación del aludido denuncio con el cual coetáneamente se habría efectuado el pago, al punto tal que el banco ha certificado, no haberlo recibido, luego no podría darse por probado el pago efectuado con un denuncio de ventas que la Administración ha dado por no presentado y el Banco no ha reconocido, además porque lo que se debate principalmente en este proceso es la sanción por no declarar, no la satisfacción de la obligación sustancial principal y de los accesorios, como sanciones e intereses.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia.: Expediente N° 5966. Actor: Colombian Bags Ltda. Hoy Catalcon Ltda. Impuesto ventas - fallo -

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Nación y por la Procuradora Sexta Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de septiembre de 1994, a través del cual fueron anuladas las Resoluciones 0257 expedida el 29 de octubre de 1991 y 0555 expedida el 30 de septiembre de 1992.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de ventas correspondiente al tercer bimestre de 1987 presentada por la actora y en la que se determinó saldo a favor y se canceló san-

ción por extemporaneidad, la sociedad presentó solicitud de devolución la cual fue aprobada.

En atención a que la Administración ordenó verificar la procedencia de la devolución, se practicó inspección tributaria y se determinó que la declaración con base en la cual se accedió a la devolución no coincidía con la copia del Banco, ni con la copia de la Administración; por ello la Administración emplazó a la contribuyente para que presentara las declaraciones de ventas correspondientes a todos los bimestres de 1987.

Toda vez que los argumentos esgrimidos por la sociedad no fueron considerados, la Administración expidió la Resolución 0267 el 29 de octubre de 1991 y le impuso sanción por no declarar en cuantía de $29.138.000.

La anterior resolución fue recurrida y confirmada en vía gubernativa a través de la Resolución 0555 del 30 de septiembre de 1992.

DEMANDA

El apoderado de la actora solicitó la nulidad de la actuación administrativa por considerarla violatoria de los artículos 579,800,901 del Estatuto Tributario y 3 y 36 del Decretos 2820 de 1991.

Sostuvo que de las anteriores disposiciones se establece que el pago efectuado en bancos se reputa como efectuado en la Administración, toda vez que éstos son delegatarios de la Administración y cumplen transitoriamente funciones públicas, de donde concluyó que el pago efectuado por su poderdante en el Banco de Colombiana por el bimestre discutido, tiene poder liberatorio.

Anotó que tal como consta en un recorte de prensa, aportado con la demanda, para febrero de 1993 existía "un grupo de delincuentes" al servicio de una sucursal del Banco de Colombia, quienes substrajeron dinero correspondiente a impuestos consignados.

Subrayó que la sociedad sí canceló lo correspondiente a la sanción por extemporaneidad del tercer bimestre al presentar en el Banco su declaración de ventas; que del mencionado pago obra como prueba la misma declaración de ventas, que del mencionado pago obra como prueba la misma declaración de ventas, sobre la cual existe la presunción de veracidad, que no puede ser desvirtuada con el solo denuncio de falsedad presentado por la Administración.

De otra parte alegó como violado el artículo 683 del E.T., según el cual no puede gravar al contribuyente sino con lo que la ley ha querido que coadyuve.

Por último arguyó la violación de los artículos 556 y 599 Ib., habida cuenta que a su juicio las mencionadas disposiciones no exigen que en el caso de que exista apoderado general, éste deba ser abogado ya que dicha condición es válida únicamente frente al apoderado especial; concluyó entonces que la Administración ha debido reconocerle personería al apoderado general designado por la sociedad y darle trámite a los descargos presentados con ocasión del emplazamiento.

Posteriormente el apoderado reformó la demanda con el objeto de informar el número de radicación y estado del proceso penal que cursaba y solicitar que se oficiara a las autoridades correspondientes para que informaran sobre el particular.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La apoderada especial de la Nación se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, básicamente con los siguientes argumentos: En primer lugar y después de diferenciar la obligación tributaria sustancial de la obligación tributaria formal, consistente en la presentación del denuncio tributario y de explicar entre otras cosas que a partir de la reforma tributaria de 1987 se autorizó la presentación de las declaraciones a través del sistema bancario, señaló que dicha autorización no releva a la Administración de verificar los documentos allí presentados, como la información contenida en ellos.

En relación con el recorte de prensa precisó que el mismo hace referencia al fraude que se cometió con la Lotería de Bogotá y las sociedades Empapel y Empacar; subrayó que la noticia en cuestión, en forma alguna liberó a la actora de su obligación de declarar.

Explicó que se halla probado que el Banco de Colombia Sucursal Centro Internacional, no recibió las declaraciones de ventas de la actora, correspondiente a los bimestres 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de 1987, toda vez que las que aparecen recepcionadas corresponden al contribuyente Edgar Aníbal Niño.

Por último indicó que los descargos presentados por la sociedad no fueron atendidos por haber sido presentados por un apoderado especial, que no acreditó ser abogado.

En los alegatos de conclusión además de reiterar lo ya anotado, recalcó que la actora aparte de manifestar que los funcionarios del Banco defraudaron a la socie-

dad, no efectuó ninguna actividad probatoria con el propósito de demostrar tal aseveración.

Insistió en que no debe desconocerse que la copia de la declaración de ventas que tiene el Banco coincide con la que se encontraba en poder de la Administración, en tanto que de la que posee la actora, no exista copia en el Banco, como tampoco en la Administración.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En primer lugar estableció que el poder conferido por la sociedad al señor Guillermo Rodríguez Grimaldo era de carácter especial y por ello se hacía necesario que el apoderado ostentase la calidad de abogado, tal como lo exigió la Administración.

En cuanto a la falsedad de la declaración de ventas estimó que en atención a que la Nación no desplegó ninguna actividad en relación con la prueba de la falsedad, como tampoco informó acerca de la identificación del proceso penal, no puede deducirse responsabilidad de la actora en los presuntos hechos dolosos.

Después de transcribir apartes de los argumentos de las partes, como de los actos acusados, indicó que a pesar del análisis de las pruebas y de la investigación realizada por la Administración, no se ha demostrado la falsedad de la declaración de ventas presentada por la sociedad.

Entendió que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 803 del E.T. en respuesta a lo argüido por el Ministerio Público, el pago debe entenderse afectado el 26 de diciembre de 1988, toda vez que esa es la fecha en la que según el denuncio, se canceló la obligación; sostuvo que el documento fue emanado por una entidad oficial y que sus adhesivos y sellos no han sido desvirtuados en un proceso penal y por ello lo que hubiese ocurrido internamente en el Banco después de realizado el pago, no puede afectar a la sociedad.

APELACION

Contra la sentencia de primera instancia presentaron recurso de apelación la representante del Ministerio Público ante el Tribunal, Dra. María Emilia Montoya de Lamar y la apoderada especial de la Nación.

MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Sexta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca refutó el fallo del *a quo* y aclaró que de las pruebas que obran dentro del expediente, tales como los oficios de la Administración en los que se manifiesta que en los archivos de la entidad no aparecen declaraciones de ventas presentadas por la sociedad COLOMBIAN BAGS LTDA. por alguno de los bimestres de 1987 y que los números de las declaraciones que se afirman corresponden a la sociedad, fueron presentadas a nombre de Niño Edgar Aníbal y que de estas últimas también tiene copias el Banco, debe concluirse que el denuncio de ventas que no corresponde es el aportado por la actora.

De otra parte explicó el procedimiento que lleva a cabo la Administración al recepcionar los denuncios tributarios, del cual hacen parte diversas clases de controles como el que los mencionados denuncios se expiden por triplicado, una copia para el contribuyente, una para el Banco y otra para la Administración, que la transcripción y el procesamiento de la información se lleva a cabo por medios magnéticos, y concluyó que al ser coincidente la información emanada de la Administración, ésta es prueba idónea de la autenticidad de los documentos discutidos.

Señaló que la sociedad no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo, en consideración a que para ello no era suficiente presentar un recorte de periódico en que se expresaba que en el Banco existía un "grupo de delincuentes", máxime cuando la noticia hacía referencia a hechos ajenos a este proceso.

Por último llamó la atención sobre el hecho de que el presunto pago se hubiese efectuado en efectivo, cuando la práctica comercial es la contraria.

PARTE DEMANDADA

Para la representante judicial de la Nación, el fallo debe ser revocado toda vez que a su juicio, el Tribunal al dirimir la controversia planteada dio valor probatorio al formulario presentado por la actora, sin que se hubiese demostrado que tal documento fuese el presentado ante la Administración y que ésta hubiese recibido el pago, con lo cual se produjo un fallo que no estuvo fundamentado en hechos plenamente demostrados, tal como correspondía.

Insistió en que la Administración sí desplegó actividad probatoria al practicar inspección tributaria, oficiar al Banco para que informara sobre el particular, revi-

sar archivos internos y cotejarlos y que de todas estas pruebas fue de donde concluyó que la copia que no coincidía era la aportada por la actora; igualmente hizo énfasis en que una vez determinada la irregularidad, la Administración, dando cumplimiento al artículo 12 del Código Penal informó a la justicia penal a fin de que fuera ella quien se hiciera cargo de la investigación del posible delito y recordó a la actora y al *a quo*, que el impulso de los procesos penales no se halla a cargo de la Administración de Impuestos Nacionales, como que tampoco son de su competencia las investigaciones penales, pues como es sabido, todo ello corresponde exclusivamente a la justicia penal.

Agregó que la falta de colaboración de la Fiscalía en modo alguno puede endilgarse a la Administración.

Precisó que dentro del proceso no se encuentra demostrado que el dinero del impuesto hubiese ingresado al Banco o a la Administración.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por la Dra. Ana Margarita Olaya de Obando conceptuó que el fallo apelado debe ser revocado en atención a que la simple presentación por parte de la actora de un comprobante de formulario, que no coincide con el de la Administración, no es suficiente para entender válidamente presentada la declaración de ventas.

Estimó que la Administración en el proceso de investigación, obró correctamente al enfatizar sobre la no presentación del mencionado denuncio y no sobre la presunta falsedad del documento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La litis se contrae a determinar la legalidad de la actuación administrativa en cuanto impuso sanción por no declarar, al considerar no presentada la declaración del Impuesto sobre las Ventas correspondientes al 3º bimestre de 1987 de la sociedad COLOMBIAN BAGS LTDA.

En materia de lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias, el Decreto 2503 de 1987, señaló en su artículo 16 que "La presentación de las declaraciones tributarias...deberá efectuarse en los lugares y dentro de los plazos que para el efecto señale el Gobierno Nacional". El artículo 126 Ib., dispuso que "El Gobierno Nacional podrá... efectuar la recepción de las declaraciones tributarias a través de bancos y demás entidades financieras". De otra parte, en el

artículo 127 se previó que "El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará los bancos y demás entidades especializadas... autorizados para... recibir declaraciones tributarias".

A su vez según lo estatuído en el artículo 1° del Decreto 88 de 1988, del 19 de enero, las declaraciones tributarias sólo podrán presentarse en los bancos autorizados para este propósito; el Decreto dispuso una serie de obligaciones y requisitos a cargo de los declarantes y que deben satisfacerse en la presentación de las declaraciones, así como el pago de los impuestos en los bancos autorizados.

En desarrollo de las previsiones anteriores, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expidió el 18 de enero de 1988, la Resolución 00154, a través de la cual autorizó a los bancos para efectuar la recepción de las declaraciones tributarias y el recaudo de los impuestos enunciados en su artículo primero; la citada resolución contiene las reglas y el procedimiento a seguir por los bancos y asigna en primer lugar, funciones de verificación tendientes a lograr que la declaración que allí se presenta surta los efectos buscados por la ley, tales como la confrontación de la identificación plasmada en el formulario con el documento exhibido por el declarante se encuentre firmada por quien cumple el deber, que el valor registrado como total pagos coincida en cada uno de los formularios, etc.

De otra parte, prevé la resolución que las declaraciones deberán presentarse en tres ejemplares, que naturalmente deben coincidir, sobre los cuales una vez efectuada la labor de verificación mínima, son sellados con un número de serie, que será colocado en forma manual, mecánica o preimpreso en un autoadhesivo, que debe contener, el número de la serie de la declaración, compuesto por 14 dígitos que identifican, en su orden, al banco receptor, la sucursal o agencia, al cajero y el número de recepción de la declaración por cajero; en los tres ejemplares se imprimen, si lo hay, el pago que conste en ellos, y una vez timbrado su valor, uno de los ejemplares, segunda copia, se devuelve al contribuyente, como constancia y prueba del cumplimiento del deber formal de declarar.

Seguidamente las entidades bancarias deberán conformar paquetes de formularios, clasificados por modalidades de contribuyentes, tipo de documentos, que se ordenarán por número de serie, los cuales acompañados en una "planilla de control", contentiva de la información descriminada en el artículo 32 de la Resolución 0154, deberán remitirse a la División de Contabilidad de la respectiva Administración de Impuestos, debiendo conservar la entidad bancaria la copia "Bancos".

La fase siguiente del procedimiento está constituida por la transcripción y procesamiento de la información, siguiendo las especificaciones técnicas del

"programa de validación", suministrado por la Dirección de Impuestos Nacionales, y a partir de la "planilla de control" y de los formularios, de manera tal que la información contenida de los medios magnéticos remitidos a la Administración, deberá coincidir con la de las declaraciones. A su vez la información suministrada en los medios magnéticos sufre un proceso de validación o confirmación por parte de la Administración, quien confronta cada uno de los datos con los documentos físicos; de suerte que como resultado de la tarea anterior, deben coincidir perfectamente la información de la Administración, con la suministrada por el Banco y la del contribuyente.

El procedimiento anteriormente reseñado y que se encuentra contenido en las Resoluciones Números 00154 y 1764 de 1988 expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, permite inferir un estricto control sobre la documentación remitida por las entidades bancarias autorizadas para recepcionar declaraciones tributarias, así como en la información procesada y suministrada en medios magnéticos.

Observa la Sala que el motivo fundamental que tuvo la Administración para imponer sanción por no declarar a la sociedad contribuyente, fue la circunstancia de que al adelantar la investigación correspondiente al proceso de fiscalización post-devoluciones, encontró que el ejemplar del formulario de declaración aportado por la actora, no coincidía con la información que reposaba en sus dependencias, y la suministrada por la Entidad Bancaria que habría recepcionado la declaración, negando en consecuencia autenticidad a dicho documento.

En efecto, la División de Fiscalización, envió para su autenticación la declaración del 3° bimestre de 1987, correspondiente a la actora, preimpreso N°881030887570, fecha de presentación en el Banco de Colombia Sucursal Centro Administración, con la suministrada por el Banco y la del contribuyente.

El procedimiento anteriormente reseñado y que se encuentra contenido en las Resoluciones Números 00154 y 1764 de 1988 expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, permite inferir un estricto control sobre la documentación remitida por las entidades bancarias autorizadas para recepcionar declaraciones tributarias, así como en la información procesada y suministrada en medios magnéticos.

Observa la Sala que el motivo fundamental que tuvo la Administración para imponer sanción por no declarar a la sociedad contribuyente, fue la circunstancia de que al adelantar la investigación correspondiente al proceso de fiscalización post-devoluciones, encontró que el ejemplar del formulario de declaración aporta-

do por la actora, no coincidía con la información que reposaba en sus dependencias, y la suministrada por la Entidad Bancaria que habría recepcionado la declaración, negando en consecuencia autenticidad a dicho documento.

En efecto, la División de Fiscalización, envió para su autenticación la declaración del 3° bimestre de 1987, correspondiente a la actora, preimpreso N°881030887570, fecha de presentación en el Banco de Colombia Sucursal Centro Internacional, 26 de diciembre de 1988, número de serie 0315701008338-0, la cual fue devuelta sin autenticar por cuanto no figuraba en los archivos oficiales.

En virtud de lo anterior, requirió información al respectivo Banco, el cual mediante oficio obrante a folio 37 del cuaderno de antecedentes, dio cuenta de que la citada declaración fue recepcionada a nombre de Edgar Aníbal Niño, a quien identificó con cédula de ciudadanía y dirección, agregando que el pago correspondiente fue por la suma de $229.00, así mismo informó mediante oficio del 13 de noviembre de 1990, que los números del preimpreso no coinciden, remitiendo los formularios correspondientes, los cuales obran a folio 33 del expediente.

En consecuencia debe determinarse si el formulario aducido tuvo la virtualidad de acreditar el cumplimiento de la obligación, o si por el contrario, éste no era suficiente para demostrar el hecho que el Tribunal tuvo por aprobado.

Advierte la Sala que las normas tributarias no reconocen efecto de declaración al documento elaborado pero que no ha sido presentado ante las autoridades, de manera que el formulario obrante a folio 42 del expediente, habría sido prueba suficiente de la presentación de la declaración y del pago que en él consta, si su autenticidad no hubiere sido desvirtuada con otros medios probatorios allegados en desarrollo de la investigación efectuada por la Administración y los sellos, timbre y autoadhesivo, infirmado por el Banco receptor, pues en esas condiciones, la sociedad actora estaba en la obligación de probar fehacientemente el hecho cuestionado, esto es, la presentación de la declaración tributaria.

No comparte la Sala la posición del *a quo* en el sentido de que realizado el pago, como consta en el formulario de declaración, materia de litis, los valores imputables a la sanción por extemporaneidad ingresaron al Banco en la fecha que allí se indica, y que por ello el pago ha de tenerse por hecho el 26 de diciembre de 1988, puesto que precisamente tanto el Banco como la Administración, han desconocido dicho documento, le niegan autenticidad y afirman que el verdadero corresponde a otro contribuyente, ha sido esa la discusión en el asunto que se atiende, luego probaba la falta de identidad material y conceptual de dicho formulario con los recepcionados por el Banco, no era éste suficiente para dar por cumplida la

obligación, cuando la prueba recaudada indicaba que se trata de formularios "diferentes" y que la única "correspondencia" entre ellos, es el número del autoadhesivo.

Por lo anterior, tampoco es de recibo la posición de la sociedad en cuanto afirma que no existe discusión respecto de la cuantía pagada, sino de su destino final, puesto que está cuestionada la presentación del aludido denuncio, con el cual coetáneamente se habría efectuado el pago, al punto tal que el Banco ha certificado (art. 769 del E.T.), no haberlo recibido, luego no podría darse por probado el pago efectuado con un denuncio de ventas que la Administración ha dado por no presentado y el Banco no ha reconocido, además porque lo que se debate principalmente en este proceso es la sanción por no declarar, no la satisfacción de la obligación sustancial principal y de los accesorios, como sanciones e intereses.

Observa la Sala que la sociedad ha pretendido dar por cumplida la obligación, por el hecho de tener una copia de un formulario, que no guarda identidad con lo que reposa en poder de la Administración y del Banco, insistiendo en que la responsabilidad por el presunto hurto de dineros es responsabilidad del Banco, aspecto sobre el cual se anota que la Administración encaminó adecuadamente su investigación, pues ella tenía que actuar sobre la verificación de la presentación de la declaración, ya que ésta es la omisión por la cual se impuso sanción, y no sobre la demostración de una presunta falsedad en el documento contentivo del denuncio, pues es evidente que la Administración no estaba calificada para dirimir el problema de la falsedad esgrimida, tema que es función privativa de la jurisdicción penal.

Adicionalmente, se anota que aparentemente la investigación penal no se ha archivado, pues las afirmaciones en tal sentido efectuadas por la actora, no coinciden con los resultados de los oficios que sobre el particular dirigiera el Tribunal, pues lo cierto es que la respuesta dada por la Fiscalía General de la Nación se contrae a un asunto diferente, como lo observó el *a quo,* por lo cual ningún efecto positivo o negativo podía derivarse de esta situación.

De otra parte, tampoco podía invocarse la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias, por cuanto ésta no le confiere al documento aportado, el carácter de auténtico, ya que la presunción no se halla referida al documento en sí mismo, a la declaración, sino a los hechos allí consignados.

En conclusión, de las pruebas aportadas al proceso no puede inferirse la presentación ante las oficinas del Banco de Colombia de la declaración del impuesto sobre las Ventas por el 3° bimestre de 1987, a cargo de la actora, por lo cual esti-

ma la Sala que la actuación administrativa estuvo ajustada a derecho, por cuanto verificada a través de las pruebas obrantes en el proceso, la omisión en el deber de declarar y negada la autenticidad y en consecuencia el valor probatorio al formulario aportado, era pertinente previo emplazamiento, imponer la sanción prevista en el artículo 643 del E.T.

Por las anteriores consideraciones y como consecuencia de la prosperidad de los recursos de la apelación interpuestos, la Sala revocará la sentencia y en su lugar confirmará la legalidad de los actos demandados.

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

FALLA:

1° REVOCASE LA SENTENCIA APELADA

2° NIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase. 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-

PRESCRIPCION DE DEUDA TRIBUTARIA. DEBIDO PROCESO. MANDAMIENTO DE PAGO. PRINCIPIO DE BUENA FE

La Administración estaba obligada a reconocer los efectos de la sentencia que no son otros que la nulidad de la Res. 01 de 1992 y la vigencia de la Resolución 005 de 1989, que declaró la prescripción, pues en virtud de los efectos de la sentencia de nulidad de la primera, la segunda que por ella se revocó recobró su vigencia. Resulta criticable la conducta de la Administración cuando desconociendo la garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, una vez expedido el mandamiento de pago el 6 de julio de 1992 y propuesta la excepción de prescripción, haya expedido respecto de la misma obligación otro mandamiento de pago que dio lugar nuevamente a otras resoluciones que son el objeto del presente proceso. Desconoce además la Administración con tal proceder los principios rectores de la función administrativa consagrados en la Constitución Política de 1991 artículo 209, afecta el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 *ibídem* y obliga a un desgaste no justificado de la jurisdicción en detrimento de la eficiente administración de justicia.

REVOCATORIA DIRECTA -Objeto. **ACTO ADMINISTRATIVO** - Firmeza. **TITULO EJECUTIVO** - Firmeza

Ni la petición de la revocatoria directa, ni la decisión que sobre ella recaiga tienen la virtualidad de suspender la firmeza del acto administrativo o de restarle ejecutoriedad pues, como se deduce de los artículos 71 y 72 del Código Contencioso Administrativo éste se deduce en cualquier tiempo siempre que no se haya dictado auto admisorio de la demanda. Entonces no es válida la afirmación de que esta acción suspende la ejecutoriedad del acto administrativo y que esta solo viene a cumplirse con la

decisión que recaiga al resolver la revocatoria, porque de ser así carece de sentido que la ley se refiera a su procedencia sobre actos administrativos que se encuentren en firme y más aún que provea que ni su petición ni la decisión que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el ejercicio de la acción contenciosa. Si fuera cierto que la decisión que recae en la revocatoria es la que da firmeza al acto administrativo y la que agota la vía gubernativa, solo desde su notificación empezaría a correr el término de caducidad, conclusión esta que es claramente contraria a la ley, por lo que es inadmisible. Constituye entonces un contrasentido decir que la interposición de la revocatoria o la decisión que en ella recaiga, restan firmeza al título ejecutivo porque si así fuera no podría la Administración iniciar el cobro coactivo por ausencia del acto administrativo ejecutoriado.

PARTICIPACION EN SOCIEDAD LIMITADA - Modificación. **ACCION DE COBRO** - Prescripción

Si bien es cierto que antes de la vigencia del artículo 24 de la Ley 75 de 1986, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, toda modificación a la liquidación privada de la sociedad implicaba la modificación de la renta del socio y que en razón de dicha conexidad causal, cuando el valor de la utilidad gravable (distribuible a los socios) fijada en la liquidación de revisión se modificara por resolución en la vía gubernativa o con ocasión de las acciones contencioso administrativas daba derecho al socio para que consecuentemente se le modificara sus participaciones sociales y por ende el impuesto, tal hecho solo implica que el acto acusado perdió su fuerza ejecutoria por haber sido anulado por la jurisdicción y que el derecho del socio a la rebaja del tributo nace del cumplimiento de sentencia a que está obligada la Administración, sin que en manera alguna revivan para la Administración los términos para exigir el pago del tributo inicialmente liquidado al socio en otro acto administrativo, que se practicó de manera independiente y que no fue objeto de discusión.

EMBARGO DE BIENES. PERJUICIOS - Comprobación. **ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO IMPOSITIVA. PERJUICIO IMPOSITIVO** - Inexistencia

Si bien es cierto que un embargo de bienes en exceso de la deuda insoluta puede ocasionar perjuicios, tales perjuicios deben estar debidamente pro-

bados y cuantificados para proceder a su reconocimiento como lo ordena hoy el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia.: Expediente No. 5939. Actor: María Antonia, Jorge, Ricardo y María Cristina Garcés Arellano (Suc. Jorge Garcés Giraldo). Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Acción de Cobro Coactivo. Renta 1978 1979 y 1990. Fallo.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la demandada y el de la actora contra la sentencia del 5 de Agosto de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por los señores MARIA ARELLANO DE GARCES, MARIA ANTONIA, JORGE, RICARDO Y MARIA CRISTINA GARCES ARELLANO (Suc. Jorge Garcés Giraldo) contra las Resoluciones Nos. 001 del 8 de Enero de 1993 y 00266 de Noviembre 13 de 1993 y el mandamiento de pago 00146 del 2 de Septiembre de 1992 expedidas de la unidad Administración de Impuestos de Palmira que negaron las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago señalado.

La Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, atendiendo al hecho de que el señor JORGE GARCES GIRALDO (Sucesión ilíquida) tenía deudas pendientes de pago por concepto del impuesto de renta y complementarios de los años de 1978, 1979 y 1990 determinados oficialmente según lo certificaba el Administrador de Impuestos Delegado de Palmira (Valle del Cauca) libró el mandamiento de pago #00146 del 2 de Septiembre de 1992 por la suma de $57.436.296 a cargo de JORGE GARCES GIRALDO (Sucesión), y a favor de la Nación. Mandamiento de pago cuya notificación se ordenó efectuar al deudor conforme con lo dispuesto en el artículo 826 del Estatuto Tributario.

Mandamiento de pago contra el cual la cónyuge supérstite y los herederos del causante ejecutado, mediante apoderado especial constituido para el efecto, presentaron escrito de excepciones proponiendo las de prescripción de la acción de cobro y la de incompetencia del funcionario que profirió la Resolución 001 de Julio 17 de 1992 que revocó las resoluciones que previamente habían reconocido la prescripción de la acción de cobro por 1978 y 1979.

Mediante la Resolución 00266 del 13 de Noviembre de 1992, la Administración de Impuestos negó las excepciones propuestas, providencia que recurrida en apelación fue confirmada por la Resolución 001 del 8 de Enero de 1993.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acudieron mediante apoderado los interesados en la sucesión ejecutada en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho alegando que con la expedición de los actos acusados la Administración violó los artículos 29, 58, 121, 122 y 123 de la Constitución Política; 720, 742, 745, 817, 828 numeral 2°, 829 numeral 2°, 831 y 833 del Estatuto Tributario; 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo y 6° del Código de Procedimiento Civil.

Esencialmente porque, desconociendo el derecho reconocido en el acto administrativo contenido en el Resolución No. 005 de Enero 12 de 1989 lo revocó sin tener competencia para ello incurriendo en violación de las normas constitucionales sobre el debido proceso y competencia, y las normas que gobiernan la revocatoria de los actos administrativos que crean una situación jurídica de carácter particular y las que regulan la prescripción.

Alegó que el funcionario de la Administración al pronunciarse sobre las excepciones propuestas desconociendo la prescripción incurrió en debida interpretación y falsa motivación porque la revocatoria directa no era un recurso que tuviera la virtualidad de suspender el término de prescripción de la acción de cobro en la época en que se profirió la Resolución 005 d Enero 12 de 1989.

LA SENTENCIA APELADA

Surtido el trámite de rigor el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a declarar probada la excepción de prescripción por el año de 1978 con fundamento en lo dispuesto por los artículos 7° y 63 de la Ley 52 de 1977, 52 del Decreto 1651 de 1961, 27 del Decreto 3803 de 1982 y 23 del Decreto 2733 de 1959, ya que su contexto literal era elocuente y permitía concluir que la acción de revocatoria directa no era útil para agotar la vía gubernativa y por ende no servía para dar ejecutoria al acto administrativo de liquidación de revisión de impuestos del año de 1978. Y como contra la liquidación de revisión no fue interpuesto recurso por la vía gubernativa tal acto administrativo alcanzó su ejecutoria 10 días después de producida su notificación.

De igual forma para el año de 1979 prosperaba la excepción de prescripción porque si bien era cierto que de acuerdo con lo previsto en los artículos 61 y 62 de la Ley 52 de 1977, todo recurso tributario resuelto en favor de una sociedad distinta de las anónimas o asimiladas, daba lugar a que se modificara la liquidación practicada a los socios de acuerdo con su participación en la renta establecida para la sociedad, los socios o copartícipes de sociedades de responsabilidad limitada o asimilada, debían solicitar por vía del recurso de reconsideración la práctica de una liquidación teórica de las participaciones que le correspondían en razón de su aporte, cuando la sociedad no hubiere interpuesto recursos contra su correspondiente liquidación de revisión.

Como el contribuyente tenía participación como socio en las sociedades Actividades Agrícolas Industriales y Comerciales Ltda y Central Azucarera de Palmira Ltda, y a éstas se les practicó también las correspondientes liquidaciones que fueron recurridas y decididas definitivamente, mediante fallo emitido por el Tribunal el 2 de Junio de 1988 para la primera y con Resolución #0677 de Agosto 15 de 1984 para la segunda, era viable la modificación de la liquidación oficial del socio Jorge Garcés Giraldo, rebajando para el efecto sus participaciones según lo dispuesto por tales providencias.

Sin embargo, el acto administrativo de revocación no podía de ninguna manera afectar la firmeza del acto liquidatorio producido respecto del contribuyente Jorge Garcés Giraldo.

"La posterior modificación que se produjera de la liquidación oficial, en aplicación de lo dispuesto en las disposiciones comentadas sólo tendría efectos teóricos, es decir que, si bien la liquidación oficial se vio modificada, los efectos del acto administrativo que la contenía permanecieron incólumes. Lo que implica que el acto de liquidación desde el momento en que quedó en firme, constituía el verdadero título ejecutivo, y para su cobro respectivo debía la Administración Tributaria adelantar el proceso coactivo correspondiente dentro de los cinco años siguientes, de acuerdo con las normas legales sobre la materia. El acto contentivo de la modificación de dicha liquidación oficial, si bien se encontraba amparado de procedibilidad de acuerdo con la ley tributaria, no tenía la virtualidad de revivir la firmeza ya decaída de acto de liquidación inicial, ni mucho menos la de interrumpir el término de prescripción de la acción de cobro si aún no había precluido".

No eran procedentes ni la petición de nulidad del mandamiento de pago porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 835 del Estatuto Tributario sólo eran demandables dentro del proceso de cobro coactivo ante la jurisdicción las resoluciones que fallan excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, ni la

petición de confirmación de la Resolución 005 de enero 12 de 1989 emanada de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos de Palmira que dispuso declarar probada la excepción de prescripción correspondiente al año gravable de 1978 por el valor de $50.674.083 determinada en la liquidación de revisión número 324 del 10 de Agosto de 1981, porque el efecto inmediato de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 00266 del 13 de Noviembre de 1992 y 0001 del 8 de Enero de 1993, no podía ser de ninguna manera la confirmación pedida del acto relacionado. Pues aunque se tratara del mismo período gravable, inexplicablemente se abrieron dos procesos de cobro coactivo, si bien tomando títulos ejecutivos distintos, los procesos fueron independientes y autónomos uno del otro.

LA APELACION

La actora al apelar solicita de la Sala se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto no accede a las súplicas de la demanda por los perjuicios causados, ni a la declaratoria de que la Nación Colombiana es administrativamente responsable, al considerar que los mismos no estaban probados, porque dentro del expediente, como parte de los antecedentes administrativos, se aportaron varios oficios de embargo de gran calidad de propiedades del causante, los que a su juicio permitían una condena *in género*.

La apoderada de la demandada al apelar la sentencia alega la improcedencia de la excepción de prescripción admitida por el Tribunal para el año de 1978, porque la revocatoria directa interpuesta por los particulares no es otra cosa que el ejercicio del derecho de defensa contra un acto administrativo que considera no adecuado al orden legal, al interés público, o que cause un agravio injustificado, ejercicio este que suspende la acción de cobro, ya que dentro de los efectos especiales de la revocación directa en el campo tributario, resalta el relacionado con la suspensión del término de prescripción de la acción de cobro, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 398 de 1983 expresa que a su juicio permite entender que la suspensión de un término conlleva que el lapso transcurrido hasta ese momento sea válido y que continúe corriendo cuando cesen las causas que motivaron la suspensión. Si es un mandato legal que para iniciar un proceso ejecutivo de cobro las obligaciones deben estar expresas, claras y exigibles, no es posible entonces iniciar una acción de cobro tomándose como título una obligación contra la cual se encuentra pendiente el fallo de una revocatoria directa, porque la revocatoria directa es al fin y al cabo un recurso cuando ésta es ejercida por el particular y por lo tanto sus efectos legales inciden bien sea en la iniciación de una acción de cobro o en la suspensión de ésta si ya ha iniciado.

Carece de razón el fallador de instancia al estimar como prescrita la obligación tributaria por el año gravable de 1978, porque el acto administrativo que presta mérito ejecutivo es la Resolución 0722 del 2 de Octubre de 1987, la cual quedó debidamente ejecutoriada el 12 de Noviembre de 1987, a pesar de que inicialmente se había declarado la prescripción mediante la Resolución No. 005 de Enero 12 de 1989, pues solo transcurrieron catorce (14) meses desde el momento en que quedó ejecutoriada la Resolución No. 0722, hasta del 12 de enero de 1989 fecha en que se declaró probada indebidamente la excepción de prescripción, situación que demuestra la validez del cobro que hace la Administración Tributaria.

Así mismo expresa su desacuerdo con la providencia impugnada, en razón de la excepción de prescripción aceptada para el año 1979, porque ella se fundamenta en un acto administrativo que no corresponde a la verdadera obligación tributaria, pues la Resolución No. 001 del 16 de Julio de 1992 constituye la verdadera cuantificación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1979.

Advierte que la situación jurídica que se discute nació en vigencia del artículo 61 de la Ley 52 de 1977, norma que tuvo vigencia hasta el 29 de Diciembre de 1987, cuando el artículo 154 del Decreto 2503 expresamente lo deroga, corriendo igual suerte su Decreto Reglamentario 825 de 1978.

Estima que siendo procedente la modificación de la liquidación oficial del socio, que se efectuó como consecuencia de haberse aumentado las utilidades de la sociedad de la cual él era socio, se tiene en cuenta la preceptiva del artículo 61 de la Ley 52 de 1977 y 49 del Decreto 825 de 1978, que imponen a la Administración la obligación de modificar la liquidación del contribuyente cuando la sociedad de la cual es socio obtenga decisión favorable en la etapa gubernativa.

Modificación que se puede efectuar en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte. Por lo cual puede decirse que, aunque la liquidación oficial del socio esté en firme o ejecutoriada y sea título ejecutivo, no puede ser objeto de revocación total o parcial en cualquier tiempo, aún después de los dos (2) años previstos por el artículo 737 del Estatuto Tributario para ejecutar revocatoria directa y sin necesidad del consentimiento expreso y escrito del socio, pues se trata de una conexidad causal.

Alega que las sentencias que profiera la Jurisdicción Contencioso Administrativa que incidan en la liquidación del socio, también dan origen a que se modifique dicha liquidación aunque la sentencia no lo disponga pues existiendo el mismo hecho se debe aplicar la misma regla de derecho. Pues la resolución como la sentencia que se dicten con posterioridad a la vigencia del Decreto 2503 de 1987 que

incidan en la liquidación del socio, realizadas antes de la vigencia del mismo decreto, deben tenerse en cuenta por la Administración para efectos de lo estatuído por el artículo 61 de la Ley 52 de 1977, ya que se trata de una obligación para la Administración y un derecho para el contribuyente socio, que regía para la fecha en que se practicó la liquidación y que no puede ser desconocido por leyes posteriores.

Solicita se revoque la sentencia apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la demanda al alegar de conclusión señala cómo la obligación correspondiente al año de 1978 también fue objeto del mandamiento de pago librado el 6 de Julio de 1982 que acumuló la obligaciones de los años 1973 a 1978 inclusive y sobre el cual tuvo oportunidad de pronunciarse la Jurisdicción, por lo que se da el fenómeno de la cosa juzgada.

Reitera la improcedencia del reconocimiento de la excepción de prescripción del año 1979, porque la tesis del Tribunal haría nugatoria la figura de la modificación de la liquidación de los socios.

De otra parte, no puede hablarse de la operancia de la figura de la prescripción de la primera liquidación oficial, la cual no fue objeto de recursos, lo que implica su aceptación por parte del contribuyente, porque igualmente, esto haría que los artículos 61 y 62 de la Ley 52 de 1977 se quedaran escritos.

En la práctica y dados los términos legales para interponer los recursos y fallarlos, así como para presentar las correspondientes demandas y obtener sentencias, pueden fácilmente transcurrir los términos para que quede en firme la primera liquidación oficial practicada a los socios, sin que se les haya notificado la segunda liquidación modificatoria de las participaciones determinadas.

Alega que la Administración obró correctamente frente al contribuyente demandante al rebajarle oficialmente sus participaciones en las sociedades ACTIVIDADES AGRICOLAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES LTDA, por lo tanto solo a partir de la fecha de exigibilidad de la nueva liquidación empiezan a correr los cinco (5) años con que cuenta el Estado para hacer efectiva la obligación. En este caso a partir del 16 de Julio de 1992, es decir, que la deuda fiscal de 1979 está, aún, vigente para ser cobrada coactivamente.

Solicita a la Corporación revocar la sentencia apelada en sus numerales 1° y 2° en cuanto hacen alusión al año fiscal 1979.

Con relación a la vigencia fiscal de 1990 afirma que la sentencia apelada no se refiere a esta vigencia, pero dentro del acápite de "Otras peticiones de la demanda" manifiesta que la petición de los demandantes de que se declare la nulidad del auto de mandamiento ejecutivo No. 00146 del 2 de Septiembre de 1992, es una petición completamente improcedente porque de acuerdo con el artículo 835 del Estatuto Tributario sólo son demandables dentro del proceso de cobro coactivo, las resoluciones que fallan excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución, razón por lo cual el Tribunal se declaró inhibido para proferir un pronunciamiento de fondo.

Pide en consecuencia, se confirme la decisión del Tribunal en sus artículos 3° y 4°, lo que implica continuar con el cobro del impuesto a la renta, entre otras cosas, correspondiente al año 1990. Además, la fundamentación de los demandantes de encontrarse actualmente en negociaciones para la celebración de un acuerdo de pago no impide efectuar su cobro, mientras éste no se realice.

Se opone a la pretendida indemnización de perjuicios que solicitan los demandantes, por lucro cesante y daño emergente, toda vez que dentro del proceso contencioso administrativo de cobro coactivo, sólo tienen cabida los actos a que se refiere el artículo 835 del Estatuto Tributario, dentro de los cuales no se halla la acción indemnizatoria; y no puede supeditarse una indemnización al evento de que se ejecute un acto cuya legalidad se impugna, concretamente, en el caso de disponerse de una suma supuestamente adeudada cuando en el proceso no aparece prueba que permita afirmar que se ha realizado pago alguno.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción pide que se confirme en su totalidad el fallo de primera instancia porque:

1.- Sí ocurrió el fenómeno de la prescripción de la acción de cobro por el año gravable de 1978 conforme con los preceptuado por los artículos 7° de la Ley 52 de 1977, 77 y 78 del Decreto 3803 de 1982 toda vez que no fue interpuesto recurso de reconsideración en la vía gubernativa y la revocatoria directa no se menciona en tal disposición. Era evidente que la Administración incurrió en una serie de irregularidades con la indudable finalidad de vulnerar los derechos de los interesados y desconocer una situación cierta, verdadera y evidente como era la existencia de la prescripción de la acción de cobro.

En efecto el acto que fijó las obligaciones a cargo del señor JORGE GARCES GIRALDO por el año gravable 1978 no es otro que la Liquidación de revisión No. 324 del 10 de Agosto de 1981; cuyo pago se hizo exigible desde ese mes de Agosto de 1981.

El término de los cinco años para la prescripción de la acción de cobro, que señaló el artículo 7 de la Ley 52 de 1977, se completó en 1986 y ocurre que el mandamiento de pago del 6 de Julio de 1992 fue notificado legalmente a los interesados, en cumplimiento de la providencia del Consejo de Estado de fecha 26 de Agosto de 1988, el 21 de Noviembre de ese año, es decir, cuando ya se había operado el fenómeno de la prescripción.

Concluye que no habiéndose producido la suspensión del término el 21 de Noviembre de 1988, fecha en la que fue notificado legalmente el primer mandamiento de pago, en tal fecha la acción ya estaba prescrita.

En tales condiciones, encuentra criticable que posteriormente la Administración, a sabiendas de que la acción ya estaba prescrita y desconociendo la garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta, hubiera expedido, respecto de la misma obligación, otro mandamiento de pago, el No. 00146 de 2 de Septiembre de 1992, contra el que los interesados propusieron, entre otras, la excepción de prescripción y que dio lugar a la expedición de las Resoluciones Nos. 0266 del 13 de Noviembre de 1992 y 0001 del 8 de Enero de 1993, que son objeto de la solicitud de nulidad que contiene la demanda de la referencia.

2.- Con relación al cobro del año de 1979, también se dio a su juicio la prescripción, porque el título ejecutivo era la liquidación de revisión No. 444 de Julio 26 de 1982 que quedó ejecutoriada el 26 de Septiembre del mismo año por no haber interpuesto el contribuyente recurso gubernativo y desde esa fecha la obligación se hizo exigible y empezó a correr el término de prescripción que precluyó el 26 de Septiembre de 1987.

Y si durante este tiempo la Administración no notificó ningún mandamiento de pago se produjo la prescripción de la acción de cobro.

A pesar de que la prescripción era evidente, la Administración con el indudable propósito de impedir que el contribuyente se beneficiara con aquel hecho, y de pretender que podía revivir o exigir el cumplimiento de unas obligaciones prescritas, profirió un acto administrativo ilegal, o sea la Resolución No. 00001 del 16 de Julio de 1992, en la que expresó que como aquel acto había fijado las participaciones del contribuyente en las empresas: Actividades Agrícolas Industriales y

Comerciales Ltda y Central de Azucarera Ltda., de acuerdo con las liquidaciones oficiales practicadas a esa sociedad, y tales actos habían sido modificados, era obligatorio modificar igualmente la situación del socio y por lo tanto procedió, de oficio, a revocar la liquidación No. 444 del 26 de Julio de 1982 y a fijar en la suma de $3.456.881.00 las obligaciones a cargo del señor Garcés por el año de 1979.

Y con fundamento en dicha resolución profirió el mandamiento de pago frente al cual era viable la excepción de prescripción alegada, porque era indudable que se configuró el fenómeno de la prescripción, por una razón elemental, cual era que dentro de los cinco años siguientes a la fecha en que se produjo la ejecutoria de la liquidación de revisión No. 444 del 26 de Julio de 1982, la Administración, en relación con las obligaciones fiscales correspondientes al período gravable de 1979, no notificó ningún mandamiento de pago.

Al pretender desconocer este hecho y el derecho del contribuyente a no ser perseguido en relación con obligaciones prescritas de 1979, la Administración, no sólo violó las normas legales que consagran el fenómeno de la prescripción sino el principio del debido proceso que establece el artículo 29 de la Carta.

Comparte la sentencia en el aspecto relacionado con el no reconocimiento de los prejuicios reclamados porque aunque en la demanda se pidió el reconocimiento de perjuicios previa declaración de responsabilidad del ente demandado, nada se probó dentro del proceso para el efecto y tampoco fueron delimitados y cuantificados los perjuicios en el libelo.

Además tal petición no puede ser acogida porque no existe valor pagado en cuanto a las obligaciones que exige la Administración, es decir, los demandantes no han afirmado ni demostrado que hayan pagado las cantidades que señalan los mandamientos de pago.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cosa Juzgada (Prescripción año 1978)

Precisa la Sala que el aspecto relacionado con la prescripción de la acción de cobro de la deuda insoluta por el año de 1978 fue objeto de fallo de Junio 3 de 1994 por esta misma Sala con ocasión del conocimiento de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por las mismas personas ahora también actoras, contra la Resolución 001 del 17 de Julio de 1992 que revocó la Resolución 005 del 12 de Enero de 1989 de la División de Cobranzas de la Administra-

ción de Impuestos Nacionales de Palmira que declaró la prescripción de la acción de cobro del año 1978 a cargo de JORGE GARCES GIRALDO (SUC).

En consecuencia la Administración estaba obligada a reconocer los efectos de la sentencia que como se dijo a página 17 del fallo no son otros que la nulidad de la Resolución 001 del 17 de Julio de 1992 y la vigencia de la Resolución 005 de 1989, que declaró la prescripción, pues en virtud de los efectos de la sentencia de nulidad de la primera, la segunda que por ella se revocó recobró su vigencia.

No obstante, en razón de que por el mismo año la Administración libró dos mandamientos de pago, no puede decirse que las resoluciones que denegaron las excepciones en el segundo proceso de cobro caigan bajo la excepción de cosa juzgada, pues estas resoluciones son distintas de aquellas y por ello debían ser objeto como en efecto lo fueron, del fallo de nulidad por violación del debido proceso.

Comparte la Sala el llamado de atención que a la Administración hace el Agente del Ministerio Público cuando expresa que resulta criticable la conducta de la Administración cuando desconociendo la garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, una vez expedido el mandamiento de pago del 6 de Julio de 1992 y propuesta la excepción de prescripción, haya expedido respecto de la misma obligación otro mandamiento de pago el No. 00146 del 2 de Septiembre de 1992 que dio lugar nuevamente a otras resoluciones (0266 de Noviembre 13 de 1992 y 001 de Enero 8 de 1993) que son el objeto del presente proceso cuya nulidad con relación a este período habrá de confirmarse.

Desconoce además la Administración con tal proceder los principios rectores de la función Administrativa consagrada en la Constitución Política de 1991 artículo 209, afecta el principio de buena fe consagrado en el artículo 83 *ibídem* y obliga a un desgaste no justificado de la jurisdicción en detrimento de la eficiente administración de justicia.

Prescripción por el año de 1979

Para el año de 1979 la Administración determinó mediante liquidación de revisión No. 444 del 26 de Julio de 1982 el impuesto de renta y complementarios al causante JORGE GARCES GIRALDO, contra la cual tal como lo admite la propia Administración no se interpuso recurso de reconsideración, por lo que el acto administrativo quedó ajecutoriado cuando venció el plazo concedido por la ley para interponer el recurso gubernativo de reconsideración sin que se hubiera interpuesto, esto es el 26 de Septiembre de 1982 una vez que se cumplió el término de 2 meses previsto por el artículo 27 del Decreto 3803 de 1982.

Ni la petición de la revocatoria directa, ni la decisión que sobre ella recaiga tiene la virtualidad de suspender la firmeza del acto administrativo o de restarle ejecutoriedad pues, como se deduce de los artículos 71 y 72 de Código Contencioso Administrativo, ésta procede en cualquier tiempo, con relación a actos en firme o aún cuando se haya acudido a los Tribunales Contencioso Administrativos siempre que no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

Entonces no es válida la afirmación de la apoderada de la demanda en el sentido de que esta acción suspende la ejecutoriedad del acto administrativo y que esta sólo viene a cumplirse con la decisión que recaiga el resolver la revocatoria, porque de ser así carece de sentido que la ley se refiera a su procedencia sobre actos administrativos que se encuentran en firme y más aún que provea que ni su petición ni la decisión que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el ejercicio de la acción contenciosa. Si fuera cierto que la decisión que recae en la revocatoria es la que da firmeza al acto administrativo y la que agota la vía gubernativa, sólo desde su notificación empezaría a correr el término de caducidad, conclusión esta que es claramente contraria a la ley, por lo que es inadmisible.

Adicionalmente, el Estatuto Tributario en el artículo 818 no contempla dentro de la circunstancia que interrumpe el término de la acción de cobro la revocatoria directa y por el contrario es claro el artículo 829-1 inciso 2° cuando predica que la interposición de la revocatoria directa no suspende el proceso de cobro pero que el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo.

Constituye entonces un contrasentido decir que la interposición de la revocatoria o la decisión que en ella recaiga, restan firmeza al título ejecutivo porque se así fuera no podría la Administración iniciar el cobro coactivo por ausencia del acto administrativo ejecutoriado.

En conclusión, si en el *sub-lite* la liquidación oficial no fue recurrida en reconsideración por el contribuyente, la acción de cobro, como bien precisa el Tribunal prescribió al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible y por ello la sentencia apelada que en este sentido se pronunció, merece confirmación

También en esta oportunidad llama la atención de la Sala que la Administración de Impuestos Nacionales transcurridos casi diez (10) años desde la fecha en que practicó la liquidación de revisión No. 444 de Julio 26 de 1982 y prescrita la acción desde septiembre de 1987, pretenda modificar una situación jurídica consolidada a fin de enervar los efectos legales de la ejecutoriedad de los actos administrativos y de la prescripción.

Si bien era cierto que antes de la vigencia del artículo 24 de la Ley 75 de 1986, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, toda modificación a la liquidación privada de la sociedad implica la modificación de la renta del socio y que en razón de dicha conexidad causal, cuando el valor de la utilidad gravable (distribuible a los socios) fijada en la liquidación de revisión se modificara por resolución en la vía gubernativa o con ocasión de las acciones contencioso administrativas, daba derecho al socio para que consecuentemente se le modificara sus participaciones sociales y por ende el impuesto, tal hecho sólo implica que el acto acusado perdió su fuerza ejecutoria por haber sido anulado por la jurisdicción y que el derecho del socio a la rebaja del tributo nace del cumplimiento de sentencia a que está obligada la Administración, sin que en manera alguna revivan para la Administración los términos para exigir el pago del tributo inicialmente liquidado al socio en otro acto administrativo, que se practicó de manera independiente y que no fue objeto de discusión. Este acto debidamente ejecutoriado en su oportunidad también perdió vigencia cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme la Administración no realizó los actos correspondientes para ejecutarlos (acción de cobro).

Con relación a la petición de nulidad del mandamiento de pago, estima la Sala que si bien no es viable descartarla en esta oportunidad por lo expuesto, si procede su modificación como consecuencia de la prosperidad de la excepción de prescripción de la acción de cobro por los años de 1978 y 1979, analizadas, y con el fin de ajustar su cuantía al valor de los impuestos realmente debidos por el causante. Para el efecto, deben excluirse los valores en él comprendidos por el año de 1978 ($50.674.083) y 1979 (3.456.881), así:

Valor mandamiento de pago 00146 de Septiembre 2 de 1992		$57.436.296
Menos:		
Cobro prescrito 1978	$50.674.083	
Cobro prescrito 1979	$ 3.456.881	$54.130.964
Valor definitivo del mandamiento de pago		$ 3.305.332

Con relación a la petición del pago de los perjuicios causados por el embargo de los bienes de la sucesión, también la Sala comparte lo dispuesto en sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

1) Si bien es cierto que un embargo de bienes en exceso de la deuda insoluta puede ocasionar perjuicios, tales perjuicios deben estar debidamente probados y

cuantificados para proceder a su reconocimiento como lo ordena hoy el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

2) En el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho en materia impositiva, en principio, sólo es dable a título de reconocimiento del derecho fijar el impuesto definitivo u ordenar la devolución de lo pagado indebidamente.

3) La liquidación de un impuesto, por sí sola, no constituye un perjuicio por existir contra ella acciones para lograr su modificación, según lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección. En sentido similar el solo cobro ejecutivo tampoco lo configuraría, sino las medidas cautelares excesivas o injustificadas y, en todo caso, comprobadas.

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) CONFIRMANSE los numerales 1°, 2°, 4° y 5° de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 5 de Agosto de 1994 en el juicio 19002.

2) REVOCASE el numeral 3° de la sentencia apelada; en su lugar MODIFICASE la cuantía del mandamiento de pago No. 00146 del 2 de Septiembre de 1992 y FIJASE su valor en la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (3.305.332) sobre la cual deberá continuar la ejecución.

3) RECONOCESE personería a la doctora Nohora Inés Matiz Santos a términos del poder que obra a folios 183 del cuaderno principal.

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.

PUNTO NUEVO. DEMANDA - Contenido. LIQUIDACION DE REVISION

El planteamiento de la actora al sustentar el recurso de apelación de una supuesta extemporaneidad en la liquidación de revisión, tomando como base la fecha de la declaración inicial y, haciendo las cuentas correspondientes para demostrar que la notificación se produjo por fuera del término legal; lamentablemente la actora no advirtió la mencionada extemporaneidad al formular la demanda ante esta jurisdicción y solo lo vino a hacer con motivo del recurso de apelación, lo cual jurídicamente no es válido porque no se puede acceder a aquello que no se encuentre formulado en la demanda como imputación a los actos acusados. De manera que el no haberse propuesto en la demanda la mencionada extemporaneidad de la liquidación de revisión, circunstancia que solo fue advertida y solicitada con motivo del recurso de apelación, no se le da prosperidad al cargo.

DEDUCCION POR SALARIOS OCASIONALES - Improcedencia. APORTES PARAFISCALES

A través de la actuación administrativa y jurisdiccional el demandante sostiene que la partida de salarios rechazada incluye pagos de personal extra, sin vínculo laboral sobre los cuales la ley no exige aportes parafiscales siendo por lo tanto deducible esta suma; sin embargo se precisa que los documentos aportados en modo alguno indican el nombre y NIT de cada una de las personas que prestaron servicios ocasionales al Club durante 1986, el término de duración de tales servicios, etc., información que bien pudo haberse obtenido de las respectivas cuentas de cobro y comprobantes de contabilidad para complementar la información reseñada.

DEDUCCION POR REPARACIONES LOCATIVAS

Como quiera que no se trata de establecer la realidad de las erogaciones por concepto de reparaciones locativas sino si tales pagos corresponden al concepto de reparación locativa, dado que la Administración encontró algunas que considera gastos de inversión, se procedió al examen de la relación discriminada con el resultado de que tales relaciones no especifican en que consisten las reparaciones locativas solicitadas como deducción, pues tales documentos solo indican el nombre de los beneficiarios, Nit, números de facturas, comprobantes de pago y el código de la cuenta a cargo. Por lo tanto no habiéndose comprobado en qué consisten las reparaciones locativas que el actor discute en esta jurisdicción, se habrá de confirmar su rechazo.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

El agotamiento de la vía gubernativa es necesario para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero tal agotamiento se produce cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso, cuando los recursos se han resuelto y cuando el acto administrativo quede en firme por haber sido interpuestos los recursos de reposición y queja. De suerte que, el agotamiento de la vía gubernativa se relaciona con la interposición de los recursos que consagra la ley y no con los hechos o motivos alegados como fundamento de los mismos, no obstante que el artículo 52 del C.C.A. y el artículo 722 del Estatuto Tributario exigen al recurrente presentar la "expresión concreta de los motivos de inconformidad".

PERDIDAS FISCALES - Compensación. SOCIEDAD COMERCIAL. ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO

El artículo 84 de la Ley 75 de 1986 establece que las sociedades pueden compensar las pérdidas fiscales sufridas en cualquier período gravable, con las rentas que se obtuvieron dentro de los cinco períodos gravables siguientes. Pues bien aunque el saldo de esta cuenta aparece en la declaración de renta por la suma de $21.156.233 y la Administración de Impuestos al practicar la liquidación de revisión compensó pérdidas fiscales por la suma de $1.420.192 hubiera sido procedente aceptar por este concepto la cuantía de $2.811.055 que resulta de la diferencia entre lo reconocido por la Administración y el 20% de $21.156.233 ($4.231.246); pero la norma en que se sustenta la petición solo está prevista para las socie-

dades, y el contribuyente ostenta la condición de "entidad sin ánimo de lucro", no siendo por lo tanto viable acceder a la deducción impetrada.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., diez de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referente: Expediente No. 5900 Actor: CARMEL CLUB CAMPESTRE. Apelación sentencia de 14 de septiembre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto de Renta y patrimonio año gravable 1986). Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandada como por el apoderado Judicial de CARMEL CLUB CAMPESTRE Nit. 60.006.800, contra la sentencia de 14 de septiembre de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda formulada por el mencionado contribuyente en relación con los actos de determinación del impuesto de renta, ganancias ocasionales y sanción por inexactitud correspondiente al año gravable 1986.

ANTECEDENTES

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el 23 de mayo de 1989 mediante requerimiento ordinario 000021 solicitó al contribuyente la demostración de costos solicitados en la declaración de renta por $61.425.108, aportes parafiscales por $8.339.625, otras deducciones por $50.914.560 y pasivos por $65.088.417. (Fls 61/63).

Una vez contestado el anterior requerimiento, la División de Fiscalización expidió el requerimiento especial 0000126 de septiembre 15 de 1989 en el cual concretó los varios aspectos de la declaración de renta que se proponía modificar (costos, aportes parafiscales, deducciones por intereses, reparaciones locativas, rechazo de pasivos, anticipo año 1987). (Fls. 67/74).

El mencionado requerimiento especial también fué respondido por el contribuyente acompañando al efecto varios documentos tendientes a desvirtuar las glosas formadas por la Administración. (Fls. 83/132).

Sin embargo, la División de Liquidación el 16 de abril de 1990 produjo la liquidación de Revisión 0052 presionando cada uno de los rechazos y en fundamen-

to legal de los mismos e imponiendo sanción por inexactitud de acuerdo con el artículo 647 del Estatuto Tributario. (Fls. 33/38).

En el recurso de reconsideración el contribuyente impugnó el rechazo de intereses, auxilios extralegales, salarios, reparaciones locativas, indemnizaciones y sanción por inexactitud de lo cual la División de Recursos Tributarios solo accedió a reconocer reparticiones locativas por $3.087.002 y deducción por alquiler de equipos en cuantía $460.150 (fls 39/59).

Agotada la vía gubernativa con expedición de la Resolución 000142 de mayo 20 de 1991, el contribuyente ocurrió en demanda ante el tribunal para impugnar los actos acusados en cuanto a los siguientes puntos:

a) Rechazo de pagos de personal extra, sin vínculo laboral ($15.353.977) por falta de aportes parafiscales .

b) Rechazo de deducción por reparticiones locativas ($25.512.857) por conservación, mantenimiento y reparación de activos del club.

c) Aplicaciones del Artículo 84 de la Ley 75 de 1986 para que se efectúe amortización previa de las pérdidas fiscales ocurridas en ejercicios anteriores cuyo saldo por amortizar a la fecha de prestación de la demanda de $8.280.478 y que deberán compensarse con las utilidades fiscales (renta líquida) que finalmente se determina para al año gravable 1986.

d) Liquidación del anticipo para el año gravable 1987 ($11.951.054).

e) Determinación de la sanción por inexactitud ($25.449.982).

Surtido el trámite procesal de rigor, el Tribunal una vez efectuó el estudio de los aspectos sobre los cuales versa la controversia, no le dió prosperidad al cargo de rechazo de salarios por falta de aportes parafiscales, pero en cambio sí accedió a reconocer parcialmente deducciones por concepto de reparación locativa ($12.951.228) de acuerdo con las pruebas allegadas.

Respecto a la no aplicación del artículo 84 de la Ley 75 de 1986 sobre la amortización previa de pérdidas fiscales de ejercicios anteriores y la determinación del anticipo para el año gravable 1987, el tribunal precisó que por no haber sido propuestos estos temas en la etapa administrativa se inhibía de hacer pronunciamientos de mérito por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

Se observa en la nueva liquidación que practicó el Tribunal que al aceptar reparaciones locativas por el valor de $12.951.228, la sanción por inexactitud se rebaja en proporción a la deducción reconocida parcialmente; además, se incluye dentro de la misma el valor del anticipo del año gravable de 1987. (Fls 199/215).

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la Nación- Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales - impugna la sentencia argumentando que el contribuyente no demostró que el rechazo de salarios ($15.353.977) corresponde a la deducción de servicios ocasionales; y además, que el rechazo de estas deducciones constituyen un hecho sancionable al tenor del artículo 647 del Estatuto Tributario, no evidenciándose la alegada diferencia de criterios entre la Administración y el contribuyente.

Además, censura la aceptación parcial de reparaciones locativas que efectuó el Tribunal, porque a su juicio estas expensas no cumplen los requisitos de la necesidad, proporcionalidad con los ingresos, pero especialmente porque carecen de la relación de causalidad. Señala que los anteriores presupuestos en ningún momento han sido acreditados por medios probatorios idóneos. (Fls. 219/223).

A su turno, el apoderado judicial del actor apela la decisión del Tribunal planteando, en primer lugar, la extemporaneidad de la liquidación de revisión No. 0052 de abril 16 de 1990 en razón de que la declaración de renta y patrimonio fue presentada por el contribuyente el 18 de septiembre de 1987 y la Administración solo disponía de dos años para modificarla, es decir, hasta el 18 de septiembre de 1989, pues en este caso le era aplicable el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 y en modo alguno del artículo 714 del Estatuto Tributario, según el cual los dos años se computan desde la fecha de vencimiento del plazo para declarar y la notificación del requerimiento especial.

Sostiene que como el término de fiscalización y determinación de los impuestos a cargo del contribuyente empezó a partir de la fecha de presentación de su declaración tributaria, el nuevo procedimiento que entró a regir el 29 de diciembre de 1987 (artículo 53 del Decreto 2503 de 1987) no le es aplicable en virtud de la excepción consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual los términos que hubieren empezado a correr en las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se rigen por la ley vigente del tiempo de su iniciación.

Invoca como sustento de sus argumentos el auto de enero 23 de 1975 del Consejero Ponente, Doctor Miguel Lleras Pizarro relievando que la notificación de la liquidación de revisión 052 efectuada el 16 de abril de 1990 es extemporánea por encontrarse vencido el término legal de (2) años señalados por el artículo 75 de

la Ley 9a. de 1983, es decir contados desde la fecha de presentación de la declaración y la nofiticación de la liquidación de revisión.

Asimismo el apelante precisa que de no ser viable acceder a la declaratoria de "inexistencia de la liquidación de revisión" en cuyo caso quedaría en firme la liquidación privada presentada por el año discutido, insistente en la aceptación de los pagos efectuados al personal extra sin vínculo laboral ($15.353.977) que fueron desestimados por la Administración porque sobre tales sumas no se efectuaron los aportes parafiscales.

Anota que sería ilegal la exigencia de aportes parafiscales sobre la partida rechazada porque el Carmel Club Campestre durante el año gravable de 1986 efectuó pagos a personal extra, sin vínculo laboral el cual fue utilizado en trabajos y eventos sociales ocasionales y por ende accidentales y transitorios.

Relieva que, como bien lo puntualizó en el recurso de reconsideración, de los $85.011.124 que registra el renglón 208 de la declaración de renta (salarios, prestaciones y otros pagos laborales), $50.294.295 corresponden a pagos principales directos sobre los cuales el contribuyente efectuó el respectivo aporte parafiscal ($4.023.544); pero que sobre $17.320.807 por concepto de prima de vacaciones, de servicio extralegal, prima de antigüedad, auxilio extralegal, cesantías, intereses sobre cesantías y prima de servicios, no se realizó ningún aporte parafiscal porque las normas legales pertinentes no lo exigen, como tampoco para honorarios ($89.167) y para servicios prestados por personal ocasional($17.306.855).

Observa que según el detalle de los gastos que registra el anexo No. 2 visible a folios 138 a 143 del expediente se efectuaron pagos a personal extra sin vinculación laboral en las siguientes actividades del Carmel Club Campestre.

Personal extra		**Personal de nómina**
- Gasto Golf	$219.395	- (sueldos al personal $8.313.538)
- Gasto Club	993.033	- (sueldos al personal $5.201.249)
- Gasto alimentos y Bebidas	9.981.876	- (sueldos al personal $7.154.155)
- Gastos fiestas y banquetes	1.902.320	- (Sueldos al personal $-0-)
- Gastos casa club	1.150.938	- (sueldos al personal $7.671.912).
- Gastos lavandería	20.070	- (sueldos al personal $513.910)
- Gastos reparación y mantenimiento	132.590	- (sueldos al personal $6.273.122)
- Gastos administración	953.675	- (sueldos al personal $10.477.000)
TOTAL	**$15.353.977**	

Destaca que habida consideración de que se acreditó ante la Administración Tributaria cuál era el personal de nómina al servicio del Carmel Club Campestre en el año de 1986 (163 empleados), en la demanda solicitó expresamente se decretara inspección contable sobre los libros de contabilidad para determinar si la partida de $ 19.521.152 rechazada en la liquidación de revisión por falta de aportes parafiscales, no es parte integrante de la nómina mensual de salarios por corresponder al personal extra sin vínculo laboral y que prestó al contribuyente servicios ocasionales, accidentales y transitorios durante el año gravable de 1986.

Así mismo precisa que esta prueba tenía por objeto que los peritos contadores que la practican establecieran si dentro de la contabilidad se llevaban cuentas separadas de la nómina mensual de salarios de los trabajadores permanentes y de los pagos al personal extra sin vínculo laboral, que prestaron al contribuyente servicios ocasionales, accidentales y transitorios durante el año de 1986; anotando que es evidente la relación de causalidad con la renta declarada en estas entidades o clubes sociales, dado que no pueden tener vinculado laboralmente como trabajador permanente al personal extra que sólo se utiliza para servicios sociales, fiestas, eventos deportivos y culturales, matrimonios, etc., que ocurren esporádicamente en forma ocasional, accidental o transitoria durante el año gravable, pues la carga prestacional y de su condición de entidad sin ánimo de lucro del Club Social no permite costearlos o asumirlos en forma permanente.

Esta prueba no aparece decretada por el Magistrado Sustanciador que conoció en primera instancia y tampoco impugnado el auto visible a folio 172 del expediente mediante el cual se cerró la etapa probatoria.

Como segundo punto de fondo el apelante avoca el rechazo de parte de las reparaciones locativas ($12.561.629) cuyo desconocimiento inicial por parte de la Administración fue del orden de $28.599.859, disminuido este valor en $3.087.002 por la Resolución 0142 de mayo 20 de 1991 y también en $12.951.228 en virtud del reconocimiento que hizo el Tribunal en sentencia de 14 de septiembre de 1994.

La División de Recursos Tributarios que luego del estudio de los diferentes comprobantes que complementan la certificación de contador público allegada, solo acepta como reparaciones locativas las que describen las facturas que se detallan en la mencionada Resolución, pues aparecen otros gastos que considera "inversiones" que no encajan dentro del concepto de reparaciones locativas.

De otro lado el Tribunal con fundamento en los comprobantes de contabilidad y su respectivos soportes que fueron allegados al proceso, también efectuó el examen respectivo reconociendo reparaciones locativas hasta la suma de $12.951.228 quedando un saldo por aceptar de $12.561.629 el cual es objeto de impugnación.

La prueba contable solicitada para demostrar la realidad en las erogaciones por concepto de reparaciones locativas, tampoco fue decretada por el Tribunal.

El tercer punto de impugnación es el referente a la determinación del anticipo para el año gravable de 1987 y la amortización de pérdidas fiscales en años anteriores que registran el renglón 249 del formulario oficial (artículo 84 de la Ley 75 de 1986), aspectos sobre los cuales el Tribunal se abstuvo de pronunciarse por una supuesta falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Acerca del agotamiento de la vía gubernativa el apelante invoca la sentencia de 6 de mayo de 1994 (expediente 5299, Ponente: Doctor Jaime Abella Z.) en la cual se reitera que la vía gubernativa se agota cuando no procede ningún recurso contra los actos administrativos, cuando los recursos han sido resueltos y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja; y no con los hechos o motivos alegados como fundamento de los mismos.

Respecto a la amortización de pérdidas fiscales de ejercicios anteriores señala que el *a-quo* incurrió en una indebida aplicación del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, a más de que si la Administración en 1986 había reconocido por este concepto la suma de $1.420.192, resulta compensable esta deducción hasta concurrencia de un monto de la renta liquida que en este proceso se determine. Observa que el saldo de las pérdidas acumuladas de años anteriores (no compensadas) a 31 de diciembre de 1986 asciende a $21.156.233 (renglón 85 de la declaración); y el saldo de las pérdidas fiscales por amortizar a diciembre 31 de 1990 según certificación de contador es del orden de $8.280.478 (fl. 136).

El cuarto punto de la apelación es el atinente a la sanción por inexactitud que, si bien la sentencia del Tribunal dispuso no imponerla sobre el rechazo de los pagos efectuados al personal extra sin vínculo laboral ($15.353.977), en razón de que este hecho no está consignado como inexactitud sancionable (artículo 647 del Estatuto Tributario), sin embargo, por error en la nueva liquidación practicada no se reflejó esta decisión.

El apelante fundamenta su pretensión en apartes del fallo proferido el 13 de marzo 1989 (expediente 1761, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate) en el cual se puntualiza:

> "No se configura inexactitud por errores de apreciación o diferencia de criterio relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

"Una cosa es no poder probar los hechos denunciados y otra cosa que sean inexactos. Dada la presunción de veracidad de las declaraciones Tributarias, corresponde a la Administración demostrar la inexactitud, en ejercicio de sus facultades y por los medios probatorios de que dispone.

"La inexactitud no puede presumirse por el hecho de que el contribuyente no demuestre totalmente los hechos que denuncia o porque aplique mal el derecho.

"Según la tipificación legal, la inexactitud consiste en la utilización de maniobras fraudulentas en las declaraciones, tendientes a ocultar la verdad que el contribuyente debe llevar al conocimiento de la Administración, mediante la denuncia de los hechos gravables." (Fl. 258).

Luego de hacer otras consideraciones el apelante solicita se corrija el error aritmético que contiene la liquidación practicada por el Tribunal al no excluir de la base de sanción por inexactitud los pagos efectuados al personal extra sin vínculo laboral, pues según liquidación que hace de tal sanción considera que el valor máximo que debió liquidarse en la sentencia apelada es de $8.304.545. (Fls. 239/207).

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado del actor descorre el traslado para alegar de conclusión insistiendo en la petición en que se sustenta el recurso de apelación, en el sentido de que en el *sub-exámine* se presenta "inexistencia de la liquidación oficial de revisión acusada", por haber sido practicada extemporáneamente, pues el término de dos (2) años que tenía la Administración para hacerlo válidamente venció el 18 de septiembre de 1989.

Sostiene que de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado que contiene el auto de fecha 23 de enero de 1975 cuyo ponente fue el Doctor Miguel Lleras Pizarro, a la cual se acoge, la inexistencia del acto administrativo de la Liquidación de revisión por haber sido practicada extemporáneamente, puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso en cualquier tiempo y aún de oficio.

Subsidiariamente sostiene que la sentencia recurrida también tendría que ser revocada por el *ad-quem* con base en las pruebas que obran en los antecedentes administrativos y las que se acompañaron con la demanda porque:

1o. -Es ilegal la exigencia de aportes parafiscales en cuanto a los pagos por $15.353.977 efectuados por el contribuyente en 1986 al personal extra sin vínculo

laboral, utilizando en su sede social en eventos sociales ocasionales de corta duración, cuyos pagos no se registran en la nómina de salarios de los trabajadores permanentes.

2o. -También es ilegal el rechazo de parte de las reparaciones locativas por valor de $12.561.629 debido a que son gastos ordinarios y proporcionados de acuerdo con la actividad social, cultural y deportiva del CARMEL CLUB CAMPESTRE en que incurrió mes a mes durante el año gravable de 1986 y en ningún caso gastos o inversiones que deban activarse y, por lo tanto, deducibles en su totalidad de los ingresos del año gravable.

3o. -Es improcedente la sanción por inexactitud que se liquidó en la sentencia por valor de $18.611.733, pues para determinarse tuvo en cuenta tanto el rechazo de la deducción de salario por falta de aportes parafiscales como el correspondiente a reparaciones locativas, sin advertir que se trataba de diferencias de criterio entre la Administración y el contribuyente.

4o. -Que es errado el criterio del Tribunal en cuanto al agotamiento de la vía gubernativa, puesto que se inhibió para decidir sobre la amortización de pérdidas fiscales acumuladas de ejercicios anteriores, (Artículo 84 de la Ley 75 de 1986), habida consideración de que la Administración aceptó en la liquidación de revisión por este concepto la suma de $1.420.190, siendo el saldo por amortizar de la mencionada cuenta a diciembre 31 de 1990 la suma de $8.280.478.

Asimismo, que por la mal denominada "falta de agotamiento de la vía gubernativa" no se pronunció el Tribunal respecto a la exclusión del anticipo para el año gravable de 1987 ($11.951.054), partida esta que debe ser eliminada de la liquidación de revisión de acuerdo con el criterio legal expuesto en sentencia de fecha 5 de febrero de 1993, expediente No. 4454, de la cual fue Ponente el señor consejero Doctor Guillermo Chahín Lizcano. (Fls. 271/277).

También en oportunidad procesal la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos de Aduana Nacional formula su alegato de conclusión para relievar lo siguiente:

a) De acuerdo con sentencia de fecha septiembre 20 de 1991 (expediente 2877), Consejero Ponente, Doctor Carmelo Martínez Conn) existe imposibilidad de alegar nuevos hechos con ocasión del recurso de apelación puntualizando al respecto lo siguiente:

"... si los hechos que se presenten en la vía gubernativa suponen el marco de la demanda ante la jurisdicción, qué puede decirse frente a los hechos presen-

tados con ocasión de la demanda y el recurso de apelación, que es el caso en el cual nos encontramos, pues es patético que jamás presentó en al vía gubernativa y menos aún con ocasión de la demanda, siendo esta situación ostensiblemente diferente a la ocurrida con ocasión de la sentencia del 6 de mayo de 1994, que cita el actor en su escrito de apelación". (Fl. 279).

Por lo anterior la parte opositora solicita que la petición de "extemporaneidad de la liquidación de revisión" sea denegada por carecer de fundamento legal.

b) Que es procedente el rechazo de salarios por falta de aportes parafiscales ($15.353.977) debido a que, si bien el actor afirma que esta partida corresponde al pago de servicios de personal extra sin vínculo laboral que realizó trabajos ocasionales, en el proceso no aparecen pruebas que indiquen qué personas desempeñaron labores extras de corta duración, no mayores de un mes (artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo).

c) Que es legal el rechazo de parte de las reparaciones locativas ($12.561.629) debido a que, si bien es cierto que con base en las pruebas allegadas se reconocieron como tales la suma de $16.038.230, en razón de que allí aparecían claramente los conceptos de las erogaciones, sobre el saldo solicitado se carece de información y pruebas hechas que indiquen si los pagos corresponden al concepto de reparaciones locativas o a gastos de inversión.

d) Que es procedente la sanción por inexactitud en su totalidad, porque en el *sub-exámine* no se presenta diferencia de criterios, pues para ello se requiere que exista una norma que tenga vacíos, resulte contradictoria con otra y admita varias, interpretaciones. (Fls. 278/283).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte de la Delegada Séptima de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación. (Fl. 208 vuelto).

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala estudiar y decidir el punto principal formulado por el apelante en el recurso incoado según el cual es inexistente la liquidación de revisión del impuesto de renta de 1986 por extemporánea.

Argumenta que en el *sub-exámine* hay lugar a declarar la nulidad de la liquidación de revisión No. 0052 debido a que ésta fue notificada fuera del término previsto en la ley, porque si bien la declaración de renta fue presentada por el

contribuyente el día 18 de septiembre de 1987 los dos (2) años a que se refiere el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 (hoy artículo 714 del Estatuto Tributario) se vencieron el 18 de septiembre de 1989 y en modo alguno con la notificación del requerimiento especial 00126, el cual se produjo el 15 de septiembre de 1989.

Observa que en este caso la norma aplicable es el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983, puesto que si los términos para investigar y modificar la Administración la declaración de renta del contribuyente empezaron a correr a partir del 18 de septiembre de 1987, por ello es viable invocar la excepción consagrada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Pues bien, la Sala considera que esta petición no puede ser analizada en esta oportunidad por razón de que el demandante no la formuló en la demanda y solo ahora, con motivo del recurso de apelación ha sido objeto de planteamiento por la actora.

En varios fallos proferidos por la Sección Cuarta de la Corporación se ha expuesto el criterio jurisprudencial aplicable al caso en estudio, el cual aparece, entre otras providencias, en la sentencia de mayo 8 de 1992, actor: Gillette de Colombia S.A., en donde se puntualiza lo siguiente:

> "Plantea la actora al sustentar el recurso de apelación una supuesta extemporaneidad en la liquidación de revisión, tomando como base la fecha de la declaración inicial y, haciendo las cuentas correspondientes para demostrar que la notificación se produjo por fuera del término legal; lamentablemente la apoderada de la actora no advirtió la mencionada extemporaneidad al formular la demanda ante esta jurisdicción y sólo lo vino a hacer con motivo del recurso de apelación, lo cual jurídicamente no es válido porque no se puede acceder a aquello que no se encuentre formulado en la demanda como imputación a los actos acusados. Por los tanto se desestima tal pretensión que contiene el escrito sustentatorio de la apelación." (Expediente No. 3783, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano).

De manera que, al no haberse propuesto en la demanda la mencionada extemporaneidad de la liquidación de revisión, circunstancia que solo fue advertida y solicitada con motivo del recurso de apelación, no se le da prosperidad al cargo.

Dilucidado el anterior aspecto procedimental procede la Sala a examinar los demás puntos propuestos subsidiariamente en la apelación así:

1o. -Rechazo de parte de salario por falta de aportes parafiscales. -Según lo registra el renglón 208 de la declaración de renta, el actor solicitó deducción por

salarios la suma de $ 85.011.124 de la cual $13.737.367 corresponden a cesantías, intereses, primas de servicios, es decir que en principio del rubro de salarios por aceptar sería de $71.273.759.

Empero la Administración de Impuestos de Bogotá de acuerdo con la nómina del personal allegada (folio 8/69 antecedentes administrativos) solo aceptó como deducción por salario la suma de $51.752.605, pues consideró que sobre este valor el contribuyente canceló los respectivos aportes parafiscales, desestimando por lo tanto la suma de $19.521.152.

A través de la actuación administrativa y jurisdiccional el demandante sostiene que la anterior partida de $19.521.152 incluye pagos de personal extra, sin vínculo laboral que ascienden a $15.353.977 sobre los cuales no exige aportes parafiscales, siendo por lo tanto deducible esta suma.

En la resolución mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración se precisa que no se accede a lo solicitado porque el contribuyente no ha demostrado con pruebas idóneas los servicios temporales, es decir que se trata de remuneraciones por servicios ocasionales o transitorios cuya duración fuera inferior a un mes el labores distinta a las actividades normales del patrono.

Como el apelante se remite a las pruebas aportadas con motivo de la respuesta del requerimiento especial (radicado 06241 de diciembre 15 de 1989) y las acompañadas a la demanda, se procede entonces a su examen así:

a) En los antecedentes administrativos aparecen relaciones contentivas de los nombres de 163 empleados con sus identificaciones tributarias con indicación de los conceptos de los pagos efectuados en 1986 por concepto de sueldos básicos, horas extras, primas, etc. por valor total $51.752.605. (Fls. 128/189).

Asimismo, a folio 189 (000173 marcador negro) la planilla expresa: "VARIOS MENORES PERSONAL EXTRA $15.355.803"

b) Como prueba allegada en la demanda para demostrar la ocasionalidad de los pagos a personal extra por servicios sin vínculo laboral a folios 138/143 se registran relaciones de gastos efectuados por el Carmel Club Campestre así:

GASTOS GOLF	
Sueldos	$ 8.313.538.24

Personal Extra	$ 219.395.00
GASTOS ACTIVIDADES	
Sueldos	$ 5.201.249.31
Personal Extra	$ 993.033.00
GASTOS ALIMENTOS Y BEBIDAS	
Sueldos	$7.154.154.62
Personal extra	$9.981.976.00
GASTOS FIESTAS Y BANQUETES	
Personal extra	$1.902.320.00
GASTOS CASA CLUB	
Sueldos	$7.671.912.60
Personal extra	$1.150.938.70
GASTOS LAVANDERIA	
Sueldos	$513.909.69
Personal Extra	$20.050.00
GASTOS REPARACION Y MANTENIMIENTO	
Sueldos	$6.273.121.95
Personal Extra	$132.590.00
GASTOS ADMINISTRACION	
Sueldos	$10.447.000.16
Personal Extra	$953.675.000"

De acuerdo con lo anterior se aprecia que estos documentos en modo alguno indican el nombre y Nit de cada una de las personas que presentaron servicios ocasionales al Club durante 1986, el término de duración de tales servicios, etc., información que bien pudo haberse obtenido en las respectivas cuentas de cobro y comprobantes de contabilidad para complementar la información anteriormente reseñada.

Ante esta deficiencia probatoria la Sala habrá de confirmar la actuación de la Administración en cuanto a este punto. No prospera el cargo.

2o. Rechazo parcial de reparaciones locativas ($12.561.629). -El contribuyente solicitó por este concepto deducciones por valor de $28.599.859 las cuales fueron desestimadas en la liquidación de revisión por falta de relación de causalidad. Con motivo del recurso de reconsideración la Administración Tributaria de acuerdo con prueba allegada por el contribuyente reconoció la suma de $3.087.002 y el Tribunal al decidir la aceptación de la demanda aceptó adicionalmente la suma de $12.951.228, porque consideró que según los documentos que registra el expediente esta partida corresponde al pago de expensas necesaria por reparaciones locativas, pues el Carmel Club Campestre para poder desarrollar a cabalidad su objeto social incurrió en gastos para la conservación, mantenimiento y funcionamiento del complejo de edificios, campos deportivos, piscinas, muebles y equipos de oficina, maquinarias, herramientas, vehículos automotriz y plantas y equipos eléctricos.

Para la aceptación de la diferencia no reconocida el recurrente se remite a la relación discriminada mes por mes, tomada de los libros de contabilidad debidamente certificada por contador público prueba que considera suficiente para la aceptación total de las reparaciones locativas (artículo 777 del Estatuto Tributario).

Pues bien, como quiera que no se trate de establecer la realidad de las erogaciones efectuadas por este concepto ($28.599.859), sino si tales pagos corresponden al concepto de reparación locativa, dado que la administración encontró algunos que considera gastos de inversión , la Sala procede al examen de la aludida relación discriminada con el resultado de que tales relaciones no especifican en qué consisten las reparaciones locativas solicitadas como deducción, pues tales documentos solo indican el nombre de los beneficiarios, Nit, números de facturas, comprobantes de pago y el código de la cuenta cargo.

Por lo tanto, no habiéndose comprobado en qué consisten las reparaciones locativas que en cuantía de $12.561.629 el actor discute ante esta jurisdicción, la Sala habrá de confirmar la sentencia en cuanto a este punto. No prospera el cargo.

3o. Liquidación del anticipo y amortización de pérdidas fiscales.- El Tribunal se inhibió al considerar que como el contribuyente no impugnó ante las oficinas de Impuestos estos puntos, no quedó agotada la vía gubernativa como lo prevé el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto la Sala observa que como bien lo expresa la sentencia de 6 de mayo de 1994 (Expediente No. 5299, Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate) el agotamiento de la vía gubernativa es necesario para acudir ante la juridicción de lo contencioso administrativo, pero que tal agotamiento se produce cuando contra los actos administrativos no procede ningún recurso, cuando los recursos se han re-

suelto y cuando el acto administrativo quede en firme por haber sido interpuestos los recursos de reposición y queja.

De suerte que, el agotamiento de la vía gubernativa se relaciona con la interposición de los recursos que consagra la ley y no con los hechos o motivos alegados con fundamento de los mismos, no obstante que en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 722 del Estatuto Tributario exige al recurrente presentar la "expresión concreta de los motivos de inconformidad".

Visto lo anterior, la Sala estima que el tribunal debió pronunciarse de fondo sobre estas peticiones que fueron formuladas por el actor en el libelo de demanda y en modo alguno inhibirse por una presunta falta de agotamiento de la vía gubernativa.

La Sala procede a examinar la viabilidad de las pérdidas fiscales acumuladas de años anteriores, al tenor de lo preceptuado por el artículo 84 de la Ley 75 de 1986.

En efecto, la mencionada norma establece que las sociedades pueden compensar las pérdidas fiscales sufridas en cualquier período gravable, con la rentas que se obtuvieron dentro de los cinco períodos gravables siguientes.

Pues bien, aunque el saldo de esta cuenta aparece en la declaración de renta (reglón 85) por la suma de $21.156.233 y la Administración de impuestos al practicar la liquidación de revisión compensó pérdidas fiscales por la suma de $1.420.192, hubiera sido procedente aceptar por este concepto la cuantía de $2.811.055 que resulta de la diferencia entre lo reconocido por la Administración y el 20% de $21.156.233 ($4.231.246); pero la norma en que se sustenta la petición solo está prevista para las sociedades, y el contribuyente ostenta la condición de "entidad sin ánimo de lucro", con personería jurídica reconocida por resolución No. 881 de abril 12 de 1956, no siendo, por lo tanto viable acceder a la deducción imputada. No prospera la súplica.

En cambio, sí habrá de prosperar la petición en cuanto a la exclusión del anticipo de la liquidación de revisión del año gravable de 1986 con base en lo expuesto en sentencia de 5 de febrero de 1993 cuyos argumentos en esta oportunidad se reiteran.

Dijo entonces la Sala:

"No queda duda entonces de que el "anticipo" forma parte de la liquidación privada del contribuyente, tanto que la mora en su pago genera intereses en igual forma que la causa el no pago oportuno del impuesto. Así mismo la

equivocación que su liquidación incurra el contribuyente, puede ser corregida por la administración.

"Pero indudablemente, la determinación del anticipo debe hacerse sobre la liquidación privada del impuesto, pero nó en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones:

"1) Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumando el plazo de que goza la administración de impuestos para practicar la liquidación de revisión la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado de ser hipotética o incierta, pues ya ha fenecido el ejercicio impositivo, ya que se ha presentado o ha debido presentarse la declaración de este otro ejercicio y cuantificado, por lo menos previamente el impuesto, caso en el cual la presunción establecida por la ley, de "ingreso futuro", ha desaparecido para dar paso a una cuantificación real de los hechos económicos del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

"2) Porque la determinación del anticipo no puede hacer parte de la liquidación de revisión, ya que ésta sólo puede comprender de acuerdo con lo proveído del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 y vigente entonces, (hoy artículo 712 del Estatuto Tributario), el período gravable correspondiente, y no hay duda que el período fiscal por el cual se practicó la liquidación acusada es el año 1985, distinto del de 1986 y en manera alguna, dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

"3) Porque precisamente el acto administrativo de determinación de impuestos constituye la liquidación oficial del impuesto se efectúa con base en los hechos probados que aparezcan en el expediente, mientras que el anticipo es un cálculo hipotético sobre hechos futuros.

"No hay duda entonces que cuando la Administración de Impuestos en el acto administrativo de liquidación oficial del tributo de 1985, (liquidación No... de fecha...) determina un anticipo fiscal para el año de 1986, incluyéndolo como factor de liquidación de revisión, excede la voluntad de la ley y por tanto, debe anularse en lo pertinente." (Expediente 4454, actor: Seguros Comerciales Bolívar S.A. Consejero Ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano).

Como quiera que el tribunal practicó una nueva liquidación del impuesto de renta en la cual aparece la partida de $11.951.054 por concepto de anticipo del año gravable 1987, se procederá a su modificación con el fin de eliminar tal rubro.

4o. **-Sanción por inexactitud.-** Habida consideración de que el rechazo por salario obedeció a una diferencia de criterios con las oficinas de impuesto como lo precisó el a-quo en la sentencia, pero que en la nueva liquidación que practicó no se disminuyó la base de la sanción en la respectiva suma, habrá de enmendarse este yerro como lo solicita el apelante (fl. 255). Prospera la súplica.

Por tanto, la nueva liquidación que se practica en esta instancia queda en los siguientes términos:

CARMEL CLUB CAMPESTRE

NIT. 60.006.800

Año gravable 1986

RENTA	BASE	IMPUESTO
La liquida según sentencia de septiembre 14 de 1994	$35.249.495	
Renta gravable	35.249.495	11.632.333
Más:impuesto de Ganancias Ocasionales		28.500
Sub- total		$11.660.883
Más: Sanción por inexactitud sobre $5.161.853 al 160%		8.258.965
Total impuesto y sanción por inexactitud a cargo		$19.919.798

Por lo expuesto el Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre del República de Colombia y por autoridad de la Ley,

1o. REVOCASE parcialmente la sentencia de 14 de septiembre de 1994 proferida en juicio No. 8613 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a la peticiones de la demanda formulada por CARMEL CLUB CAMPESTRE Nit. 60.006.800 en relación con los actos determinados del impuesto de renta y sanción inexactitud del año gravable de 1986.

2o. FIJASE en la suma de diecinueve millones novecientos diez mil diecinueve mil setecientos noventa y ocho pesos moneda corriente ($19.919.798 M/cte) el

valor del impuesto de renta y sanción por inexactitud que le corresponde pagar al mencionado contribuyente por el año gravable de 1986.

3o. RECONOCESE PERSONERIA a la doctora Ivonnie Gallardo Gómez de acuerdo con poder visible a folio 284 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase. Se deja constancia 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.

APORTES EN SOCIEDADES LIMITADAS - Valor Patrimonial. **PATRIMONIO NETO. PATRIMONIO LIQUIDO** - Determinación

El artículo 272 del Estatuto Tributario norma que codificó el artículo 119 del Decreto 2053 de 1974, establece sin lugar a equívocos el "valor patrimonial" de los aportes en sociedades limitadas, y exige que este debe estimarse en lo que a prorrata de los aportes, le corresponda al contribuyente "en el patrimonio neto de la entidad" o con base en el precio de adquisición si hubiere adquirido sus derechos, debiendo optar por el mayor valor de estas dos posibilidades. Es el patrimonio neto un concepto contable constituído por el activo menos el pasivo externo..." es decir que el mismo está representado por el patrimonio de los socios, de ahí que el legislador haya tomado este concepto para efectos de determinar el valor patrimonial de los "aportes" y no el patrimonio líquido que define el artículo 282 del Estatuto Tributario, puesto que este involucra el pasivo con terceros lo que afectaría el valor patrimonial real de los aportes en sociedades limitadas. Por tanto, el contribuyente al determinar el valor patrimonial de sus aportes en sociedades limitadas, con base en el patrimonio líquido de que trata el artículo 282 del Estatuto Tributario, y no de acuerdo con el patrimonio neto que ordena el artículo 272 *ibídem* determinó el valor patrimonial en forma incorrecta, razón por la cual fue acertado el proceder de las oficinas de impuestos al adicionar los mayores valores establecidos por concepto de aportes en sociedades limitadas.

DEDUCCION POR DEPRECIACION - Contabilización. **DEPRECIACION DE ACTIVOS FIJOS** - Reglamentación

La obligación de contabilizar las cuotas de depreciación se estableció en el artículo 42 inciso 1o. de la Ley 75 de 1986 (hoy art. 141 del Estatuto Tributario) que indicó que aquellas debían registrarse en los libros de con-

tabilidad del contribuyente "...en la forma que indique el reglamento..." y el Decreto Reglamentario 3019 de 1989 que reglamentó entre otros el art. 141 en mención, se expidió con fecha 26 de diciembre de 1989 y entró a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial, de donde se deduce que si bien para el año gravable de 1987, existía la obligación de contabilizar las cuotas de depreciación, al encontrarse condicionada al reglamento no podía ser aplicada para este año gravable. Además, el numeral 2o. del artículo 1o. del citado Decreto consagra reglas de transición, al indicar que los bienes adquiridos antes de 1989, debían seguirse depreciando de acuerdo con las normas vigentes con anterioridad a este decreto, que establecían la obligación del registro contable de la depreciación.

SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS - Procedencia. PLIEGO DE CARGOS - Sustitución. DERECHO DE DEFENSA. REQUERIMIENTO ESPECIAL

El argumento de que la Administración violó a su representado el derecho de defensa y el debido proceso al no habérsele enviado pliego de cargos como lo exige el citado art. 663 del Estatuto Tributario, apreciación que no es de recibo pues si bien esta disposición exige como requisito previo el pliego de cargos en garantía del derecho de defensa, este en el *sub-lite* no se vio afectado como quiera que la Administración al imponer la sanción en el acto administrativo de la liquidación de revisión previamente a esta envió al contribuyente el requerimiento especial, en el cual, propuso la sanción por gastos no explicados, concediéndose un término de tres meses para la respuesta. De esta manera, el contribuyente con ocasión de la respuesta al requerimiento especial tuvo la oportunidad para ejercitar su derecho de defensa con relación a la formulación de la sanción anunciada en el citado acto administrativo, sin que resultara vulnerado el derecho de defensa como se pretende.

PRUEBA DOCUMENTAL - Ineficiencia. DOCUMENTO PRIVADO - Fecha cierta. PASIVO - Comprobación. IMPUESTO DE TIMBRE

En cuanto a la prueba enviada por el contribuyente para desvirtuar la presunción de gasto establecida por la Administración de Impuestos con base en el extracto de Granahorrar con el que estableció que aquel con fechas 28 y 29 de diciembre realizó pagos a favor de un hermano del contribuyente, los que para este corresponde a la cancelación de una obligación (préstamos), se observa que el pagar aportado para demostrar tal

obligación no es idóneo, como lo advirtió la Administración de Impuestos en la resolución que resolvió el recurso gubernativo; puesto que tratándose de un documento privado para que el mismo pueda ser aducido como prueba contra el Estado, debe tener fecha cierta o auténtica, y ésta de conformidad con el artículo 767 del Estatuto Tributario se configura desde "cuando ha sido registrado o presentado ante un notario, juez o autoridad administrativa, siempre que lleve la constancia y fecha de tal registro o presentación". Lo que significa que si bien en este caso el contribuyente subsanó la omisión relacionada con el impuesto de timbre según declaración que también echó de menos la Administración, la fecha cierta del pagaré sería esta, es decir, posterior a la vigencia discutida y a la fecha en que se suscribió el correspondiente pagaré.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro. 5509. Actor: Jorge Eliecer Baron Ortiz. Apelación: sentencia del 4 de marzo de 1994 Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos Renta. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes: actora: JORGE ELIECER BARON ORTIZ y demandada: UNIDAD ADMINISTRADORA ESPECIAL-DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES. contra la sentencia del 4 de marzo de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la mencionada sociedad para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos - Personas Jurídicas de Bogotá, le determinó el impuesto de renta, complementarios y sanciones por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES:

El contribuyente Jorge Eliecer Barón Ortiz presentó declaración tributaria del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1987, el día 10 de agosto de 1988 en el Banco de Colombia, Sucursal Unicentro, ciudad de Bogotá, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a su cargo en la suma de $5.231.000.

Dentro del proceso de investigación y determinación del impuesto, la Administración modificó la liquidación privada anterior al adicionar al patrimonio líquido declarado mayores valores no declarados por concepto de aportes en las sociedades Jorge Barón Estudios Ltda. y Emisora Punto Cinco Ltda. (según certificaciones de estas sociedades); al rechazar deducción por depreciación y sancionar por inexactitud y por gastos no explicados. Proceder plasmado en la liquidación de Revisión No. 060046 de junio 5 de 1991.

Contra la anterior liquidación el contribuyente recurrió en reconsideración oportuna, en la cual solicitó la nulidad de la liquidación de revisión por falta de notificación del acta de inspección contable, así mismo objetó la adición al patrimonio, el rechazo a la deuda por depreciación y las sanciones que se le impusieron. Además, acompañó algunos documentos probatorios.

Conocido el recurso anterior la Administración confirmó en todas sus partes el acto administrativo recurrido, por cuanto las causas de nulidad se encontraban expresamente señaladas en el artículo 730 del Estatuto Tributario, y en cuanto a los rechazos y sanciones, éstos no habían sido desvirtuados.

LA DEMANDA:

La demanda en el título disposiciones violadas y concepto de violación, precisó que los actos Administrativos demandados, violaron las siguientes disposiciones: 127, 128, 272, 282, 647, 663, 742 y 770 del Estatuto Tributario.

Explicó que era indebida la adición al patrimonio líquido de los mayores valores determinados por concepto de aportes en sociedades limitadas, por cuanto la Administración tomó como base para fijar el valor de sus aportes el patrimonio neto de ellas y no el patrimonio líquido a que hace referencia el artículo 282 del Estatuto Tributario, que para él son términos sinónimos en sus efectos y alcances.

De igual modo consideró que era improcedente el rechazo a la deducción por depreciación y por lo mismo violatorio de los artículos 127 y 128 del Estatuto Tributario al exigírsele una condición contemplada en estas normas, "la de llevar libros de contabilidad para la procedencia de la deducción por depreciación".

También manifestó su inconformidad con las sanciones por inexactitud y por pagos no explicados. Por la primera indicó que no procedía conforme a fallo del Consejo de Estado del 13 de marzo de 1989, como quiera que la sociedad no utilizó maniobras fraudulentas en las declaraciones, sino que en realidad ocurrió una diferencia de criterio en la aplicación de la norma, al tomar el patrimonio líquido de

las sociedades para establecer el valor de sus aportes y al interpretar legalmente que tiene derecho a la deducción por depreciación no obstante no llevar libros de contabilidad. Respecto a la segunda señaló que con ella se violó el derecho de defensa y el debido proceso puesto que no se le envió pliego de cargos como lo exigen las disposiciones.

LA PARTE OPOSITORA:

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda oportunamente y en ella se opuso a las pretenciones del demandante manifestando que los cargos de violación expuestos no deben ser aceptados porque:

El artículo 6o. del Decreto 836 de 1991, en el cual se fundamenta para desvirtuar la adición de aportes al patrimonio, se refiere al valor patrimonial de acciones o cuotas de interés social, es decir que limita su aplicación a las sociedades anónimas y en comandita por acciones excluyendo a las limitadas y asimiladas; y que, la prueba en la cual se fundamentó la Administración, las certificaciones expedidas por el representante legal de cada una de las sociedades, es "plena prueba de confesión".

Se desconoce el ordenamiento legal contenido en el artículo 141 del Estatuto Tributario que ordena registrar en los libros de contabilidad las cuotas anuales de depreciación, y la obligación legal que tiene el contribuyente de llevar libros de contabilidad en razón a las actividades de índole mercantil que ha realizado.

Y, porque el contribuyente incurrió en las infracciones que lo hacen acreedor a las sanciones por inexactitud y gastos no explicados, sin que en este último caso la Administración hubiera omitido el pliego de cargos, porque este se subsumió en el requerimiento especial.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 4 de marzo de 1994, se pronunció en sentido parcialmente favorable, en los siguientes términos:

Consideró que el proceder de la Administración de Impuestos relativo a la adición al patrimonio líquido declarado del mayor valor por aportes en sociedades limitadas no declarado, establecido en las certificaciones correspondientes expedidas por las sociedades, se ajustó a derecho, por cuanto el patrimonio que se debía tener en cuenta para la determinación del valor de los aportes era el patrimonio

neto, no el patrimonio líquido como lo pretendía el demandante, puesto que tales términos eran diferentes, el neto que comprendía el patrimonio total de la sociedad menos el pasivo externo, (patrimonio de los accionistas) mientras que el líquido era un término fiscal, conformado por el total de bienes y derechos apreciables en dinero a 31 de diciembre del año gravable, menos el monto de las deudas a su cargo y que el artículo 272 del E.T. fijaba como base para la determinación del valor de los aportes y demás derechos distintos de las acciones "el patrimonio neto".

Respecto a la deducción por depreciación estimó el *a-quo* que como la actividad "de rentista de capital" que realizaba el contribuyente según su declaración, no lo clasificaba como un comerciante, aquel no estaba obligado a llevar libros de contabilidad y por ende no le era aplicable el artículo 141 del Estatuto Tributario, en consecuencia y teniendo en cuenta el cuadro de depreciación anexo a la declaración, aceptó el 70% de la deducción por depreciación al no encontrarse discriminado el valor correspondiente a "terrenos" no susceptible de depreciación.

En cuanto a la sanción por inexactitud observó que la derivada de la adición de activos debía mantenerse porque el artículo 272 del Estatuto Tributario era una norma clara que no admitía interpretación diferente, ni diferencia de criterio entre la Administración y el contribuyente, razón por la cual no era de recibo la pretendida causa de exoneración que se invocaba con fundamento en el inciso 6o. del artículo 647 del Estatuto Tributario. Y, que la originada en el rechazo de la deducción por depreciación debía levantarse proporcionalmente al valor aceptado.

Sobre la sanción por "gastos no explicados" precisó el *a-quo* que como ésta se había impuesto mediante liquidación de revisión previo requerimiento especial, no se configuraba la violación alegada por el actor como quiera que su formulación en el requerimiento especial suplía el traslado de cargos previo a la actuación sancionatoria. Por otra parte advirtió que tampoco se demostró plenamente "los gastos cuestinados" que originaron la sanción, por cuanto el pagaré que se había aportado para demostrar la obligación objeto del pago, su fecha cierta era posterior a la vigencia discutida.

LA APELACION:

Las dos partes apelan la sentencia del Tribunal, así:

1o. El apoderado judicial de la entidad demandada en lo tocante a la decisión tomada sobre la deducción por depreciación que el Tribunal aceptó parcialmente, por cuanto pasó por alto el artículo 141 del Estatuto Tributario que impone la obligación de demostrar a la Administración las cuotas anuales de depreciación

mediante la contabilidad, hecho del cual estima se deduce la obligación de llevar libros de contabilidad si se pretende solicitar deducción por depreciación. Aparte de esta deficiencia señala que existen otros aspectos que apuntarían a la desestimación de la deducción, como que el certificado expedido por la Firma Luque Ospina y Cía Ltda, no señala la cantidad de tiempo que durante el año gravable cada uno de los bienes prestó el servicio para efectos de determinar la viabilidad de la cuota solicitada, y el hecho de que el contribuyente realiza actividades mercantiles que lo clasificarían como "comerciante" obligado a llevar libros de contabilidad si pretendía el conocimiento de la deducción por depreciación.

2o. El apoderado judicial del contribuyente actor, por su parte objeta la decisión del Tribunal concerniente a la adición al patrimonio de mayores valores por concepto de aportes en sociedades limitadas, y a las sanciones por inexactitud y por gastos no explicados. Sobre la adición al patrimonio reitera lo expuesto en el libelo demandatorio en el sentido de que el valor que debió tenerse en cuenta para efectos de determinar el valor patrimonial de los aportes era el patrimonio líquido de conformidad con el artículo 282 del Estatuto Tributario, no el neto, como lo hizo la Administración y lo acogió el Tribunal. Insiste en el hecho de que su representado para la determinación de sus aportes en sociedades tomó el patrimonio líquido declarado por cada sociedad a prorrata de su porcentaje, procedimiento que para él se ajusta al ordenamiento legal contenido en el artículo 272 del Estatuto Tributario y que la información suministrada inicialmente a la Administración correspondía a la información contable no fiscal.

Frente a la sanción por gastos no explicados el recurrente se reafirma en el argumento expuesto en el libelo demandatorio en el sentido de que la Administración no observó el procedimiento establecido en el artículo 663 para la imposición de la sanción por "gastos no explicados" puesto que primero, el contribuyente envió información requerida cumpliendo con la obligación de suministrar la información exigida por la Administración y no obstante ello, en el requerimiento especial se propuso la sanción "por carecer (...) de pruebas y no explicar la realización del pago" hecho que no se le había solicitado al contribuyente. Agrega, que si la información no era suficiente se le debió comunicar al contribuyente mediante el pliego de cargos correspondiente con traslado al contribuyente por el término de un mes para que éste omitiera sus correspondientes descargos, no mediante el requerimiento especial, porque la norma no establece tal procedimiento.

Por otra parte reitera que, con la imposición de esta sanción se violó el artículo 770 del Estatuto Tributario, referente a la prueba de pasivos, al desconocer la Administración el valor probatorio de la fotocopia autenticada del pagaré que por $120.000.000 suscribieron en la ciudad de Bogotá el 28 de diciembre de 1987, los

señores Jorge Eliecer Barón Ortiz en calidad de deudor y Luis Eduardo Barón Ortiz en calidad de acreedor, y que corresponde a las obligaciones canceladas por el contribuyente el 28 y 29 de diciembre de 1987, sobre las cuales solicitó información la Administración e impuso sanción por gastos no explicados.

Manifiesta que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 519 del Estatuto Tributario sobre causación del impuesto de timbre, su representado declaró, liquidó y pagó el impuesto de timbre correspondiente, las sanciones y los intereses de mora, de dicho documento, saneando la diferencia establecida por las oficinas de impuestos (declaración No. 01047050037578-1 de agosto 31 de 1992) por lo que reitera a la Corporación su petición para que sean aceptadas como pruebas de los pagos cuestionados por la Administración que originaron la sanción discutida. Cita sentencia de la Corporación de junio 15 de 1990 (exp. 2673. M.P. Doctor Guillermo Chahín Lizcano) sobre el impuesto de timbre.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El apoderado de la sociedad actora en esta oportunidad procesal se remite a lo expuesto en el memorial de sustentación al recurso de apelación.

La apoderada judicial de la entidad demandada al alegar prohíja los argumentos del Tribunal en lo relacionado con la adición al patrimonio y sanción por gastos no explicados. Y, en cuanto a la deducción por depreciación reitera que la decisión del *a-quo* es equivocada porque el artículo 141 del Estatuto Tributario ordena perentoriamente registrar en la contabilidad la depreciación que el contribuyente pretenda llevar como deducción, de tal manera que si el contribuyente no cumple con este requisito pierde el derecho a la misma.

La Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso no intervino en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. Adición al patrimonio líquido declarado:

La Administración de Impuestos adicionó al patrimonio líquido declarado por el contribuyente la suma de $7.699.938, por concepto de mayores valores por aportes en las sociedades Jorge Barón Televisión Ltda., Cía Comercial San Jorge Ltda., Jorge Barón Estudios T.V. Ltda. y Emisora Punto Cinco Ltda., fundamentada en el hecho de que aquel al determinar el valor patrimonial de los aportes

tomó como base el patrimonio líquido no el neto que consagra el artículo 272 del Estatuto Tributario.

Para la Sala como lo fue para el Tribunal el proceder de la Administración de Impuestos se ajusta a derecho. En efecto, el artículo 272 del Estatuto Tributario, norma que codificó el artículo 119 del Decreto 2053 de 1974, establece sin lugar a equívocos el "valor patrimonial" de los aportes en sociedades limitadas, y exige que éste debe estimarse en lo que a prorrata de los aportes, le corresponda al contribuyente "en el patrimonio neto de la entidad" o con base en el precio de adquisición si hubiere adquirido sus derechos, debiendo optar por el mayor valor de estas dos posibilidades.

Como lo reconoce el apoderado del contribuyente en el libelo demandatario (página 8) "Es el patrimonio neto un concepto contable constituído por el activo menos el pasivo externo..." es decir que el mismo está representado por el patrimonio de los socios, de ahí que el legislador haya tomado este concepto para efectos de determinar el valor patrimonial de los "aportes" y no el patrimonio líquido que define el artículo 282 del Estatuto Tributario, puesto que éste involucra el pasivo con terceros lo que afectaría el valor patrimonial real de los aportes en sociedades limitadas.

Por tanto, el contribuyente al determinar el valor patrimonial de sus aportes en sociedades limitadas, con base en el patrimonio líquido de que trata el artículo 282 del Estatuto Tributario, y no de acuerdo con el patrimonio neto que ordena el artículo 272 *ibídem* determinó el valor patrimonial en forma incorrecta, razón por la cual fue acertado el proceder de las oficinas de impuestos al adicionar los mayores valores establecidos por concepto de aportes en sociedades limitadas.

En cuanto a la invocación que del artículo 6o. del Decreto Reglamentario hace el apelante, la Sala observa que esta disposición no es aplicable para efectos del valor patrimonial de aportes, como quiera que la misma se refiere al valor patrimonial de acciones, que es diferente, puesto que en este caso, según se observa del artículo 274 del Estatuto Tributario, tal valor sí se determina teniendo en cuenta el patrimonio líquido fiscal.

Por consiguiente no prospera el cargo.

2o. Rechazo deducción por depreciación:

De los antecedentes administrativos se establece que la Administración desestimó la deducción por concepto de depreciación de activos fijos vinculados a la

actividad productora de renta del contribuyente, por cuando éste no llevaba libros de contabilidad y en consecuencia no había cumplido con la obligación de contabilizar las correspondientes cuotas de depreciación, como lo exigían los artículos 104 y 141 del Estatuto Tributario.

Observa la Sala que la obligación de contabilizar las cuotas de depreciación se estableció en el artículo 42 inciso 1o. de la Ley 75 de 1986 (hoy, artículo 141 del Estatuto Tributario) que indicó que aquellas debían registrarse en los libros de contabilidad del contribuyente "... en la forma que indique el reglamento" y el Decreto Reglamentario 3019 de 1989 que reglamentó entre otros el artículo 141 en mención, se expidió con fecha 26 de diciembre de 1989 y entró a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial, de donde se deduce que si bien para el año gravable de 1987, existía la obligación de contabilizar las cuotas de depreciación, al encontrarse condicionada al reglamento no podía ser aplicada para este año gravable. Además, el numeral 2o. del artículo 1o. del citado Decreto consagra reglas de transición, al indicar que los bienes adquiridos antes de 1989, debían seguirse depreciando de acuerdo con las normas vigentes con anterioridad a este decreto, que establecían la obligación del registro contable de la depreciación.

Por esta razón, la Sala comparte la decisión del Tribunal, puesto que es primario que para la época de los hechos no había obligación de efectuar el registro contable de la depreciación de que trata el artículo 141 del Estatuto Tributario, por lo que la Administración no podría rechazarla por este motivo. Por lo demás, la Sala observa que si bien es cierto que el cuadro explicativo de la deducción por depreciación solicitada obedece de algunas deficiencias, como que se discriminó la parte que corresponde a terrenos y edificios, esta circunstancia no autoriza al desconocimiento total de la deducción, sino que como lo decidió el *a-quo*, es procedente aceptar el 70% que corresponde a la parte depreciable, y rechazar el 30% que corresponde a la parte no depreciable, por terrenos que no son susceptibles de depreciación. Respecto a las demás deficiencias que señala el apelante de la parte demandada, la Sala observa que las mismas no fueron esgrimidas en la actuación administrativa en que se fundamentó el rechazo por falta de contabilización de la depreciación.

Por consiguiente, tampoco este cargo se encuentra llamado a prosperar.

3o. Sanción por inexactitud:

Como quiera que fue impuesta como consecuencia de los dos puntos anteriormente tratados, debe mantenerse como lo decidió el Tribunal, disminuida sólo en la parte de la deducción por depreciación aceptada, toda vez que, la omisión de

activos y la inclusión de deducciones inexistentes son conductas que de conformidad con el inciso 1o. del artículo 647 del Estatuto Tributario, tipifican inexactitud sancionable.

4o. Sanción por pagos no explicados:

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá mediante la liquidación de revisión sancionó al contribuyente por "gastos no explicados" con fundamento en el ordenamiento legal contenido en el artículo 663 del Estatuto Tributario, que faculta a la Administración de Impuestos para que "cuando las compras, costos y gastos del contribuyente excedan de la suma de los ingresos declarados y los pasivos adquiridos en el año" requiera al contribuyente para que este explique la diferencia establecida, cuya omisión origina la sanción del 100% de la diferencia no explicada. Sanción que se impondrá previo traslado de cargos por el término de un (1) mes.

En concepto del demandante la Administración violó a su representado el derecho de defensa y el debido proceso al no habérsele enviado pliego de cargos como lo exige el citado artículo 663 del Estatuto Tributario, apreciación que para la Sala, como lo fue también para el Tribunal, no es de recibo pues si bien esta disposición exige como requisito previo el pliego de cargos en garantía del derecho de defensa, éste en el *sub-lite* no se vio afectado como quiera que la Administración al imponer la sanción en el acto administrativo de la liquidación de revisión previamente a ésta envió al contribuyente el requerimiento especial, en el cual propuso la sanción por gastos no explicados, concediéndole un término de tres meses para la respuesta.

De esta manera, el contribuyente con ocasión de la respuesta al requerimiento especial tuvo la oportunidad para ejercitar su derecho de defensa con relación a la formulación de la sanción anunciada en el citado acto administrativo, sin que resultara vulnerable el derecho de defensa como se pretende. Prueba de ello es que en la susodicha respuesta (fl 44 y 45 c.p.) el contribuyente objetó la correspondiente sanción con diferentes argumentos. Por otra parte, como lo puntualizó el Tribunal, de conformidad como el artículo 637 del Estatuto Tributario las sanciones pueden imponerse mediante resolución independiente o en las respectivas liquidaciones oficiales, situación que excluye de plano la violación al debido proceso alegada.

Ahora bien, en cuanto a la prenda enviada por el contribuyente para desvirtuar la presunción de gasto establecida por la Administración de Impuestos con base en el extracto de Granahorrar con el que estableció que aquel con fechas 28 y

29 de diciembre realizó pagos por valor de $120.000.000 a favor de Luis Eliécer Barón Ortiz (hermano del contribuyente), los que para éste corresponden a la cancelación de una obligación (préstamo), la Sala observa que el pagaré aportado (fl. 89 c.p.) para demostrar tal obligación no es idóneo, como lo advirtió la Administración de Impuestos en la resolución No. 603256 del 23 de junio de 1992, que resolvió el recurso gubernativo, y en el mismo sentido el Tribunal.

Puesto que tratándose de un documento privado para que el mismo pueda ser aducido como prueba contra el Estado, debe tener fecha cierta auténtica, y esta de conformidad con el artículo 767 del Estatuto Tributario se configura desde "cuando ha sido registrado o presentando ante un notario, juez o autoridad administrativa, siempre que lleve la constancia y fecha de tal registro o presentación".

Lo que significa que si bien en el presente caso el contribuyente subsanó la omisión relacionada con el impuesto de timbre según declaración de fecha 31 de agosto de 1992, que también echó de menos la Administración de Impuestos, la fecha cierta del pagaré sería ésta, es decir, posterior a la vigencia discutida y a la fecha en que se suscribió el correspondiente pagaré (28 de septiembre de 1987).

Por lo anterior, la sentencia que invoca el apelante no es aplicable en el presente caso, ya que en ella se observa que el tema de la fecha cierta de los pagarés no fue cuestionado por la Administración de Impuestos, sino que la única objeción que se formuló fue el no pago oportuno de impuesto de timbre. En efecto dice así la sentencia del 15 de junio de 1990 (exp. 2673, actor: Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A.):

> "En el *sub-lite*, el tema de la fecha cierta de los pagarés cuya aptitud probatoria fue admitida por el *a-quo*, no se discutió, pues la única objeción formulada por el apelante de la entidad oficial, radicó en el no pago oportuno del impuesto de timbre. Y como quedó dicho la contabilidad de la empresa daba cuenta desde la fecha de la inspección contable, de la existencia de los referidos pagarés".
>
> Por lo demás advierte la Sala que tampoco existe prueba o indicio en el expediente sobre la realidad de los préstamos efectuados por el señor Luis Eduardo Barón Ortiz al contribuyente, sólo la simple afirmación que éste hace en la respuesta al Requerimiento No. 227 del 6 de septiembre de 1990 (fl. 84 c.p.) en el sentido de que le hizo préstamos al contribuyente Jorge Eliécer Barón Ortiz durante el año gravable de 1987, por la suma de $ 120.000.000 "en efectivo".

Así las cosas, la sanción por gastos no explicados impuesta por la Administración de Impuestos, debe confirmarse, toda vez que como ha quedado establecida el contribuyente no desvirtuó la presunción de gasto y por ende de ingreso que se le estableció con fundamento en el artículo 6663 del Estatuto Tributario.

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

FALLA:

CONFIRMASE: La sentencia apelada

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. 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 Sección, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

U.P.A.C.- Naturaleza. **PASIVOS DE LAS C.A.V. CREDITOS A FAVOR DE LAS C.A.V.**

El artículo 1o. del Decreto 129 de 1972 creó la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), con base en la cual el valor de los ahorros y de los préstamos destinados a la construcción de vivienda deberán reajustarse periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, para efectos de conservar el valor constante de los mismos, tal como lo prevé el artículo 3 del Decreto 677 de 1972. Del texto de la norma transcrita se concluye que la UPAC en una unidad de cuenta, pues con base en ella se deben llevar todas las cuentas y registros del sistema y una unidad de medida, pues sirve para determinar por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno el monto de las obligaciones en dinero que contraen las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con los ahorradores y de las que contraen con dichas entidades los beneficiarios de este tipo de crédito.

U.P.A.C.- Objeto. **OBLIGACIONES EN MONEDA LEGAL** - Determinación. **CONTRATO DE MUTUO EN LAS C.A.V.**

Del Decreto 1229/72 y del Código Civil art. 2o. se puede deducir: 1o. Que las obligaciones se pactan en moneda legal; 2o. Que la UPAC es apenas un instrumento que sirve para determinar, por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno, el monto de las obligaciones que contraen con las mismas entidades los beneficiarios de este tipo de crédito. Por consiguiente, es claro que el objeto de estos contratos de ahorro y préstamo, vale decir, el bien jurídico sobre el cual recaen es, en todo caso la moneda legal; solo que como su cuantía es variable, el factor para determinarla es la unidad de poder adquisitivo constante, que se cal-

cule teniendo en cuenta el índice de los precios. La Corporación de Ahorro y Vivienda que reciba una inversión en dinero o moneda legal por el sistema de valor constante se constituye en deudora del inversionista por una cantidad indeterminada, pero determinable mediante la aplicación del factor UPAC a la cantidad recibida y otro tanto ocurre a la inversa, entre quien recibe un préstamo por el nuevo sistema y la corporación que lo otorga. Lo anterior significa que la UPAC no es la medida general del valor, la cual para el efecto sigue siendo el peso o moneda legal colombiana, sino un factor para determinar el "*quantum*" de cierto tipo de obligaciones en los términos del signo monetario fijado en la ley.

U.P.A.C.- Naturaleza. **INVERSION FORZOSA EN BONOS DE VIVIENDA POPULAR** - Determinación

Si el bien jurídico sobre el cual recaen los contratos de depósito y mutuo celebrados con las corporaciones de ahorro y vivienda es la moneda legal, y si la UPAC no es más que un instrumento que sirve para determinar el monto de las obligaciones derivadas de dichos contratos, es decir, el "quantum" de cierto tipo de obligaciones en términos de moneda legal, mal puede sostener el recurrente que los depósitos de ahorro de valor constante deben considerarse en UPAC y en consecuencia, las inversiones forzosas en relación con el monto de las mismas, deben igualmente realizarse en dicha unidad. Es obvio que si la UPAC no tiene poder liberatorio general, ni puede considerarse como de curso forzoso, y si las obligaciones dentro del sistema de valor constante se pactan en moneda legal, no pueden estas satisfacerse en UPAC, máxime si se tiene en cuenta que tal unidad "ni siquiera tiene una representación física determinada". Así las cosas si el objeto del contrato de depósito en cuentas de ahorro de valor constante es la moneda legal, y el artículo 1o. del Decreto 3053 de 1985 señala un porcentaje en relación con dichos depósitos, es claro que la liquidación del porcentaje en mención y por lo mismo la inversión propiamente dicha, debe efectuarse en moneda legal.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C. (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Radicación 5573 . APELACION: Sentencia del 17 de febrero de 1994, Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Corporación Popular de Ahorro y Vivienda "Corpavi" Superintendencia Bancaria Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte actora contra la sentencia de 17 de febrero de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Corporación de Ahorro y Vivienda "CORPAVI", contra las Resoluciones Nos. 4576 del 7 de diciembre de 1990 y 992 de 27 de marzo de 1991, expedida por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES:

La Superintendencia Bancaria en desarrollo de su facultad de vigilancia y control sobre las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, como resultado de una revisión practicada a los estados financieros de la actora correspondientes a los períodos Enero-Marzo de 1989. Julio -Septiembre y Octubre-Diciembre del mismo año, detectó que la entidad incurrió en defectos de inversión en Nuevos Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial.

Dentro del término legal, la Corporación de Ahorro y Vivienda rindió explicaciones, las que a juicio de la Superintendencia Bancaria no justificaron la conducta de la actora, razón por la cual dicho organismo mediante la Resolución 4576 de 1990. impuso una sanción pecuaniaria de $3.086.105.22. $33.271.393.33 y $27.517.878.06,. por los defectos registrados en los trimestres en mención, respectivamente.

Contra la anterior Resolución la Corporación interpuso el recurso de la reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 992 del 27 de marzo de 1991, que modificó parcialmente el acto acusado, en el sentido de revocar la multa impuesta para el primer trimestre, y disminuir las de los períodos Julio-septiembre y octubre -diciembre de 1989 a $11.843.876.62 y $18.815.683.72, respectivamente.

LA DEMANDA:

En la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que contra la anterior actuación instauró CORPAVI ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se citan como violados los artículos 16, 20, 30 y 34 de la Constitución Nacional; 1 del Decreto 1229 de 1972,1715 del Código Civil, 1 del Decreto 3053 de 1985 y 1 del Decreto 888 de 1985.

En síntesis, los siguientes son los conceptos de violación:

1. Interpretación errónea del artículo 1 del Decreto 3053 de 1985.

Manifiesta que la Superintendencia al realizar las evaluaciones sobre cumplimiento de las inversiones obligatorias que las Corporaciones deben mantener en Nuevos Bonos de Vivienda Popular, desconoció las normas generales que rigen el sistema UPAC, y estimó que Corpavi incumplia con esta obligación para los trimestres de enero-marzo, julio- septiembre y octubre-diciembre de 1989, sin tener en cuenta que la Corporación tenía un exceso de inversión en UPAC, en Nuevos Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial, para cada uno de los trimestres en que precisamente se determinó el defecto de inversión.

Así mismo, desconoce la Superintendencia Bancaria que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben llevar todas las cuentas y registros del sistema en UPAC y por ende, no hay razón que conduzca lógicamente a entender que las inversiones ordenadas por los Decretos 888 y 3053 de 1985 deban calcularse en pesos, y no en UPAC como lo ordena la Ley (Decreto 1229 de 1972).

2. Desconocimiento de las normas generales que rigen los contratos - compensación.

Expresa que se reúnen en el *sub-lite* las condiciones establecidas por el artículo 1715 del Código Civil, pues no habiéndose solicitado prórrogas ni ampliaciones del plazo por parte del Instituto de Crédito Territorial, y no habiéndose concedido plazo por parte de Corpavi, es incuestionable que debe operar la compensación por ministerio de la Ley, entre los excesos de inversión que tenía la Corporación en UPAC para los trimestres de Enero-marzo, Julio-Septiembre y Octubre-Diciembre de 1989, y el crédito a su favor por concepto de intereses causados y no pagados a cargo del I.C.T. generados en las inversiones de bonos de vivienda popular y de refinanciación, razón por la cual no existe justa causa para la imposición de sanciones.

LA OPOSICION:

La apoderada judicial de la demandada solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Sobre la interpretación errónea del artículo 1 del Decreto 3053 de 1985, manifiesta que la UPAC no es una medida general del valor, sino un factor para determinar "*el quantum*" de cierto tipo de obligaciones en términos del signo monetario fijado en la ley; así mismo, que no tiene poder liberatorio general, y no es de curso forzoso.

En apoyo de lo anterior, cita las sentencias del Consejo de Estado de febrero 4 de 1976 y de la Corte Suprema de Justicia de abril 24 de 1979. Salvamento de voto del Doctor Humberto Murcia Ballén.

De otra parte, observa que la Corporación lleva su inversión en UPAC y presenta defectos de colocación en sus inversiones , toda vez que al tomar los datos por el valor en pesos de tales depósitos, las cifras de inversión requerida no coinciden ya que no se liquidan con base en el valor de la unidad presente al verificar el cumplimiento de la inversión.

Respecto al argumento de que la Superintendencia desconoció las normas que rigen los contratos de compensación, considera que no es cierto, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 98 de 1989, la entidad accedió a disminuir el monto de la sanción impuesta para los trimestres de Julio-septiembre y octubre-diciembre de 1989 y revocó la multa impuesta por el trimestre enero-marzo, en virtud de la existencia de saldos a favor de la Corporación por intereses causados y no pagados por el Instituto de Crédito Territorial.

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 17 de febrero de 1994 se pronunció negando el *petitum* demandatorio con fundamento en las siguientes consideraciones:

En lo concerniente a las interpretaciones erróneas del Artículo 1 del Decreto 3053 de 1985 considera que la entidad vigilada hizo su inversión en UPAC, por lo tanto, "el tomar los datos por el valor en pesos de tales depósitos, las cifras de inversión requeridas no coinciden ya que no se liquidan con base en el valor de la unidad presente al verificar el cumplimiento de la inversión." Esta conducta a juicio del *a-quo*, lleva a presentar defectos de colocación en sus inversiones obligatorias en los Nuevos Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial.

Frente al desconocimiento de las normas generales que rigen los contratos de compensación, expresa que no es del caso atender esta consideración, por cuanto en la vía gubernativa la Superintendencia atendió favorablemente la petición del actor. Por ello, en la Resolución 992 de 1991, que dispuso modificar el artículo 1 de la Resolución 4576, se revocó la multa impuesta para el trimestre enero-marzo y se disminuyeron las sanciones de Julio-septiembre y octubre-diciembre de 1989.

LA APELACION:

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, al considerar que el Honorable Tri-

bunal no analizó los argumentos por ella aducidos, sino que se limitó a aceptar lo que dice la Superintendencia Bancaria en cuanto a que la UPAC es solamente una unidad de medida.

Sostiene de otra parte, que de conformidad con lo previstò en los Decretos 888 y 3053 de 1985, que se refieren al cálculo de la inversión obligatoria sobre cuentas de ahorro de valor constante, la inversión debe hacerse en UPAC, pues en manera alguna dichas cuentas deben considerarse por su valor en pesos.

Así mismo, afirma que de conformidad con el Decreto 1229 de 1972 las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben llevar todas las cuentas y registros en UPAC salvo expresas excepciones dentro de las cuales no caben los Decretos 888 y 3053 de 1985, y si los registros de los depósitos en cuentas de ahorro se llevan en UPAC, "los porcentajes que se aplican a esas captaciones, bien pueden tomarse en UPAC como unidad de medida que es, como ocurrió en el caso *sub-júdice*".

ALEGATOS DE CONCLUSION:

Al alegar de conclusión la apoderada judicial de la actora estima que la Corporación cumplió con la inversión obligatoria en los Nuevos Bonos de Vivienda Popular para los trimestres en mención, pues el hecho de que a la UPAC no se le atribuya poder liberatorio general, que no sea de curso forzoso y que tampoco tenga una representación física determinada, no la descalifica para seguir siendo el "*quantum*" de cierto tipo de obligaciones, cuales son las que contraen las inversiones en forma activa y pasiva, entre ellas las inversiones ya mencionadas.

Por su parte, el apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria al alegar de conclusión solicita confirmar en todas sus partes el fallo apelado al considerar que:

En relación a la errónea interpretación del artículo 1 del Decreto 3053 de 1985, reitera los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y agrega que el procedimiento de valor constante se aplica únicamente a los pasivos, y a los activos en que se estipula su manejo mediante la aplicación del UPAC; no ocurre lo mismo respecto a la inversión obligatoria que deben efectuar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda en Nuevos Bonos de Vivienda Popular.

Se observa entonces que las inversiones aludidas deben liquidarse teniendo en cuenta los depósitos en pesos, y no en unidades de poder adquisitivo.

Agrega que de acuerdo con los estados financieros de Corpavi en los trimestres de enero-marzo, julio-septiembre y octubre-diciembre de 1989, se presenta defecto en la inversión obligatoria, situación que amerita la sanción.

EL MINISTERIO PUBLICO:

En esta oportunidad procesal no hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES

El artículo 1° del Decreto 1229 de 1972 creó la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), con base en la cual el valor de los ahorros y de los préstamos destinados a la construcción de vivienda deberán reajustarse periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, para efectos de conservar el valor constante de los mismos, tal como lo prevé el artículo 3 del Decreto 677 de 1972.

Prescribe el artículo 1° del Decreto 1229 de 1972, lo siguiente:

"En desarrollo del principio de valor constante de ahorros y préstamos, consagrado en el artículo 3 del Decreto No. 677 de 1972, establécese la unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), con base en la cual las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deberán llevar todas las cuentas y registros del sistema, reducidos a moneda legal."

Del texto de la norma transcrita se concluye que la UPAC es una Unidad de cuenta, pues con base en ella se deben llevar todas las cuentas y registros del sistema, y una unidad de medida, pues sirve para determinar por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno el monto de las obligaciones en dinero que contraen las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con los ahorradores y de las que contraen con dichas entidades los beneficiarios de este tipo de crédito.

De otra parte, el Decreto 888 de 1985, prevé en su artículo 1° lo siguiente:

"Señálese una inversión obligatoria de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda equivalente al 3% de los Depósitos en cuentas de ahorro de valor constante la cual deberá mantenerse en Nuevos Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial."

La citada norma fue modificada por el artículo primero del Decreto No. 3053 de 1985, que prescribe lo siguiente:

"A partir del 1° de noviembre de 1985, elévase al 3.5% de los depósitos en cuentas de ahorro de valor constante la inversión obligatoria que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben mantener en Nuevos Bonos de vivienda

popular del Instituto de Crédito Territorial, de conformidad con el Decreto 888 de 1985."

Considera la apoderada de la parte actora, que la Corporación de Ahorro y Vivienda que ella representa no incurrió en defectos de inversión de Nuevos Bonos de Vivienda Popular, pues efectuó la inversión liquidando en UPAC el porcentaje de que da cuenta el artículo 1 del Decreto 3053 de 1985.

Así mismo, sostiene que ha cumplido en debida forma con la obligación de hacer inversiones forzosas, toda vez que los depósitos en cuenta de ahorro de valor constante y en general todas las cuentas y registros del sistema deben llevarse en UPAC, tal como lo prevé el artículo 1 del Decreto 1229 de 1972.

Dado que para la Sala es fundamental precisar la naturaleza de la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC), a continuación se permite transcribir los apartes más significativos del punto en comento, contenidos en la jurisprudencia de la Corporación de fecha 4 de febrero de 1976. Consejero Ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla:

"Mediante el artículo 1° del Decreto 1229 de 1972 se estableció la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) como un instrumento para **"llevar todas las cuentas del sistema, reducidos a moneda legal"**. Y por el artículo 2° de Decreto se dispuso que "para los efectos previstos en el artículo 1518 del Código Civil, tanto en los contratos sobre constitución de depósitos de ahorro y vivienda como en los contratos de mutuos que éstas celebran para el otorgamiento de préstamos, se estipulará expresamente que las obligaciones en moneda legal se determinarán mediante la equivalencia de la unidad de poder adquisitivo constante"

"De los textos citados se deduce: 1° Que las obligaciones se pactan en moneda legal; y 2° Que la UPAC es apenas un instrumento que sirve para determinar, por su equivalencia con las variaciones de precios en el mercado interno, el monto de las obligaciones que contraen con las mismas entidades los beneficiarios de este tipo de crédito."

"Por consiguiente, es claro que el objeto de estos contratos de ahorro y préstamo, vale decir, el bien Jurídico sobre el cual recaen es, en todo caso la moneda legal; solo que como su cuantía es variable, el **factor**, para determinarlas es la unidad de poder adquisitivo constante, que se calcule teniendo en cuenta el índice de los precios".

"La Corporación de Ahorro y Vivienda que reciba una inversión en dinero o moneda legal por el sistema de valor constante se constituye en deudora del

inversionista por una cantidad indeterminada, pero determinable mediante la aplicación del factor UPAC a la cantidad recibida y otro tanto ocurre a la inversa entre quien recibe un préstamo por el nuevo sistema y la corporación que lo otorga"

"Lo anterior significa que la UPAC no es un medida general del valor, la cual para el afecto, sigue siendo el peso o moneda legal colombiana, sino un factor para determinar el *quantum* de cierto tipo de obligaciones en los términos del signo monetario fijado en la ley"

"Como en los decretos acusados sólo se le asigna a la UPAC esa única función; como el objeto de los contratos, que se celebran por el sistema de valor constante continúa siendo la moneda legal y como a la UPAC no se le atribuye poder liberatorio general, ni se le asigna atributo alguno que permita considerarla como de curso forzoso y ni siquiera tiene una representación física determinada, a juicio de la Sala, es infundado el cargo que se sustenta en el supuesto de que la UPAC es un signo monetario"

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores precisiones, la Sala no comparte el razonamiento del recurrente, pues parte de la falsa premisa de que los depósitos de ahorro de valor constante debe considerarse en UPAC, como su mismo nombre lo indica.

En efecto, si tal como se dejó dicho, el bien jurídico sobre el cual recaen los contratos de depósito y mutuo celebrados con las corporaciones de ahorro y vivienda es la moneda legal, y si la UPAC no es más que un instrumento que sirve para determinar el monto de las obligaciones derivadas de dichos contratos, es decir, el *quantum* de cierto tipo de obligaciones en términos de moneda legal, mal puede sostener el recurrente que los depósitos de ahorro de valor constante deben considerarse en UPAC, y en consecuencia, las inversiones forzosas en relación con el monto de las mismas, deben igualmente realizarse en dicha unidad.

Es obvio que si la UPAC no tiene poder liberatorio general, ni puede considerarse como de curso forzoso, y si las obligaciones dentro del sistema de valor constante se pactan en moneda legal, no pueden éstas satisfacerse en UPAC, máxime si se tiene en cuenta que tal unidad como se afirma en la sentencia del 4 de febrero de 1976, "ni siquiera tiene una representación física determinada"

Así las cosas, si el objeto del contrato de depósito en cuentas de ahorro de valor constante es la moneda legal, y el artículo 1° del Decreto 3053 de 1985 señala un porcentaje en relación con dichos depósitos, es claro que la liquidación del

porcentaje en mención y por lo mismo la inversión propiamente dicha, debe efectuarse en moneda legal.

De otra parte, y tal como lo sostiene el apoderado de la Superintendencia Bancaria, del texto de los Decretos 888 y 3053 de 1985 no se desprende afirmación alguna que establezca que la inversión en Nuevos Bonos de Vivienda Popular se lleve en UPAC, pues dichas normas no comprenden indicación distinta que la de establecer una inversión cuyo *quantum* se determina por un porcentaje de los depósitos de valor constante, para luego realizarse en pesos.

Adicionalmente, por ser la UPAC, una unidad monetaria, se previó en los decretos que regulan la materia que ha de hacerse la conversión en pesos, puesto que las obligaciones se contraen y satisfacen por el valor en pesos y no en UPAC.

Así mismo, comparte la Sala la argumentación expuesta por la Superintendencia Bancaria con ocasión de la expedición de la Resolución No. 0992 de 1991, en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4576 de 1990, que impuso la sanción a la actora, la cual se dejó expresada en los siguientes términos:

> "De otra parte, cabe precisar que la inversión que se realiza en el Instituto de Crédito Territorial, la cual debe registrarse en pesos, no podrá reflejar el incremento que posteriormente y como consecuencia del reconocimiento de la corrección monetaria se presente en los depósitos de cuentas de ahorro de valor constante que sirvieron para determinar el requerido de la Inversión, lo cual exigirá a la Corporación reajustar su reinversión a fin de cumplir con dicho requerido. Ahora bien, lo que se observa es que la Corporación lleva su inversión en UPAC y asume una conducta que, como tal, la induce a presentar defectos de colocación en sus inversiones en Nuevos Bonos de Vivienda Popular del Instituto de Crédito Territorial, toda vez que al tomar los datos por el valor en pesos de tales depósitos, las cifras de inversión requerida no coinciden ya que no se liquidan con base en el valor que la unidad presenta al momento de verificar el cumplimiento de la inversión. Dicha situación se presenta en los trimestres en estudio, pues deja de reajustar la inversión bajo el supuesto de que su registro se lleva en UPAC y, como tal, se reajustaría automáticamente en la misma proporción en que se presentaron los incrementos en los depósitos de cuentas de ahorro."

No encuentra así la Sala, elementos de juicio que ameriten la revocación de la sentencia apelada y por lo tanto, y con las precisiones efectuadas, la providencia 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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 17 de febrero de 1994, dentro del juicio No. 1778.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen, y cúmplase. Se deja constancia de 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.

LEY EN EL TIEMPO - Vigencia. **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD TRIBUTARIA** - Inaplicabilidad. **SANCION TRIBUTARIA. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA. FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL**

Acerca de la vigencia de la ley en el tiempo y de la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en materia de sanciones administrativas (sanciones tributarias) ha señalado que las disposiciones aplicables son las vigentes en la época de la ocurrencia de los hechos toda vez que por regla general, "la ley" no es retroactiva, como quiera que se expide para que rija en el futuro, desde su promulgación hasta que sea derogada. La norma que consagra una conducta irregular y le cuantifica una sanción, es una norma sustancial, de aplicación hacia el futuro, es decir, para conductas que ocurran después de su vigencia y no antes. Por ende, resulta inaplicable el principio de favorabilidad que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional; este es excepción al principio de irretroactividad de la ley en el ámbito penal, no en materia tributaria en la cual no son aplicables los principios orientadores del derecho penal.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ DE LA LEY PROCEDIMENTAL. LEY SUSTANCIAL. SANCION TRIBUTARIA

No puede confundirse el principio de irretroactividad de la ley, con el principio de "inmediatez" que rige las normas de procedimiento, entendiendo como tales, las que regulan trámites, términos y competencias, las cuales dado su carácter de "orden público" (art. 6o. del C.P.C.) son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, por tanto, no puede pretenderse que una norma que sanciona una conducta irregular pueda ser aplicada a un hecho que se cometió con anterioridad a su vigencia, puesto que tales nor-

mas, son de naturaleza sustantiva, y en consecuencia, se aplican a los hechos ocurridos bajo su vigencia, en contraposición a las de procedimiento que rigen de manera inmediata.

SANCION POR EXTEMPORANEIDAD. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD TRIBUTARIA - Inaplicabilidad. **IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA**

Se observa que la disposición aplicable al *sub-lite* era, el inciso 3o. del artículo 641 del Estatuto Tributario, disposición vigente al momento de la presentación extemporánea de la declaración, hecho sancionado del impuesto a las ventas por el cuarto bimestre de 1989 (29 de septiembre de 1989). De consiguiente no era aplicable el artículo 53 de la Ley 49 del 28 de diciembre de 1990, disposición posterior al hecho sancionado que modificó la forma de cuantificación de la sanción, haciéndola menos gravosa, puesto que como se anotó, el principio de favorabilidad también por principio constitucional se aplica solo en materia penal, y el de irretroactividad de la ley tributaria no consagra ninguna excepción. Por consiguiente fue correcto el proceder de la Administración de Impuestos al aplicar el inciso 3o. del art. 641 del E.T. norma vigente en la fecha en que se configuró el hecho sancionado "la presentación extemporánea de la declaración".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C. marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 5670. Actor: Exportadora de Café de las Cooperativas de Caficultores Ltda. "Expocafé Ltda." Impuestos-ventas Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduana, contra la sentencia del 3 de marzo de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad EXPORTADORA DE CAFE DE LAS COOPERATIVAS DE CAFICULTORES LIMITADA "EXPOCAFE LTDA", para impugnar los actos administrativos a través de los cuales la Administración de Impuestos Nacionales -Grandes Contribuyentes- de Bogotá, le impuso sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al cuarto bimestre del año gravable de 1989.

ANTECEDENTES

La sociedad actora responsable del impuesto a las ventas presentó "extemporaneamente" la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al cuarto bimestre de 1989, el día 29 de septiembre de 1989, en el cual no se liquidó la sanción por extemporaneidad.

La División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, expidió la Resolución 0028 del 8 de julio de 1991, mediante la cual impuso una sanción a la sociedad de $14.293.000 que se descompone así:

Sanción por extemporaneidad $10.995.000

Incremento de la sanción: $3.298.000

En vista de que la administración liquidó la sanción por extemporaneidad aplicando una disposición subrogada (inciso 3 del artículo 641 del Estatuto Tributario), en concepto de la sociedad, de lo cual resultaba una sanción más gravosa, ésta aceptó el hecho de la extemporaneidad en la presentación de su declaración, liquidó dicha sanción de acuerdo con el artículo 641 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990 y la canceló, a su vez, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 0028 del 8 de julio de 1991, el cual fue resuelto mediante la Resolución 47-001 del 31 de enero de 1992, por la cual se confirmó en todas sus partes la resolución acusada, quedando agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de las Resoluciones Nos. 0028 del 8 de julio de 1991 y 47-001 del 31 de enero de 1992 emanadas de las Divisiones de Liquidación y Jurídica de la Administración de Impuestos -Grandes Contribuyentes- de Santafé de Bogotá, por las cuales se le impuso una sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración de ventas correspondiente al cuarto bimestre de 1989, y en su lugar, se declare que la sociedad no está obligada al pago de la sanción que por valor de $14.293.000 le fue impuesta.

Como fundamento de su pretensión, adujo que las leyes sancionatorias en materia tributaria no tienen carácter ultractivo, por lo que no se pueden revivir ni

aplicar disposiciones que han sido subrogadas, además para la época en que la administración aplicó la sanción por extemporaneidad (8 de julio de 1991), el artículo 641 del Estatuto Tributario había sido subrogado parcialmente por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, razón por la cual, no podía la Administración liquidar la sanción por extemporaneidad con base en una normatividad que había perdido su vigencia.

Al aplicar una sanción más gravosa, advirtió, la Administración incurrió en un proceder que resulta ilegal, toda vez que el Consejo de Estado -Sección Cuarta- lo ha rechazado, al reconocer que la norma sancionatoria aplicable en materia tributaria, debía ser la vigente al momento de definir la situación del contribuyente y no la vigente a la fecha de ocurrencia del hecho controvertido. En su respaldo cita sentencia del 13 de diciembre de 1991, Expediente 3649, Magistrada Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

También observó que la Administración Tributaria olvidó el principio de favorabilidad de la ley, al pretender aplicar a un contribuyente la más severa sanción por la comisión de un hecho, cuando la propia ley, al momento de ser aplicada ha atenuado la sanción prevista para el hecho en cuestión.

PARTE OPOSITORA

El apoderado judicial de la Administración de Impuestos de Santafé de Bogotá -Grandes Contribuyentes- propone la excepción de inepta demanda, la cual fundamenta en el hecho de no mencionar el actor la persona jurídica contra quien se dirige la acción en forma correcta, pues la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales no es una persona jurídica que como tal puede ejercer derechos y contraer obligaciones, cita en apoyo auto del Consejo de Estado Sección Tercera del 25 de junio de 1982, Expediente 3636, Magistrado ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

De otra parte, al referirse a la aplicación de la ley material en el tiempo, en primer lugar afirma, que no es procedente en materia fiscal la aplicación del principio de la favorabilidad contenido en el artículo 29 inciso 3 de la Constitución Política, toda vez que esta disposición es clara en señalar su aplicabilidad únicamente en materia penal, igualmente no existe norma con fuerza legal que así lo autorice.

Agrega, que jurisprudencialmente se ha entendido como inaplicables los principios que rigen en materia penal en el campo administrativo, cita sentencia del 6 de marzo de 1987 y transcribe apartes de la del 26 de junio de 1987, Expediente

1028, y de la sentencia del 30 de marzo de 1990, Expediente 2229 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate, de una parte, porque el legislador no ha erigido las infracciones cometidas al régimen administrativo en delitos, por ello estas infracciones deben ser visualizadas con óptica diferente a la del derecho penal; de otro lado, una de las características de la ley es la irretroactividad de la misma, esto es, que solamente se puede aplicar hacia el futuro respecto del hecho o hechos que se verifiquen dentro de su vigencia, puesto que la retroactividad atenta contra el principio de certeza del derecho.

Por tanto, considera que la disposición a aplicar en el caso es la vigente a la fecha en que presentó la declaración de ventas del cuarto bimestre de 1989, en donde no se autoliquidó la sanción por extemporaneidad estando obligada a ello.

En segundo lugar, manifiesta que las instrucciones de la Administración Tributaria no obligan en el presente caso, dado que "los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley" lo que equivale a decir que un concepto, o cualquier acto similar, es irrelevante ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por último, considera que "la jurisprudencia en que se apoya el actor va en contra del principio de la irretroactividad de las normas, pues al indicar que la disposición aplicable es la vigente al momento en que se define la situación del contribuyente, le da efectos retroactivos a la norma, pues se aplica aquella que no estaba vigente cuando se realizó el hecho y que por lo tanto desconocía el administrado.

En otros términos, se puede afirmar que se está dando aplicación al principio de la favorabilidad, que como se vio no es reconocida en Colombia por la ley ni por la jurisprudencia, por el contrario, no está permitida por disposición constitucional".

LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 3 de marzo de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, considerando, en primer lugar, que la excepción de inepta demanda no prospera, porque si bien al enunciar la parte demandada el libelista ha omitido la cita expresa de la Nación, al admitir la demanda se entendió que la parte demandada era la nación, por lo cual admitida aquella, la notificación del auto se ordenó y realizó en forma correcta y no se ad-

vierte violación alguna del derecho de defensa que lesione los derechos de la demanda.

Con relación a la ley aplicable, el Tribunal *a quo* razonó así:

"la ley es obligatoria a partir del momento en que se deroga o subroga por otra; se expide para el futuro y por ende no es retroactiva, principio que garantiza la seguridad jurídica; puede sin embargo producir efectos retroactivos frente a expresas disposiciones como cuando se trata de la favorabilidad que opera en el campo penal y efectos ultractivos como en el caso de los derechos adquiridos, o en materia procesal (art. 28, 38 y 40 Ley 153 de 1887). Pero los efectos de retroactividad o ultractividad siempre están previstos en la legislación.

Revisada la actuación que se discute, la Sala encuentra que el hecho sancionado-extemporaneidad en la presentación de la declaración (29-IX-89)-, ocurrió bajo la vigencia del artículo 641 del Decreto 624 de 1989; sin embargo la administración desarrolló su actuación (Res. 0028 de 8 de julio de 1991) cuando tal norma, había sido subrogada por el artículo 53 de la Ley 49 de 1990 que fue publicada el 29 de diciembre de 1990 fecha a partir de la cual su cumplimiento es imperativo; la Ley 49 derogó el parágrafo del artículo 641 citado y subrogó el inciso 3° que es precisamente el que regula la tasación de la sanción por extemporaneidad. No podía entonces aplicar la administración una norma que desapareció de la vida jurídica más de seis meses atrás, dándole una vigencia no autorizada en disposición alguna y concediéndole así a la normatividad derogada efectos ultractivos".

De la decisión anterior se apartaron los Magistrados: Manuel Bernal Arévalo, Alvaro E. Vera y Julio E. Correa. Para el primero la excepción de inepta demanda formulada por la parte opositora debía prosperar, en efecto la parte demandada no puede ser otra que la Nación y mal se hizo cuando se designó como parte demandada a la Dirección de Impuestos Nacionales Unidad Administrativa Especial.

Para el segundo, la norma aplicable para calcular la sanción es la vigente en la fecha de la ocurrencia del hecho y no una posterior, así sea esta favorable, la cual se aplica en los casos en que se resuelven asuntos de índole penal.

El tercero reitera la inaplicación del principio de la favorabilidad por cuanto debe aplicarse un criterio objetivo, y que además las normas no se pueden aplicar de manera retroactiva, es decir, a conductas ocurridas antes de la expedición de las mismas.

LA APELACION

En concepto del apoderado de la Nación, es equivocado el proceder del Tribunal al tener en cuenta como norma aplicable para determinar la sanción, la vigente al momento de aplicarse aquella, y de considerar procedente la reducción de la sanción de que trata el artículo 701 del Estatuto Tributario porque el aspecto que se debate no es procedimental, pues la ley que impone una sanción es de orden sustantivo y debe estar instituida con anterioridad a la infracción; por esto, al presentar la declaración tributaria sin la determinación de la sanción por extemporaneidad, y vigente el artículo 641 del Estatuto Tributario debió aplicarse la sanción tal como regla para el momento "septiembre 29 de 1989", pues las reglas jurídicas que regulan el aspecto estaban en todo su rigor y se presumen conocidas por el contribuyente.

De otra parte, manifiesta que la doctrina y la jurisprudencia no admiten la aplicación del principio de la favorabilidad en tratándose de sanciones administrativas, así como otros principios propios del derecho penal, según lo dispone el artículo 29 inciso 3 de la Constitución Política. Que el Consejo de Estado así lo ha expresado en repetidas oportunidades, como en las sentencias reseñadas en la decisión que resolvió la reconsideración y en la contestación de la demanda, y lo reiteró en la sentencia de 6 de agosto de 1992, Expediente 3829, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.

Por último, adujo que el hecho de que se hubiera interpuesto el recurso de reconsideración contra el acto que reliquidó la sanción de extemporaneidad, hace que no se cumplan las hipótesis fácticas que trae el artículo 701 del Estatuto Tributario, pues esto implica que no se hubiera renunciado al recurso de reconsideración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la sociedad actora al alegar la conclusión, reitera que la norma sancionatoria aplicable es la vigente al momento de definirse la situación del contribuyente y no la vigente a la fecha de ocurrencia del hecho controvertido; por tanto, la administración tributaria al calcular la sanción por extemporaneidad con base en una norma derogada, no solo violó el ordenamiento jurídico sino que vulneró además el principio de justicia consagrado en el artículo 683 del Estatuto Tributario.

También indica, que si bien es cierto que el Régimen Sancionatorio Tributario tiene como finalidad reprimir o castigar el incumplimiento de los deberes y obli-

gaciones que imponen las normas tributarias, porque el incumplimiento ataca e impide el normal desenvolvimiento de la acción de la administración, en el caso discutido, no existe daño al Estado ni le menoscaba su acción recaudadora, porque la sociedad en razón de su objeto social, presenta la declaración tributaria con la finalidad de obtener la devolución del impuesto sobre las ventas que ha tenido que pagar para efectuar las ventas de exportación, por lo cual, la única afectada en su patrimonio es la sociedad, sin que la extemporaneidad afecte los intereses del Estado, razón más para considerar que la sanción impuesta es injusta y desproporcionada, frente al hecho que la originó.

Por su parte, la apoderada de la Nación al alegar de conclusión, manifiesta que los argumentos del *a-quo* no pueden ser de recibo para declarar la nulidad de la actuación administrativa demandada, por cuanto la sociedad demandante estaba obligada a presentar la declaración del impuesto sobre las ventas del cuarto bimestre de 1989, hecho que sólo ocurrió extemporáneamente, el día 29 de septiembre de 1989, dando lugar así a la aplicación de la sanción prevista para tal irregularidad en el artículo 641 del Decreto 624 de 1989 -Estatuto Tributario- vigente para esa época. Presentado el hecho -extemporaneidad- surgió el derecho para la administración, en forma instantánea, de hacer efectiva la sanción, y es evidente que la norma aplicable para tal evento, era la vigente en el momento de presentarse el hecho jurídico referido.

Además, que el principio general es que la ley rige hacia el futuro y no tendrá efectos retroactivos, la retroactividad es la excepción y sólo será aplicable en los casos expresamente determinados por el legislador, por ello la ley aplicable es la vigente en 1989, año en que acontece el hecho de presentar la declaración del impuesto sobre las ventas extemporáneamente, y que conlleva la sanción. En apoyo cita sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 24 de mayo de 1976 y de esta Corporación de 27 de noviembre de 1987, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.

Finalmente reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda sobre la inaplicabilidad del principio de la favorabilidad en el campo administrativo.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación, considera que no puede la contribuyente ampararse bajo la favorabilidad del artículo 53 de la Ley 49 de 1990, porque al ser aplicada ésta, como lo hizo la actora, se contraría el sentido claro y preciso del artículo 2 de la Ley 153 de 1887, que permite la apli-

cación del principio de la favorabilidad cuando la Ley posterior es favorable, pero siempre que sea preexistente a la más gravosa, todo en relación con el hecho que se juzga. Agrega que la aplicación analógica de la favorabilidad penal, es inaplicable, ya que por mandato constitucional solo lo es en materia criminal.

En lo que respecta a la reducción de la sanción de acuerdo con el artículo 701 del Estatuto Tributario, considera que, precisamente, la norma prevé la renuncia del recurso, que no puede ser parcial, pues la consecuencia de su liquidación es inherente a la ocurrencia de la extemporaneidad.

En consecuencia solicita revocar la sentencia y denegar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se debate en el presente proceso el proceder de la Administración de Impuestos de Bogotá, -Grandes Contribuyentes-por el cual reliquidó incrementada en un 30% la sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al cuarto bimestre del año gravable de 1989, con aplicación del artículo 641 del Estatuto Tributario, vigente para la época del incumplimiento, mientras que para la demandante, *contrario sensu,* era aplicable el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, en virtud del principio de favorabilidad que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, posición que acogió el Tribunal.

La Sala no comparte la posición del Tribunal al respecto. En efecto, en reiterada jurisprudencia la Corporación acerca de la vigencia de la Ley en el tiempo y de la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en materia de sanciones administrativas (sanciones tributarias) ha señalado que las disposiciones aplicables son las vigentes en la época de la ocurrencia de los hechos toda vez que por regla general, "la Ley" no es retroactiva, como quiera que se expide para que rija en el futuro, desde su promulgación hasta que sea derogada.

La norma que consagra una conducta irregular y le cuantifica una sanción, es una norma sustancial, de aplicación hacia el futuro, es decir, para conductas que ocurran después de su vigencia y no antes.

Por ende, resulta inaplicable el principio de favorabilidad que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional; éste como lo pone de manifiesto la representante judicial de la Nación es excepción al principio de irretroactividad de la ley en el ámbito penal, no en materia tributaria, en la cual no son aplicables los principios orientadores del derecho penal.

Como ya lo ha observado la Sala, no puede confundirse el principio de retroactividad de la ley, con el principio de "inmediatez" que rige las normas de procedimiento, entendiendo como tales, las que regulan trámites, términos y competencias, las cuales dado su carácter de "orden público" (artículo 6o. del C.P.C.) son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, por tanto, no puede pretenderse que una norma que sanciona una conducta irregular pueda ser aplicada a un hecho que se cometió con anterioridad a su vigencia, puesto que tales normas, como ya se dijo, son de naturaleza sustantiva, y en consecuencia, se aplican a los hechos ocurridos bajo su vigencia, en contraposición a las de procedimiento que rigen de manera inmediata.

De acuerdo con estas precisiones la Sala observa que la disposición aplicable al *sub-lite* era, como lo advirtió la Administración de Impuestos de Bogotá en la resolución que decidió el recurso gubernativo, el inciso 3o. del artículo 641 del Estatuto Tributario, disposición vigente al momento de la presentación extemporánea de la declaración, hecho sancionado del impuesto a las ventas por el cuarto bimestre de 1989 (29 de septiembre de 1989), disposición según la cual "cuando en la declaración tributaria no resulte impuesto a cargo la sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, será equivalente al medio por ciento (0.5%) de los ingresos brutos percibidos por el declarante en el período objeto de declaración sin exceder del cinto (5%) de dichos ingresos".

De consiguiente, no era aplicable el artículo 53 de la Ley 49 del 28 de diciembre de 1990, disposición posterior al hecho sancionado que modificó la forma de cuantificación de la sanción, haciéndola menos gravosa, puesto que como se anotó, el principio de favorabilidad también por principio constitucional, se aplica sólo en materia penal, y el de irretroactividad de la ley tributaria no consagra ninguna excepción.

Por consiguiente, fue correcto el proceder de la Administración de Impuestos al aplicar el inciso 3o. del artículo 641 del Estatuto Tributario, norma vigente en la fecha en que se configuró el hecho sancionado, "la presentación extemporánea de la declaración" y en consecuencia equivocada la interpretación del demandante que acogió el Tribunal, al pretender que la norma aplicable al *sub-lite*, era el artículo 53 de la Ley 49 de 1990, norma vigente en la fecha que se produjo la sanción, pasando por alto el principio constitucional de la irretroactividad de la ley tributaria.

En igual sentido la Sala se pronunció en sentencias del 30 de septiembre de 1994 y 17 de febrero de 1995; en los procesos 5635, 5658 y 5313 iniciados por la misma sociedad contra actos administrativos que impusieron sanción por extempo-

raneidad por otros bimestres, en las cuales fueron ponentes los consejeros Doctor: Jaime Abella Zárate y Delio Gómez Leyva respectivamente.

En consideración a lo anterior la Sala habrá de revocar la sentencia del tribunal y en su lugar desestimará las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada

2o. Niéganse las súplicas de la demanda

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de 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.

ESTATUTO PARA EL DISTRITO CAPITAL - Naturaleza **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. FACULTAD IMPOSITIVA**

El Decreto 1421 de julio de 1993, tiene carácter material de ley. El ámbito de las facultades del Presidente otorgadas por el artículo 41 transitorio no fue solo el administrativo para lo cual goza, de por sí, de competencia que emana del artículo 189, sino para expedir normas sobre el régimen político, fiscal y administrativo. En consecuencia podía el Gobierno expedir normas especiales con fuerza de ley que podían sustituir, modificar o complementar las leyes en materia fiscal vigentes para los municipios en general. El régimen del Distrito es especial, distinto al de los demás municipios. Así lo ha reconocido y precisado esta Corporación en providencias de las Secciones Primera y Cuarta.

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. ESTATUTO PARA EL DISTRITO CAPITAL. COMPETENCIA FUNCIONAL. CONSEJO DE ESTADO

Las demandas que se atienden corresponden a "las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional", aspecto que quedó definido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia de fecha 13 de octubre de 1994, con ponencia del Dr. Rómulo González Trujillo en la que aclaró que corresponde al Consejo de Estado la competencia para dirimir esta clase de impugnaciones y que a falta de procedimiento especial se sigue el ordinario, conforme a lo previsto en la parte final del artículo 206 del C.C.A. En conclusión, para los efectos de la controversia planteada, la confrontación habrá de hacerse solo en relación con las disposiciones constitucionales, quedando descartada cualquiera otras leyes, así sean estas especiales, como las rela-

tivas al régimen fiscal de los municipios o a determinados impuestos como el Decreto 1333 de 1986, la Ley 14 de 1983 o la Ley 44 de 1990, porque a cualquiera de estas podía introducir modificaciones el Estatuto especial para el Distrito Capital.

DISTRITO CAPITAL - Régimen Administrativo y Fiscal. **CONGRESO. DELEGACION DE FUNCIONES. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA** - Facultades Legislativas. **ESTATUTO PARA EL DISTRITO CAPITAL** - Naturaleza. **DECRETO CON FUERZA DE LEY**

Mediante el artículo 41 transitorio, se previó que si dentro del lapso allí dispuesto, el Congreso no ejercía su función de dictar la respectiva ley, el Gobierno expediría las "normas correspondientes", vale decir, las que debería haber dictado el Congreso. Así el Constituyente otorgó facultades legislativas especiales al Gobierno, para que en sustitución del Congreso, lo reemplazara en la expedición de las normas contentivas del régimen especial. De modo que en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo transitorio 41, fue expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley, dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales, que por UNA SOLA VEZ, le otorgó directamente la Constitución al Gobierno para que actuara en sustitución del órgano legislativo, dictando las normas correspondientes, en materia política, fiscal y administrativa. De esta forma por tener competencia de carácter legislativo, habilitada por la misma Constitución, podía el Gobierno dictar la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta Política, sobre Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, que comprende también la materia fiscal, en el entendimiento que dentro de este régimen se halla incluido el tributario, que junto con los regímenes político y administrativo, eran los tres temas que debía contener el Estatuto Orgánico de la Capital.

IMPUESTO PREDIAL - Naturaleza. **SUJETO ACTIVO. SUJETO PASIVO. BASE GRAVABLE. TARIFA. CAUSACION DEL IMPUESTO PREDIAL. IMPUESTO PREDIAL** - Evolución Normativa

El Impuesto Predial es un tributo de carácter municipal que recae sobre las propiedades raíces, urbanas o rurales, ubicadas en las respectivas jurisdicciones municipales. El sujeto activo del impuesto es el municipio en cuya jurisdicción se encuentre situado el inmueble. A su vez, el sujeto pasivo es el propietario o poseedor del predio. La base gravable la cons-

tituye el avalúo catastral o el autoavalúo, del respectivo predio. La tarifa que inicialmente fue fija, actualmente debe ser diferencial y progresiva, teniendo en cuenta los usos del suelo, los estratos socioeconómicos y la antigüedad en la formación catastral. La tarifa será fijada por los respectivos Concejos y oscilará entre el 1 y el 16 por mil del respectivo avalúo. El impuesto se causa el 1o. de enero del respectivo año gravable. El Impuesto Predial tuvo como antecedente legal la Ley 48 de 1887, que autorizó a los departamentos para crearlo y recaudarlo. Ha sido objeto de modificaciones introducidas mediante las Leyes 20 de 1908, la 1a. y 4a. de 1913, 34 de 1920, los Decretos 2185 y 4133 de 1951, las Leyes 29 de 1983, 14 de 1983 y 44 de 1990.

IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO. AVALUO CATASTRAL-Determinación. DECLARACION DE IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO. AUTOAVALUO DE INMUEBLES. BASE GRAVABLE - Determinación

A través de la Ley 44 de 1990, se efectuaron importantes modificaciones al impuesto, entre las cuales cabe destacar la redefinición del gravamen basada en la fusión de los impuestos predial, de parques y arborización, de estratificación socioeconómica y la sobretasa de levantamiento catastral, que tenían como base el avalúo catastral, en un solo impuesto denominado Impuesto Predial Unificado, constituyéndose en el único impuesto que pueden cobrar los municipios sobre el avalúo catastral. Ante el fracaso gubernamental en el objetivo de la Ley 14 de 1983 de actualizar los registros y avalúos catastrales a fin de ampliar y modernizar la base impositiva, rezagada como consecuencia del atraso de los catastros, se estableció la Declaración del Impuesto Predial Unificado cuya adopción sería opcional para los municipios, caso en el cual fue modificada la base gravable del impuesto, señalándose la obligación al contribuyente de informar el valor del predio, a través de la declaración del autoavalúo efectuado directamente por el propietario o poseedor del inmueble. Para los contribuyentes de los demás municipios, o sea, para los que no hayan adoptado el sistema de la citada Declaración, la base gravable continúa siendo el avalúo catastral. El avalúo catastral consiste en la determinación del valor de los predios obtenidos mediante investigación y análisis estadístico del mercado inmobiliario. Está conformado por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones existentes. De esta forma se establecieron dos procedimientos para la determinación de la base gravable del impuesto: fijación del avalúo catastral por parte de las autoridades catastrales y el

autoavalúo con declaración privada y liquidación del impuesto por parte del contribuyente.

AUTOAVALUO DE INMUEBLES - Límites. AVALUO CATASTRAL-Ajuste. IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO

Del texto del artículo 14 de la Ley 44 de 1990 se extrae con toda claridad que el autoavalúo tiene estos límites como mínimo, es decir, no puede ser inferior a estos valores: -al último autoavalúo aunque hubiese sido hecho por propietario o poseedor distinto al declarante y -al que resulte de multiplicar el número de metros cuadrados de área y/o construcción "por el precio de metro cuadrado que por vía general fijen como promedio inferior las autoridades catastrales" por sectores y estratos en cada municipio. El artículo 8o. de la ley consagró el sistema de ajuste anual de los avalúos catastrales entre el 70 y el 100 del I.P.C. (Indice de Precios al Consumidor del DANE) que debe ser fijado por el Gobierno Nacional previo concepto del CONPES.

AUTOAVALUO - Efectos fiscales. AUTOAVALUO EN IMPUESTO SOBRE LA RENTA

La enorme incidencia que tiene la determinación del autoavalúo, el cual además de ser la base gravable del Impuesto Predial Unificado, prolonga sus efectos a los siguientes aspectos: -El autoavalúo constituye "costo fiscal" de los bienes raíces que tengan el carácter de activos fijos, para los efectos de establecer la renta o la ganancia ocasional que se produzca en su enajenación, tal como lo dispuso la Ley 44 de 1990 y lo ratificó la Ley 174 de 1994.- Adicionalmente aunque haya desaparecido el Impuesto complementario de Patrimonio, podrá incidir en la determinación de este, con repercusiones en la renta presuntiva, en la ganancia ocasional por herencia y otros efectos no identificados, particularmente en los no obligados a hacer ajustes por inflación.- En la negociación de predios, los municipios deberán tener en cuenta el autoavalúo incrementado en un 25% más la variación del índice de precios al consumidor (art. 15 Ley 44 de 1990).

BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO PREDIAL EN BOGOTA. AUTOAVALUO DE INMUEBLES - Límites. AVALUO CATASTRAL

Del artículo 155 del Decreto 1421 de 1993 claramente surgen las siguientes conclusiones: 1a. Que la base gravable del Impuesto Predial Unifica-

do será la que establezca el contribuyente mediante autoavalúo de su inmueble. 2a. Que no hay tope máximo por el cual deba declararse. 3a. Que no hay pauta criterio o calificativo distintivo que obligue al declarante, sino que la norma le señala unos límites mínimos, al indicar que el autoavalúo no puede ser inferior a ninguno de estos valores: -Al avalúo catastral del año inmediatamente anterior incrementado con el I P C (numeral 1o.) - Al autoavalúo del año anterior, incrementado el I.P.C. (numeral 1o.).- Al 50 del valor comercial del predio (numeral 3o.) - A las bases presuntas mínimas fijadas por la Administración Distrital (numeral 5o.). Entendido así el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993, no cabe duda de que la base gravable está constituida únicamente por "el valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente", el cual no podrá ser inferior a los parámetros que se acaban de enunciar. La referencia al "valor comercial" en el numeral 3o. no está consagrada para que se declare en su integridad por el total de éste, sino por lo menos en la mitad del mismo.

SANCION POR VALOR DEL AUTOAVALUO - Improcedencia. **VALOR COMERCIAL. AUTOAVALUO DE INMUEBLES. BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO PREDIAL EN BOGOTA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. OBLIGACION TRIBUTARIA** - Elementos. **PRINCIPIO DE CERTEZA**

La ley no consagró la obligación de declarar por el valor comercial, sino por más de la mitad de éste, pero no fueron señalados los elementos que lo configuran, ni las pautas para establecerlo y puesto que ni la Administración los tiene, no se encuentra razonable que el contribuyente incurra en falta sancionable por no ajustarse a lo que no está obligado; además, se trataría así de una sanción fundada en un hecho incierto y desconocido por todos. Es evidente que ni en el numeral acusado, ni en ninguna otra de las disposiciones del Decreto, se establecieron las directrices o parámetros que deberían seguirse para la determinación del "valor comercial" que podría ser la base para la liquidación oficial del Impuesto. Solamente en el proceso de verificación o discusión con el contribuyente, se prevé que en última instancia del proceso gubernativo se conozca en definitiva el citado valor comercial, que llega a convertirse en base gravable de liquidación del impuesto. Y dicho valor será fijado por un solo perito, aparentemente sin posibilidad de objeción, y lo que es más llamativo del sistema, es que ese perito es de índole particular y designado por una entidad eminentemente privada como lo es la Lonja de Propiedad Raíz, es decir, sin más injerencia de las entidades públicas que la escogencia de la lista que esta les presente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: expediente Nos. 5017, 5138 y 5486 Acumulados. Actores: Ricardo Cifuentes Salamanca, Miguel Angel Enciso Pava y Bernardo Enrique Peralta Ortiz. Nulidad de los arts. 153 a 159 del dcto 1321 de 1993. Estatuto de Santa Fe de Bogotá D.C - Fallo -

Los ciudadanos RICARDO CIFUENTES SALAMANCA, MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA y BERNARDO ENRIQUE PERALDA ORTIZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, mediante escritos separados, demandan la declaratoria de nulidad de los artículos 153, 154, 155, 156, 157, 158 y 159 del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política, para expedir el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Los ciudadanos ENCISO PAVA Y PERALTA ORTIZ, dirigieron su acción únicamente contra el artículo 155, el primero de los nombrados demanda el numeral 3° y el segundo, la disposición en su totalidad.

A solicitud del apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, mediante Auto del 25 de noviembre de 1994, se decretó la acumulación de los expedientes números 5138 y 5486 relativos a las demandas interpuestas por los ciudadanos MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA Y BERNARDO ENRIQUE PERALTA ORTIZ, a la demanda promovida por RICARDO CIFUENTES SALAMANCA, radicada bajo el No. 5017.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia.

I. EL ACTO ACUSADO

Las disposiciones acusadas del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, son del siguiente tenor:

DECRETO No. 1421 DE 1993
(julio 21)

Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 41 transitorio de la Constitución Política.

Decreta

Título XI

REGIMEN FISCAL

Artículo 153. Disposiones generales. El establecimiento, determinación y cobro de tributos, gravámenes, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones en el Distrito se regirán por las normas vigentes sobre la materia con las modificaciones adoptadas en el presente estatuto.

Artículo 154. Industria y comercio. A partir del año de 1994, se introducen las siguientes modificaciones al impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital:

1a. Corresponde al Concejo, en los términos del numeral 3° del artículo 12° del presente estatuto, fijar su periodicidad. Mientras no lo haga y a partir del 1° de enero de 1994, el período de causación será bimestral.

2a. Se entienden percibidos en el Distrito como ingresos originados en la actividad industrial, los generados por la venta de los bienes producidos en el mismo, sin consideración a su lugar de destino o la modalidad que se adopte para su comercialización.

3a. Se entienden percibidos en el Distrito los ingresos originados en actividades comerciales o de servicios cuando no se realizan o presentan a través de un establecimiento de comercio registrado en otro municipio y que tributen en él.

4a. Se consideran actividades de servicio todas las tareas, labores o trabajos ejecutados por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere contraprestación en dinero o en especie y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual.

5a. Su base gravable estará conformada por los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el período gravable. Para determinarlos, se restará de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y la venta de activos fijos. Hacen parte de la base gravable los ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en esta disposición. Con base en estudios y factores objetivos, el Concejo podrá establecer presunciones de ingresos mensuales netos para determinadas actividades. La base gravable para el sector financiero continuará rigiéndose por las normas vigentes para él.

6a. Sobre la base gravable definida en la ley, el Concejo aplicará una tarifa única del dos por mil (2%) al treinta por mil (30%).

7a. El Concejo podrá eliminar el impuesto de avisos y tableros, mediante su incorporación en el de industria y comercio.

Parágrafo. La administración tributaria determinará las fechas de presentación de la declaración y pago del impuesto de industria, comercio y avisos y tableros correspondiente al año gravable de 1993, que en los demás aspectos se regirá por las normas vigentes.

Artículo 155. Predial unificado. A partir del año gravable de 1994, introdúcense las siguientes modificaciones al impuesto predial unificado en el Distrito Capital:

1a. La base gravable será el valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente y el cual no podrá ser inferior al avalúo catastral o autoavalúo del año inmediatamente anterior, según el caso, incrementado en la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Cuando el predio tenga un incremento menor o un decremento, el contribuyente solicitará autorización para declarar el menor valor.

2a. El contribuyente liquidará el impuesto con base en el autoavalúo y las tarifas vigentes. Lo hará en el formulario que para el efecto adopte la administración tributaria distrital. Si el impuesto resultante fuere superior al doble del monto establecido el año anterior por el mismo concepto, únicamente se liquidará como incremento del tributo una suma igual al ciento por ciento (100%) del predial del año anterior. La limitación aquí prevista no se aplicará cuando existan mutaciones en el inmueble ni cuando se trate de terrenos urbanizables no urbanizados o urbanizados no edificados.

3a. Cuando la administración establezca que el autoavalúo fue inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial del predio, liquidará el impuesto con base en este valor y se aplicará la sanción por inexactitud que regula el Estatuto Tributario. Para los años 1995 y siguientes el Concejo podrá elevar progresivamente el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento. Para efectos de lo previsto en el presente numeral, cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración no corresponde al de su predio, podrá pedir que a su costa, dicho valor comercial se establezca por perito designado por la lonja de propiedad raíz.

4a. Responderán solidariamente por el pago del impuesto, el propietario y poseedor del predio.

5a. La administración distrital podrá establecer bases presuntas mínimas para los autoavalúos de conformidad con los parámetros técnicos sobre precios por metro cuadrado de construcción o terreno según estrato, y

6a. El Concejo fijará las tarifas de acuerdo a la ley. Mientras no lo haga, regirán para todos los predios las vigentes para el primer año de los formados según su categoría y estrato conforme a las disposiciones del Acuerdo 26 de 1991.

Artículo 156. Sobretasa a la gasolina. El Concejo podrá imponer una sobretasa al consumo de la gasolina motor hasta del 20% de su precio al público.

La sobretasa se destinará a la financiación de los estudios, diseños y obras que se requieran para organizar y mejorar la red vial y el servicio de transporte colectivo de pasajeros que se preste por cualquier medio o sistema. También se podrá destinar a la adquisición de los predios y equipos que demande el cumplimiento del citado objetivo.

Dentro de los límites previstos en este artículo, el monto o porcentaje de la sobretasa será determinado por el Concejo y se empezará a cobrar a partir de la fecha que éste determine.

El establecimiento de la sobretasa no exige requisitos distintos de los fijados en este decreto.

Artículo 157. Valorización. Corresponde al Concejo establecer la contribución de valorización por beneficio local o general; determinar los sistemas y métodos para definir los costos y beneficios de las obras o fijar el monto de las sumas que se puedan distribuir a título de valorización y como recuperación de tales costos o de parte de los mismos y la forma de hacer su reparto. Su distribución se

puede hacer sobre la generalidad de los predios urbanos y suburbanos del Distrito o sobre parte de ellos. La liquidación y recaudo pueden efectuarse antes, durante o después de la ejecución de las obras o del respectivo conjunto de obras.

La contribución de valoración por beneficio general únicamente se puede decretar para financiar la construcción y recuperación de vías y otras obras públicas. A título de valorización por beneficio general no se puede decretar suma superior al cincuenta por ciento (50%) de los ingresos corrientes del Distrito recaudados en el año anterior al de inicio de su cobro.

Parágrafo. Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior, autorízase al Gobierno Distrital para introducir en las valorizaciones decretadas los ajustes y reducciones que fueren necesarios al monto distribuible y a los plazos y descuentos ordenados para su pago.

Artículo 158. Delineación urbana. La base gravable para la liquidación del impuesto de delineación urbana en el Distrito Capital será el monto total del presupuesto de la obra o construcción. La entidad distrital de planeación fijará mediante normas de carácter general el método que se debe emplear para determinar el presupuesto y podrá establecer precios mínimos de costo por metro cuadrado y por estrato. El impuesto será liquidado por el contribuyente.

El Concejo fijará la tarifa entre el uno (1) y el tres por ciento (3%). Hasta tanto el Concejo adopte dicha determinación se aplicará lo que resulte de sumar las tarifas vigentes para los impuestos de delineación urbana y ocupación de vías.

Elimínase el impuesto de ocupación de vías.

Artículo 159. Peajes. El Concejo Distrital en los términos del numeral 3 del artículo 12 del presente estatuto podrá establecer, dentro de los límites del Distrito, peajes en las vías de acceso a la ciudad o en las nuevas vías circunvalares y de alta velocidad. Su producto lo destinará a la construcción, mantenimiento, conservación y reparación de vías".

II. LAS DEMANDAS

Los actores solicitan la nulidad de las disposiciones transcritas por violación de los artículos 4°, 29, 95 numeral 9°, 150 numerales 10 y 12. 313 numeral 4°, 317, 322, 338, el Título XIII, y artículo 41 transitorio de la Constitución Política.

Considera el actor CIFUENTES SALAMANCA que los artículos 153, 154, 155, 156, 157, 158 y 159 del Decreto acusado, quebrantan el ordenamiento

Constitucional, por cuanto fueron expedidos por el Presidente de la República sin competencia, dado que no es facultad de éste establecer, crear, modificar y votar contribuciones fiscales o parafiscales, sino que dicha atribución es exclusiva del Congreso, en la forma como lo prevé el artículo 150-12 de la Carta, en concordancia con el artículo 338 ib.

Sostiene que dentro de las facultades que el artículo 189 confiere por razón de sus funciones al Presidente, no se encuentra la de establecer tributos. Que la atribución que le confiere el artículo 215, requiere declaratoria previa del estado de emergencia y las normas expedidas rigen de manera transitoria, requiriéndose la intervención del Congreso para que adquieran carácter permanente, en razón a que es únicamente dicha Corporación la que puede establecer tributos en el territorio nacional.

Entiende el demandante que las leyes especiales que organicen el Distrito Capital, de acuerdo con el artículo 322 de la Carta, deberán estar acordes con la Constitución y con el régimen de los municipios.

Agrega que si bien el artículo 41 transitorio otorga facultades transitorias al Gobierno, la disposición no es "derogatoria" de la Constitución, ni le confiere facultades que éste no tiene dentro del marco constitucional. De manera que cuando se habla del régimen político, administrativo y fiscal debe entenderse que se trata de legislar sobre estas materias, pero dentro de las atribuciones de cada rama del poder público y que la facultad es para dictar el régimen especial obviando el trámite acostumbrado; por lo cual, no puede malinterpretarse pretendiendo que es una ley de poderes omnímodos en cabeza del Presidente como Jefe del Gobierno, y por encima de las facultades que constitucionalmente le corresponden.

Observa que el Constituyente estableció que las imposiciones fiscales deben provenir del legislativo, dándoles un sentido democrático y popular; y que en contravía de lo anterior estarían las facultades para que el ejecutivo decretara impuestos, en una clara alusión a los sistemas monárquicos y dictatoriales, en los que el gobernante decreta sus impuestos de acuerdo con sus criterios íntimos y particulares, conducta que para el actor, riñe con el fundamento del estado de derecho y resquebraja el sistema democrático, pues el decreto acusado constituye una afrenta al texto constitucional al permitir, so pretexto de un artículo transitorio, que sea el ejecutivo quien decrete las contribuciones fiscales y parafiscales, llegando inclusive a determinar los sujetos, los porcentajes de las tarifas y las bases gravables.

De otra parte, a juicio del actor PERALTA ORTIZ, el Gobierno desbordó las facultades del artículo 41 transitorio, al incluir en el Estatuto de Santafé de Bogotá

materias de carácter fiscal cuya determinación es de exclusiva competencia de la ley a través del Congreso, no transferibles al ejecutivo por facultades extraordinarias, al prohibirlo expresamente la Carta.

Sostiene que con la expedición del artículo 155 del Estatuto, el ejecutivo excedió las facultades conferidas por dicho artículo 41, puesto que solamente podían ejercerse para establecer el régimen político y administrativo del Distrito Capital, con exclusión absoluta del régimen fiscal.

Igualmente, el ciudadano MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA considera que debe anularse el numeral 3° del mismo artículo 155, básicamente por las siguientes razones:

Según la disposición, la base gravable del impuesto predial unificado es el AUTOAVALUO, que no puede ser inferior al avalúo catastral o al autoavalúo dado al predio en el año gravable inmediatamente anterior -1993-, incrementado con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

No obstante tal precisión, el numeral 3°, de la norma, autoriza a la administración tributaria distrital para que COMPARE EL AUTOAVALUO hecho y declarado por el contribuyente, no con el AVALUO CATASTRAL o con el autoavalúo reajustado, sino CON EL VALOR COMERCIAL DEL PREDIO, establecido por la Administración. Dicho valor comercial será la BASE GRAVABLE del impuesto predial unificado y de la sanción por inexactitud.

A juicio del demandante y conforme a la base gravable que describe la disposición, el valor comercial del predio no es factor determinante del autoavalúo y la cifra representativa del valor comercial no existe jurídica y legalmente para la época en que el contribuyente debe presentar la respectiva declaración del impuesto.

Estima la demanda, que la disposición acusada es violatoria del artículo 29 de la Constitución, pues para que el valor comercial del predio sea factor que determine la base gravable debe corresponder al resultado de un procedimiento preexistente legalmente establecido, respecto del cual exista claridad, certeza y conocimiento previo por parte del contribuyente, antes de la oportunidad para presentar la declaración, ésto es, debe conocerlo con certeza en virtud de las normas que rigen el tributo. Y no existe en el Decreto 1421 de 1993 procedimiento preestablecido que le permita al contribuyente determinar el valor comercial del predio.

Considera infringido el artículo 338 constitucional, porque se facultó a la Administración y a los peritos de la Lonja de Propiedad Raíz para ejercer atribuciones que la Carta no ha otorgado a entidad o funcionario público alguno, como las de establecer la Base Gravable del Impuesto Predial Unificado mediante el señalamiento de un VALOR COMERCIAL, arbitrario, sorpresivo, futuro y retroactivo, desconocido para el contribuyente por ser inexistente al momento de determinar su obligación tributaria, situación de la cual también deduce violación de los artículos 41 transitorio, pues éste no facultó al Gobierno para atribuir a la Administración ni a los peritos la determinación de la base gravable y 363 de la Carta, que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes tributarias.

Estima que la determinación de la base gravable y la sanción en la forma anotada, aparece contraria a los conceptos de justicia y equidad consagrados en el artículo 95, numeral 9°, pues éstos implican el conocimiento previo del contribuyente, acerca de sus obligaciones tributarias y no el producto de hechos aleatorios, inciertos y futuros, frente a los cuales el contribuyente se halla totalmente desprotegido.

OPOSICION

El apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, defiende la legalidad de las disposiciones acusadas y al efecto, destaca el carácter de ley en sentido material que ostenta el Decreto 1421 de 1993, expedido en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 41 transitorio de la Constitución.

Señala que el régimen jurídico del Distrito Capital está integrado por los siguientes elementos normativos: 1) El determinado en la Constitución en los artículos 322 siguientes y demás disposiciones concordantes; 2) El determinado en las leyes especiales contentivas del Estatuto del Distrito y 3) El contenido en las disposiciones constitucionales y legales comunes a todos los municipios.

Indica que en cuanto a su origen, el Estatuto del Distrito Capital debió ser materia de legislación por parte del Congreso, salvo que se configurara, como en efecto ocurrió, el supuesto contemplado en el artículo 41 transitorio, caso en el cual las disposiciones deberían ser expedidas por el Gobierno Nacional. Entonces el Decreto, así reciba tal denominación, tiene el carácter material de la ley. Agrega que el Gobierno ejerció una competencia directa (transitoria) que la Constitución claramente le otorgó, a fin de evitar que se configurara un vacío normativo para la Capital. Por tanto el Presidente debía expedir un estatuto para el Distrito contentivo de las disposiciones políticas, fiscales y administrativas, las cuales sólo pueden ser adoptadas mediante normas con fuerza de ley.

Afirma que no tendría sentido y sería culpable por omisión el Gobierno, si sólo hubiese expedido normas administrativas para las cuales, tiene el Presidente expresa competencia (art. 189 C.P.). Y que si lo que le correspondía expedir al Gobierno eran las normas sustitutivas de la ley que establece el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, dichas disposiciones corresponden en su contenido material a leyes y en modo alguno, pueden considerarse normas de carácter administrativo o reglamentario.

Aduce que dado su carácter especial, el Distrito Capital, posee una naturaleza jurídica *sui generis* y por ende una normatividad especial, siendo aplicable sólo en forma subsidiaria, como lo dispone la Constitución, la normatividad que rige para los municipios, siempre que no riña con los preceptos constitucionales y leyes especiales sobre el Distrito, de manera que no es cierto que a la Capital se le apliquen las disposiciones vigentes para los municipios, pues en ese caso, su régimen dejaría de ser especial.

Niega en consecuencia, que exista identidad normativa entre el Distrito Capital y el Régimen municipal, diferenciación que deduce del hecho de que dentro del Título XI relativo a la Organización Territorial, se incluyó en capítulos separados el régimen municipal general y el régimen especial para el Distrito (Capítulos 3 y 4 respectivamente).

De otra parte y en relación con los cargos formulados contra el artículo 155 del Decreto, sostiene que la razón por la cual se consagró a nivel legal la figura del autoavalúo responde a la necesidad de actualizar y ajustar a la realidad el valor de los bienes inmuebles, con miras a lograr una liquidación correcta del impuesto predial. Que el legislador quiso gravar el valor real de los bienes inmuebles, a fin de reducir la brecha existente entre el valor nominal (avalúo catastral) y el valor real (autoavalúo).

Explica que por falta de eficiencia de la Administración Municipal, la base gravable del impuesto predial nunca se mantuvo actualizada, lo que trajo como consecuencia la disminución real del recaudo del tributo y el establecimiento de un doble sistema de avalúo de los inmuebles: el valor real del bien, que no es otro que el determinado por los precios del mercado, y el valor ficticio nominal representado en el avalúo catastral original, vetusto y desactualizado, situación que dió lugar incluso al abuso de los propietarios, toda vez que uno era el valor declarado para efectos del pago del impuesto y otro, el valor por el cual se realizaba la transacción respectiva.

Niega como cierto que el valor comercial del inmueble no sea un factor determinante para que el contribuyente establezca el autoavalúo, puesto que el ideal

del sistema es que el valor declarado sea equivalente, o por lo menos no muy distante del valor comercial del bien, que es en últimas el más aproximado e la realidad.

A juicio del representante del Distrito, la existencia de un límite mínimo para el valor declarado obedece a la necesidad de "alinderar" de alguna manera la libertad que tiene el contribuyente para declarar lo que vale su propiedad, entre los extremos del valor comercial y el valor mínimo fijado por la ley.

Explica que el querer del legislador fué confiar al mismo contribuyente la determinación final del valor del bien, y que si se tratara de sumas fijas, no tendría sentido que el contribuyente liquidara y mucho menos estableciera un valor mínimo, pues en ese caso, bastaría que la administración tomara el avalúo catastral inicial y lo actualizara hasta la época, multiplicado cada año por el índice de preciso del consumidor -I.P.C.- procedimiento que sí sería violatorio del derecho de defensa del contribuyente, pues es posible que en algunos casos los bienes no se hubieren valorizado al ritmo del I.P.C.

Agrega , que desde un principio es el contribuyente quien tiene la potestad de fijar el valor de un inmueble, teniendo como punto de vista dos extremos objetivos dentro de los cuales puede moverse: su antiguo avalúo catastral y el valor comercial del bien.

Sostiene que no puede afirmarse, sin caer en lo ingenuo, que el contribuyente se halle en total oscuridad y no tenga la menor idea de cuál es el valor comercial de su inmueble y menos aún que lo enejene a la suerte de lo ofrecido por el comprador o por el valor de su avalúo catastral.

En el evento de un desfase de tal envergadura entre el avalúo declarado y el valor comercial del bien, que arroje una diferencia del 50% entre uno y otro valor, la administración establece el valor de la base gravable (no la base gravable misma, que ya está establecida en la ley), tomando como cifra el valor comercial cierto del bien, y que el particular tiene una instancia para defender sus derechos al solicitar el avalúo de peritos, para que el valor se ajuste a la realidad.

IMPUGNACION

Concurre a los procesos como parte impugnante, la Delegada del Personero del Distrito Capital, quien con argumentos similares a los expuestos por el representante del Distrito, defiende la legalidad del artículo 155 del Decreto 1421 de 1993. Agrega que el artículo 95-9 de la Constitución, justifica la existencia misma

del autoavalúo como mecanismo para establecer la base gravable del impuesto predial, pues es allí en donde la justicia y la equidad se ponen de manifiesto, dado que el más autorizado para determinar el valor de un inmueble es su propietario.

Señala que en el numeral 1° del artículo 155, se estableció un tope mínimo, a través del cual la administración presume que el avalúo catastral o el autoavalúo del año anterior, corresponde a una estimación real del valor del inmueble, pero que ello no es óbice para que señale en el numeral 3°, que si la administración llega al conocimiento de que el autoavalúo no obstante el parámetro indicado en el numeral 1° no corresponde siquiera al 50% del valor comercial del inmueble, imponga las sanciones pertinentes.

COADYUVANCIAS

De otra parte, los ciudadanos PILAR LUQUE DE SCHAEFER, BLANCA LUQUE DE HANISH, SANTIAGO LUQUE TORRES, ALVARO VIVAS TROCHEZ Y JUANITA LUQUE DE SOLANO, a través de apoderado especial, coadyuvan la acción intentada por el actor RICARDO CIFUENTES SALAMANCA, con el cual coinciden en afirmar que con las disposiciones acusadas se han infringido, en forma ostensible y manifiesta, los artículos 338, 313-4 y 189 de la Constitución y que el artículo 215 sobre estado de emergencia, es inaplicable.

Estiman que no obstante la facultad conferida por el artículo 41 transitorio, las normas demandadas no podían crear las contribuciones ni decretar los impuestos en la forma como lo estableció el Decreto 1421 de 1993 en su régimen fiscal, artículos 153 a 159. Que al concebir el término de "régimen" para el Distrito Capital, el artículo 322 de la Carta se refirió también al determinado por la Constitución y dentro de las competencias que ella fija se encuentra el artículo 338, que la establece privativa para la creación de impuestos por parte de los concejos dentro de su jurisdicción y el artículo 313-4 que asigna tal función a los concejos; por tanto, ni la ley ni el Decreto Legislativo podrán crear impuestos asignados a otra competencia diferente a la del legislativo nacional y solamente en cuanto al régimen fiscal, podían organizarlo señalando algunas competencias, funciones para organización del recaudo de los impuestos, etc, pero en manera alguna crear impuestos dentro de un nuevo Estatuto, como los autoavalúos, ni señalar su monto y demás modalidades de liquidación.

Señaló violados también el artículo 189, que no autoriza al Presidente para crear impuestos y el 41 transitorio, que como norma de excepción debe interpretarse en forma restrictiva.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Por la parte **actora**, presentó escrito de conclusión el ciudadano MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA, en el cual ratifica los cargos de la demanda e insiste en que la base gravable del impuesto, es el valor que mediante AUTOAVALUO establezca el contribuyente, el cual no puede ser inferior al avalúo catastral o el autoavalúo vigente al 31 de diciembre del año anterior al gravable y la variación porcentual del índice de precios al consumidor, que son los únicos factores conocidos y determinantes del autoavalúo, como "legítima y única base gravable", del impuesto predial unificado que rige en el Distrito Capital, por encontrarse previa y expresamente determinados en la ley, de modo que el autoavalúo así practicado es "la única base gravable que ninguna autoridad podrá desconocer".

Que el numeral 3° del artículo 155 faculta a la administración para que con posterioridad al vencimiento del término legal para declarar, establezca el VALOR COMERCIAL del predio y lo tome como BASE GRAVABLE del impuesto, si a su juicio el AUTOAVALUO resulta inferior al 50%, de dicho valor comercial. Pero que al presentar la declaración el contribuyente no conoce el valor comercial, porque éste no existe legalmente, ni el declarante está en capacidad de saber cuáles serán los criterios o elementos de juicio que en el futuro tendrá la administración para fijar el valor comercial, dado que su determinación no corresponde a ningún procedimiento previamente preestablecido y que en esas condiciones dicho valor comercial resulta ser un acto "subjetivo, futuro, sorpresivo, incierto y arbitrario", actuación violatoria del artículo 29 dc la Constitución.

Insiste en que el valor comercial no se determina conforme a las leyes preexistentes al acto por el cual el contribuyente debe declarar la base gravable del impuesto mediante el autoavalúo, sino por un acto arbitrario expedido con posterioridad al plazo para declarar. En consecuencia, el procedimiento contenido en la norma impugnada y la autoridad ejercida por el perito es inconstitucional y es prueba nula de pleno derecho porque su obtención se logra con violación de debido proceso.

Argumenta que la sanción por inexactitud que prevé la disposición, no solo es injusta sino abiertamente inconstitucional por cuanto el contribuyente, ante la ausencia de norma legal, está en imposibilidad de conocer el procedimiento y los elementos de juicio que tendrán en cuenta la administración y el perito para establecer el valor comercial del inmueble, además que la necesidad de perito, demuestra que el mencionado valor comercial no existe previamente a la fecha en que se debe declarar.

Reitera que la base gravable del impuesto determinado a costa del contribuyente mediante el establecimiento del valor comercial por perito, constituye una indebida delegación de funciones públicas, además de que dicho procedimiento resulta ilegítimo por cuanto la determinación de la base gravable del impuesto debe hacerla directamente la disposición que lo crea, y no por parte de perito, supliendo así la ausencia de norma legal que expresamente lo contenga o en su defecto por providencia administrativa o jurisdiccional, con carácter de cosa juzgada y luego de agotado el correspondiente procedimiento, que resuelva el fondo del asunto.

Enfatiza que el autoavalúo constituye la única base del impuesto predial unificado, por lo cual el cumplimiento de los requisitos señalados en el numeral 1° del artículo 155 es razón legal y suficiente para que el autoavalúo sea prevalente y constituya la única base gravable frente a la cual, el referido valor comercial del predio, por ser un acto extemporáneo y de origen ilegítimo, no tendrá ningún valor.

Critica la facultad del Concejo para elevar progresivamente y hasta el 80% el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial, porque mantiene indefinidamente la incertidumbre para el contribuyente, dado que la Administración cada año podrá establecer nuevos valores comerciales, a su arbitrio, sin que el contribuyente pueda conocerlos previamente para comprobar la conformidad con los porcentajes que se señalan.

Subraya la violación del artículo 338 de la Carta, por cuanto la norma acusada no señala directamente la base gravable del impuesto predial unificado, sino que faculta a la administración y al perito para que establezcan el valor comercial del predio, el cual a su vez se constituiría en base gravable.

Reitera la violación de los artículos 95-9, 363 y 41 transitorio de la Constitución, conforme los conceptos expuestos en la demanda.

El apoderado del **Distrito Capital**, luego de efectuar algunas consideraciones en materia de facultad impositiva y de señalar que a cargo de la ley ha estado siempre la creación de tributos que desarrollarán y cobrarán los departamentos y municipios, precisa que a la ley le corresponde determinar los hechos, los sujetos y las bases gravables de los tributos, tal y como lo han hecho en este caso el Gobierno en forma SUSTITUTIVA del Congreso por mandado expreso de la Constitución, que así lo dispuso en su artículo 41 transitorio .

El Presidente no actuó en ejercicio de una facultad reglamentaria, sino que lo hizo en desarrollo del artículo 41 transitorio que le otorgó como atribución directa constitucional la de dictar por una sola vez el Estatuto de la Capital contentivo del régimen político, fiscal y administrativo.

Insiste en la falta de identidad normativa entre el Distrito Capital y el régimen municipal y en la no sujeción de las leyes especiales que lo rigen, a las disposiciones constitucionales y legales aplicables a los municipios.

Respecto de los cargos contra el contenido del artículo 155 del Decreto, precisa que la demanda interpreta erróneamente los criterios determinantes y el fundamento filosófico del autoavalúo.

Señala que éste se fundamenta en la necesidad de actualizar y ajustar al valor real los bienes inmuebles con el fin de lograr una correcta liquidación del impuesto predial, así como reducir la brecha existente entre el valor nominal (avalúo catastral) y el valor real del bien (autoavalúo) y hacer efectivo el espíritu de la ley mediante la actualización de la base gravable del tributo.

Sostiene que el numeral 2° del artículo 155 prevé el procedimiento para liquidar el autoavalúo, cuyo resultado no puede ser inferior a los siguientes dos límites: 1) El consagrado en el mismo numeral 2o, en cuanto no puede ser inferior al avalúo catastral o al autoavalúo del año inmediatamente anterior, según el caso, incrementados con la variación del índice de precios al consumidor, y 2) El establecido en el numeral 3o. en el sentido de que el autoavalúo no puede ser inferior, en todo caso, al 50% del valor comercial del bien. De manera que el numeral 2o. al consagrar las pautas para liquidar el autoavalúo no establece un valor fijo para después "sorprender" al contribuyente en caso de que éste sea inferior a los límites establecidos en la ley, pues tanto el procedimiento como los límites están fijados en el artículo 155, por lo que no es cierto que la norma viole el debido proceso o el derecho de defensa del contribuyente.

Insiste en que el establecimiento de un procedimiento para "regular" la libertad que tiene el contribuyente para el avalúo, ajustándolo a la realidad, no puede conducir a que por sí mismo viole el derecho de defensa y el debido proceso. Que en todas las etapas del autoavalúo es el contribuyente quien tiene la iniciativa de fijar el valor y el único evento en que la pierde, por desfase en más del 50%, goza de oportunidad de controvertir la decisión de la Administración, a través del dictamen del perito, para que el valor se ajuste a la realidad.

De otra parte, con ocasión del traslado para alegar en el proceso No. 5486, el apoderado del Distrito, presenta un análisis general sobre los fiscos territoriales y los impuestos Predial y de Industria y Comercio (?), en el cual precisa respecto del primero, que la constitucionalidad del impuesto predial unificado fue definida por la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 3° de la Ley 44 de 1990, y que los criterios expresados en dicho pronunciamiento son válidos para el asunto en estudio, puesto que el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993, no hizo cosa diferente que establecer el autoavalúo como forma de determinación de la base gravable.

Sostiene que el legislador eligió este método, porque resulta más equitativo y justo, que la base gravable sobre la cual los ciudadanos deban liquidar el impuesto predial, no sea un obsoleto y atrasado sistema catastral, sino que sea el valor comercial de los bienes, que a su vez se determina por el mercado inmobiliario, que a la postre es el verdadero y real valor del bien.

Que al consagrarse que la base gravable la determine el contribuyente a través del autoavalúo, se cumple con los preceptos constitucionales de equidad, justicia y eficiencia de los tributos, y no constituye una forma arbitraria de la administración tributaria. Así mismo, al tener en cuenta el valor comercial del inmueble se da cumplimiento estricto a lo preceptuado en el artículo 363 de la Carta, toda vez que el valor comercial es un valor cierto y verídico otorgado por las leyes del mercado y que es lo que en efecto posee el contribuyente en su haber patrimonial.

Agrega que el sistema del autoavalúo no riñe con el establecimiento de límites mínimos en la determinación de la base gravable, ni con la previsión de consecuencias jurídicas en los eventos de no liquidarse conforme lo indica el legislador y que tan equitativo y justo es el sistema, que establece parámetros mínimos y máximos de la base gravable y del impuesto a pagar.

Subraya finalmente, que se establece un margen de diferencia no objeto de determinación oficial, ni de discusión, que absorbe la subjetividad que puedan tener los individuos frente al valor del mercado del bien, margen no sancionable que se fijó en el 50% del valor comercial y que aún con la autorización para incrementarlo, existirá una diferencia que no tiene consecuencias jurídicas.

También presentó escritos de conclusión la Delegada del Personero de Santafé de Bogotá, a través de los cuales previó resumen de las posiciones jurídicas expuestas, y luego de reseñar los antecedentes del impuesto predial, defendió la legalidad de las disposiciones acusadas e insistió en el carácter legislativo del Decreto 1421 de 1993, dadas las facultades otorgadas por el Constituyente en el artículo 41 transitorio.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por los señores Procuradores Séptimo y Octavo ante la Jurisdicción, presentaron sus alegatos de conclusión a través de los cuales solicitaron denegar las pretensiones de las demandas, con los siguientes argumentos:

La Dra. Ana Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima, en relación con la demanda promovida por el ciudadano RICARDO CIFUENTES SALAMANCA, considera que el artículo 41 transitorio de la Constitución no hizo cosa distinta que autorizar al Gobierno por una sola vez, para reemplazar al Congreso en su función de dictar las leyes que regulan el régimen especial del Distrito Capital, si éste no cumplía dentro de determinado plazo; que por tanto el Decreto 1421 tiene una clara jerarquía legal, pues fue promulgado mediante el fenómeno de la traslación de poderes que hizo el Constituyente del Congreso al Ejecutivo.

Agrega, que el Gobierno Nacional quedó investido de poderes amplísimos para dictar las normas pertinentes relacionadas con el sistema político, fiscal y administrativo de la Capital, por lo que el Gobierno quedó facultado para dictar normas en materia fiscal, como las contenidas en los artículos materia de acusación.

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez en su carácter de Procurador Octavo y dentro de la acción instaurada por el ciudadano MIGUEL ANGEL ENCISO PAVA, contra el numeral 3o. del artículo 155, considera que basta hacer una simple y elemental confrontación entre el artículo 29 de la Constitución y la norma acusada para concluir que ésta no contraría las disposiciones constitucionales porque ambas recaen sobre situaciones diferentes. Que la primera se refiere al juzgamiento de personas y fija los principios generales que deben ser observados, y que la segunda, en la parte que objeta la demanda, reglamenta no ese juzgamiento sino una situación eminentemente tributaria y establece un mecanismo para determinar la base gravable sobre la que el contribuyente debe calcular el monto del impuesto predial.

Estima que la disposición, al facultar al contribuyente para que en el caso concreto pida que no se tenga en cuenta el valor comercial señalado por la administración, sino el indicado por el experto, no hace cosa distinta que asegurar el ejercicio del derecho de defensa que precisamente consagra el artículo 29 de la Constitución.

A juicio del señor Procurador, es facultativo de la administración verificar las declaraciones del impuesto predial y establecer si se ha incurrido en inexactitud,

pues de todos modos es "justo y equitativo" que la administración pueda hacer las gestiones que sean pertinentes para evitar que sus intereses sean lesionados por los contribuyentes y que éstos incumplan sus obligaciones fiscales, como también es "justo y equitativo" que el declarante pueda objetar el valor comercial que establezca la administración.

Destaca, que los elementos que integran la base gravable no son fijados por la administración o por un perito, sino por el artículo 155 del Decreto que en su numeral 1o. prevé que aquella "será el valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente", por lo cual tampoco prospera la violación del artículo 338, porque si bien el ordinal 3o. acusado, se refiere en cierto sentido a la base gravable, en realidad contempla una situación distinta, pues se trata de una prohibición, en el sentido de que el autoavalúo no puede ser inferior al 50% del valor comercial del inmueble.

Así mismo precisa que la disposición no tiene aplicación retroactiva (art. 363 C.P.), por cuanto el mismo Decreto dispuso en su artículo 155, que a partir del año gravable de 1994, se introducen al impuesto predial unificado las modificaciones que contiene, y que el Decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 40958 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala que las acusaciones dirigidas contra las disposiciones del Decreto 1421 de 1993, materia de las demandas, se pueden sintetizar en dos: un cargo general de incompetencia del Presidente de la República para expedir los artículos 153 a 159 del Decreto y un ataque contra el contenido del artículo 155, especialmente el numeral 3o. en materia de Impuesto Predial Unificado.

1. INTRODUCCION

Está de acuerdo la Sala con algunas de las precisiones formuladas por el apoderado del Distrito Capital, a saber:

- El Decreto 1421 de julio de 1993, tiene carácter material de ley.

- El ámbito de las facultades del Presidente otorgadas por el artículo 41 transitorio, no fue solo el administrativo para lo cual goza, de por sí, de competencia que emana del artículo 189, sino para expedir normas sobre el régimen político, fiscal y administrativo.

- En consecuencia, podía el Gobierno expedir normas especiales con fuerza de ley que podían sustituir, modificar o complementar las leyes en materia fiscal vigentes para los municipios en general.

- El régimen del Distrito es especial, distinto al de los demás municipios. Así lo ha reconocido y precisado esta Corporación en providencia de las Secciones Primera y Cuarta.

De ahí que las demandas que se atienden corresponden a "las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional", aspecto que quedó definido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia de fecha 13 de octubre de 1994, con ponencia del Dr. Rómulo González Trujillo, en la que aclaró que corresponde al Consejo de Estado la competencia para dirimir esta clase de impugnaciones y que a falta de procedimiento especial se sigue el ordinario, conforme a lo previsto en la parte final del artículo 206 del C.C.A.

Por tratarse de normas jurídicas con rango de ley, su confrontación no puede hacerse con otras de igual categoría sino con las que, en la escala jerárquica ocupan lugar preferente, o sea, la Constitución misma.

En conclusión, para los efectos de la controversia planteada, la confrontación habrá de hacerse sólo en relación con las disposiciones constitucionales, quedando descartadas cualesquiera otras leyes, así sean éstas especiales, como las relativas al régimen fiscal de los municipios, o a determinados impuestos como el Decreto 1333 de 1986, la Ley 14 de 1983 o la Ley 44 de 1990, porque a cualquiera de éstas podía introducir modificaciones el Estatuto Especial para el Distrito Capital.

2. FALTA DE COMPETENCIA DEL PRESIDENTE

El primer cargo que debe analizarse es el relativo a la falta de competencia del Presidente para modificar el régimen fiscal establecido en las leyes vigentes, por ser la creación, establecimiento, modificación y supresión de los impuestos y gravámenes en general, de competencia privativa del Congreso de la República, consagrada en las normas citadas como transgredidas y que corresponden al principio democrático de que no puede haber impuestos sin representación del pueblo.

Los preceptos demandados, que se hallan transcritos en las páginas 2 a 7 de este fallo, contienen nuevas disposiciones e introducen modificaciones al régimen fiscal vigente en el Distrito Capital, en los siguientes aspectos:

Artículo 153: De manera general, consagra reglas sobre el establecimiento, determinación y cobro de los tributos, gravámenes, impuestos, tasas, sobretasas y contribuciones en el Distrito.

Artículo 154: Introduce modificaciones al Impuesto de Industria y Comercio.

Artículo 155: Introduce modificaciones en materia del Impuesto Predial Unificado.

Artículo 156: Autoriza al Concejo Distrital para imponer una sobretasa al consumo de la gasolina motor.

Artículo 157: Dicta disposiciones en materia de la Contribución de Valorización.

Artículo 158: Contiene disposiciones en materia del impuesto de delineación urbana.

Artículo 159: Autoriza al Concejo Distrital para establecer peajes.

Sobre los alcances y naturaleza de las facultades otorgadas por el Constituyente, directamente al Presidente en el artículo 41 transitorio, esta Sala en sentencias del 27 de enero de 1995, las consideró con fundamento constitucional suficientes para expedir el Decreto 1421 de 1993. Se expuso en la sentencia con ponencia de la Dra. Consuelo Sarria Olcos, expediente 5194 (actor: Clemencia Solano y otra).

"Podía en consecuencia el legislador (bien el Congreso o en su defecto el Gobierno) dictar normas de carácter legislativo en materia fiscal atendiendo tanto el mandato constitucional sobre su vigencia (artículo 338 inciso 3o.) como a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevé el artículo 363 *ibidem*"

Y en la sentencia dictada en el expediente 5021 (Ponencia Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Hernando Pinzón Avila), se dijo:

"...

"Fue voluntad del Constituyente de 1991, organizar a la ciudad de Bogotá, que ostentaba la categoría de Distrito Especial, como Distrito Capital; y acorde con tal *status*, dotarla de un régimen excepcional y propio que la diferenciara del tratamiento normativo dado a los demás municipios del país".

"Se quiso entonces, proveer al Distrito Capital de herramientas e instrumentos jurídicos suficientes y acordes con su importancia y condición, a fin de adecuarlo a los requerimientos básicos de su desarrollo, y que siendo la Capital objeto de normas especiales, su régimen fuera consagrado en un cuerpo normativo con la categoría, permanencia e imperatividad de la ley".

"Los artículos 322, 323 y 324 de la Carta, entre otros, hacen relación al régimen especial de Santafé de Bogotá, a su condición de Distrito Capital, determinando que el mismo contendrá los aspectos político, fiscal y administrativo de la entidad territorial. Así en el inciso 2o. del artículo 322, se precisó que:

"Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución, las **leyes especiales** que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios". (Subraya la Sala).

"De esta forma destaca la Sala que el régimen político, administrativo y fiscal de Distrito Capital, es el que para la ciudad establecen la propia Constitución, las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten y supletivamente, el ordenamiento común vigente para los demás municipios, tal como lo interpretó y consignó el mismo Decreto 1421 de 1993 en cuyo artículo 2, dispuso:

"Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios".

"Por otra parte, y en previsión de posibles demoras por parte del Congreso en la expedición de las leyes especiales previstas el Constituyente de 1991, en el artículo transitorio 41, estableció que:

"Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323, y 324 sobre régimen especial para el Distrito Capital del Santafé de Bogotá, el Gobierno por una sola vez expedirá las normas correspondientes.

"Mediante la disposición transcrita, se previó que si dentro del lapso allí dispuesto, el Congreso no ejercía su función de dictar la respectiva ley, el Gobierno expediría las "normas correspondientes" vale decir, las que debería

haber dictado el Congreso. Así el constituyente otorgó facultades legislativas especiales al Gobierno, para que en **sustitución** del Congreso lo reemplazara en la expedición de las normas contentivas del régimen especial".

"De modo que en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo transitorio 41, fue expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley, dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales que UNA SOLA VEZ, le otorgó directamente la Constitución al Gobierno para que actuara en sustitución del órgano legislativo, dictando las normas correspondientes, en materia política, fiscal y administrativa".

"Uno de los sistemas utilizados por el Constituyente en la parte final destinada al tránsito constitucional, para obtener la regulación legal de ciertos temas que por su naturaleza competen al Congreso, consistió en que de no hacerlo éste en determinado tiempo podría hacerlo el Gobierno Nacional u otros organismos mediante decretos con fuerza de ley. Este mecanismo se encuentra consagrado a título de ejemplo, en los siguientes artículos transitorios: el 14 sobre el reglamento del Congreso que facultó al Consejo de Estado para expedirlo; el artículo 21 sobre el régimen de la carrera para algunos empleados oficiales; el artículo 42 sobre control de población en el archipélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y en los artículos 43, 55 y 56 sobre otros temas. Las facultades especiales conferidas condicionalmente al gobierno por tales artículos se diferencian de las facultades extraordinarias, precisas y *protémpore* concedidas en otras de las disposiciones transitorias pero tienen de común que los decretos así expedidos gozan de categoría y fuerza de ley, pues debían dictarse en el evento de darse el silencio del Congreso.

" De otra parte, las facultades que el Constituyente, de manera excepcional y única, radicó en cabeza del Gobierno, también son diferentes de las facultades estraordinarias, que al amparo del artículo 150 numeral 10 de la Carta, puede el Congreso en cumplimiento de sus funciones, conceder al Gobierno para que éste actúe como legislador extraordinario, con las limitaciones en cuanto a materia, tiempo, iniciativa, etc., pues sabido es que entre otras previsiones, no pueden ser conferidas para decretar impuestos, según lo dispone el último inciso de la norma, y además porque las facultades que allí se mencionan son precisas y *protémpore*, aspecto último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo 41 transitorio.

De esta forma observa la Sala que por tener una competencia de carácter legislativo, habilitada por la misma Constitución podía el Gobierno dictar la ley a que

se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta Política, sobre Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, que comprende también la materia fiscal, en el entendimiento que dentro de este régimen se halla incluido el tributario, que junto con los régimen político y administrativo, eran los tres temas que debía contener el Estatuto Orgánico de la Capital.

Conforme a lo anterior, no comparte la Sala los cargos de incompetencia del Gobierno para dictar normas de carácter fiscal, que de manera general se plantean contra el Régimen Fiscal contenido en los artículos 153 a 159, Título XI, del Decreto 1421 de 1993, en las demandas promovidas por los ciudadanos RICARDO CIFUENTES SALAMANCA Y BERNARDO ENRIQUE PERALTA ORTIZ, así como en el escrito presentado por el señor apoderado de los coadyuvantes de la parte demandante.

3. EL IMPUESTO PREDIAL

El Impuesto Predial es un tributo de carácter municipal que recae sobre las propiedades raíces, urbanas o rurales, ubicadas en las respectivas jurisdicciones municipales. El sujeto activo del impuesto es el municipio en cuya jurisdicción se encuentre situado el bien inmueble. A su vez, el sujeto pasivo es el propietario o poseedor del predio. La base gravable la constituye el avalúo catastral o el autoavalúo, del respectivo predio. La tarifa, que inicialmente fue fija, actualmente debe ser diferencial y progresiva, teniendo en cuenta los usos del suelo, los estratos socioeconómicos y la antigüedad en la formación catastral. La tarifa será fijada por los respectivos Concejos y oscilará entre el 1 y el 16 por mil del respectivo avalúo. El impuesto se causa el 1o. de enero del respectivo año gravable.

El Impuesto Predial tuvo como antecedente legal la ley 48 de 1887, que autorizó a los departamentos para crearlo y recaudarlo. Ha sido objeto de modificaciones introducidas mediante las leyes 20 de 1908, 1a y 4a de 1913, 34 de 1920, Los Decretos 2185 y 4133 de 1951, Las Leyes 29 de 1963, 14 de 1983 y 44 de 1990.

A través de la Ley 14 de 1983, o "Ley de fortalecimiento de los fiscos municipales", bajo la consideración de que el avalúo catastral permite establecer la base gravable del Impuesto Predial, así como de algunas sobretasas municipales y como resultado del atraso en la formación catastral y la dificultad para adelantarlo a corto plazo, se dispuso para su recuperación la actualización y renovación del inventario catastral del país. Al efecto se dictaron disposiciones relativas a la formación, actualización y conservación del catastro, así como a la creación de instrumentos automáticos y masivos de reajuste de los avalúos vigentes. Se introdujo

la intervención de los ciudadanos en la actualización del Catastro mediante el sistema del autoavalúo catastral, efectuado directamente por el propietario o poseedor del inmueble, antes del 30 de junio de cada año y previa justificación ante las autoridades, por mutaciones físicas, valorización o cambio de uso, valuación que no podía ser inferior al avalúo catastral, todo lo anterior, con la finalidad específica de mejorar las bases del impuesto.

Estas disposiciones fueron contempladas con medidas relativas a los efectos del avalúo catastral en relación con los impuestos nacionales.

De otra parte, a través de la Ley 44 del 18 de diciembre de 1990, se efectuaron importantes modificaciones al impuesto, entre las cuales cabe destacar la redefinición del gravamen basada en la fusión de los impuestos predial, de parques y arborización, de estratificación socioeconómica y la sobretasa de levantamiento catastral, que tenían como base el avalúo catastral, en un solo impuesto denominado Impuesto Predial Unificado, constituyéndose en el único impuesto que pueden cobrar los municipios sobre el avalúo catastral.

Ante el fracaso gubernamental en el objetivo de la Ley 14 de 1983 de actualizar los registros y avalúos catastrales a fin de ampliar y modernizar la base impositiva, rezagada como consecuencia del atraso de los catastros, se estableció la Declaración del Impuesto Predial Unificado cuya adopción sería opcional para los municipios, caso en el cual, fue modificada la base gravable del impuesto, señalándose la obligación al contribuyente de informar el valor del predio, a través de la declaración del autoavalúo efectuado directamente por el propietario o poseedor del inmueble. Para los contribuyentes de los demás municipios, o sea, para los que no hayan adoptado el sistema de la citada Declaración, la base gravable continúa siendo el avalúo catastral.

También reguló la ley, lo relativo a las tarifas del impuesto, estableció bases mínimas para el autoavalúo, límites a la liquidación del impuesto, ajustes anuales de la base etc.

El avalúo catastral consiste en la determinación del valor de los predios obtenidos mediante investigación y análisis estadístico del mercado inmobiliario. Está conformado por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones existentes.

De esta forma se establecieron dos procedimientos para la determinación de la base gravable del impuesto: fijación del avalúo catastral por parte de las autori-

dades catastrales y el autoavalúo con declaración privada y liquidación del impuesto por parte del contribuyente.

También reguló la ley, lo relativo a las tarifas del impuesto, estableció bases mínimas para el autoavalúo, límites a la liquidación del impuesto, ajustes anuales de la base, etc.

Finalmente, otorgó facultades al Presidente de la República, por un año, para dictar las normas de carácter procedimental, sistemas de cobro y régimen de sanciones para la aplicación de la declaración del Impuesto Predial Unificado (art. 18). Dichas facultades no fueron utilizadas por el Gobierno.

Las Leyes 14 de 1983 y 44 de 1990, fueron reglamentadas parcialmente por el Decreto 2388 del 21 de octubre de 1991 que no contempló el tema del autoavalúo.

La anterior, es en líneas generales, la estructura del Impuesto Predial Unificado, vigente en los municipios del país.

La Corte Constitucional en sentencia proferida el 21 de octubre de 1993, expediente D-245, declaró la exequibilidad del artículo 3o. de la Ley 44 de 1990, relativo a la base gravable del Impuesto Predial Unificado.

4. CARGOS CONTRA EL ARTICULO 155 DEL ESTATUTO

Precisado lo anterior, entra la Sala a resolver los cargos formulados contra el artículo 155 (en especial a su numeral 3o.) del Decreto 1421 de 1993 y para el efecto, comienza la Sección por resaltar que, según el encabezado de la disposición se trata de "modificaciones al Impuesto Predial Unificado", que regirán únicamente en el Distrito Capital.

Como se trata de "modificaciones" a un impuesto preestablecido, es preciso repasar algunos aspectos relievantes de la Ley 44 de 1990 que lo autorizó.

a) Estatuto General, Ley 44/90

Se recuerda que el Impuesto Predial Unificado según el artículo 3o. de la Ley, tendrá como base gravable "el avalúo catastral o el autoavalúo cuando se establezca la declaración anual del Impuesto Predial Unificado. La ley se ocupa en los artículos 5° y 8° de disponer sobre algunos aspectos de la formación de avalúos catastrales y de un ajuste anual para la conservación de su valor y en el Capítulo III, artículos 12 a 18 consagra la regulación del nuevo sistema de la

"declaración anual" para los municipios que la adopten, cuyo formulario será prescripto por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y deberá contener además de la identificación del propietario y del predio, el autoavalúo del predio y el impuesto autoliquidado por el contribuyente.

Es de importancia resaltar el artículo 14 porque este precisamente fue objeto de modificaciones para el Distrito Capital, por el Decreto 1421 de 1993.

Dispone el artículo 14 de la ley 44 de 1990:

"Base mínima para el autoavalúo. El valor del autoavalúo catastral, efectuado por el propietario o poseedor en la declaración anual no podrá ser inferior al resultado de mutiplicar el número de metros cuadrados de área y/o de construcción, según el caso, por el precio del metro cuadrado que por vía general fijen como promedio inferior, las autoridades catastrales, para los respectivos sectores y estratos de cada municipio. En caso del sector rural, el valor mínimo se calculará con base en el precio mínimo por hectárea u otras unidades de medida, que señalen las respectivas autoridades catastrales, teniendo en cuenta la adiciones y mejoras, los cultivos y demás elementos que formen parte del valor del respectivo predio.

En todo caso, si al aplicar lo dispuesto en los incisos anteriores se obtiene un autoavalúo inferior al último avalúo efectuado por las autoridades catastrales, se tomará como autoavalúo este último. De igual forma, el autoavalúo no podrá ser inferior al último autoavalúo hecho para el respectivo predio, aunque hubiere sido efectuado por un propietario o poseedor distinto del declarante.

Sobre esta temática resulta ilustrativo lo dicho en la exposición de motivos al proyecto y en la Cámara de Representantes cuando fue presentada ponencia para primer debate:

"Como el sistema de autoliquidación exige la obligación de declarar para los contribuyentes, es necesario fijar un sistema de autoavalúo mínimo para liquidar el impuesto, de características generales y de entendimiento común, por lo cual se establece dicho avalúo mínimo como el resultado de multiplicar el número de metros de área o de construcción del predio declarado, por el valor del metro cuadrado que por vía general fijen las autoridades catastrales en los diferentes sectores y estratos del municipio, con lo cual sin duda se simplifica la determinación del impuesto.

Para los predios rurales podrá adoptarse una unidad de medida distinta como "la hectárea" y deberán tenerse en cuenta tanto las adiciones y mejoras como los cultivos y otros elementos que formen parte del respectivo predio".

Así mismo se señala que este autoavalúo no podrá ser inferior al avalúo catastral vigente (el último efectuado por el catastro), pues en tal caso, éste será la base gravable. Igualmente, el último autoavalúo declarado será la base mínima de los autoavalúos de los años subsiguientes

"...

Uno de los instrumentos más novedosos del proyecto lo constituye la declaración del Impuesto Predial Unificado, en la medida en que los municipios que así lo decidan, podrán lograr la formación de todos los predios en un solo año, a un costo muy reducido y mediante un mecanismo en extremo simple. Los contribuyentes del impuesto predial deberán en consecuencia presentar una declaración anual, en la que el mismo propietario determina el valor del avalúo del predio y autoliquida el impuesto.

Es interesante destacar cómo este sistema de declaración propuesto se constituye en una opción concedida a los concejos para actualizar y conservar en valores cercanos a sus precios reales las cédulas catastrales, sin menoscabar por el hecho de su adopción los futuros ingresos de los municipios, ya que el estatuto contempla normas mínimas que regulan y rigen la elaboración de autoavalúos por parte de los contribuyentes". (Anales del Congreso No. 184 del 26 de sept./89 y 89 del 9 de oct./90, p.7).

Del texto del artículo 14 de la ley se extrae con toda claridad que el autoavalúo tiene estos límites como mínimo, es decir, no puede ser inferior a estos valores:

- al último efectuado por las autoridades catastrales.

- al último autovalúo aunque hubiese sido hecho por propietario o poseedor distinto al declarante y

- al que resulte de multiplicar el número de metros cuadrados de área y/o de construcción "por el precio de metro cuadrado que por vía general fijen como promedio inferior las autoridades catastrales" por sectores y estratos en cada municipio.

El artículo 8o. de la Ley consagró un sistema de ajuste anual de los avalúos catastrales entre el 70% y el 100% del I.P.C. (Indice de Precios al Consumidor del DANE) que debe ser fijado por el Gobierno Nacional previo concepto del CONPES.

Se destaca que el artículo 18 concedió facultades al Presidente de la República por el término de un año para que "expida las normas de carácter procedimen-

tal, sistemas de cobro y régimen de sanciones que sean necesarias para la aplicación de la declaración del Impuesto Predial Unificado", facultades que no utilizó el Presidente, quedando las materias mencionadas dentro de la órbita de las competencias de los Concejos Municipales relativas a la administración conferidas por el artículo 197 de la sustituida Constitución de 1886.

b) Estatuto Especial del Distrito Capital, Decreto 1421/93

Esta regulación básica de la Ley 44 fue objeto de modificaciones especiales para la Capital de la República en el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993 (materia de impugnación) y cuyo texto conviene recordar en cuanto a los apartes que se refieren directamente a la controversia que aquí se dirime:

> **Artículo 155. Predial unificado**. A partir del año gravable de 1994, introdúcense las siguientes modificaciones al impuesto predial unificado en el Distrito Capital:
>
> 1a. La base gravable será el valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente y el cual no podrá ser inferior al avalúo catastral o autoavalúo del año inmediatamente anterior, según el caso, incrementado en la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Cuando el predio tenta un incremento menor o un decremento, el contribuyente solicitará autorización para declarar el menor valor.
>
> 2a. El contribuyente liquidará el impuesto con base en el autoavalúo y las tarifas vigentes.
>
> .....
>
> 3a. Cuando la administración establezca que el autoavalúo fue inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial del predio, liquidará el impuesto con base en este valor y se aplicará la sanción por inexactitud que regula el Estatuto Tributario. Para los años 1995 y siguientes el Concejo podrá elevar progresivamente el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento. Para efectos de lo previsto en el presente numeral, cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración no corresponde al de su predio, podrá pedir que a su costa, dicho valor comercial se establezca por perito designado por la lonja de propiedad raíz.
>
> 4a.....

5a. La administración distrital podrá establecer bases presuntas mínimas para los autoavalúos de conformidad con los parámetros técnicos sobre precios por metro cuadrado de construcción o terreno según estrato, y

6a....."

En relación con el texto anteriormente transcrito conviene hacer dos observaciones previas: la primera es que en el Proyecto de Ley No. 053 de 1993, presentado por el Gobierno que no tuvo trámite alguno, no se contemplaron modificaciones al Impuesto Predial Unificado, como tampoco en el Proyecto No. 03 de 1993, que alcanzó a tener trámite parcial parlamentario antes de vencerse el término de los dos años dados por el Constituyente y que por ello no alcanzó a convertirse en ley expedida por el Congreso, de manera que el origen del citado numeral 3o. del artículo 155 es de autoría del Ejecutivo cuando obró como legislador especial autorizado por el artículo 41 transitorio de la Constitución. En segundo lugar se observa que respecto al tema de procedimiento y sanciones, el Estatuto adoptó en el artículo 162 las normas del Estatuto Tributario Nacional (Dcto. 624 de 1989) "sobre procedimiento, sanciones, declaración, recaudación, fiscalización, determinación, discusión, cobro y en general la administración de los tributos" conforme a la naturaleza y estructura funcional de Distrito Capital cuyo Alcalde Mayor desarrolló este temario en el Decreto 807 del 17 de diciembre de 1993.

De otra parte, no escapa a la Sala la enorme incidencia que tiene la determinación del autoavalúo, el cual además de ser la base gravable del Impuesto Predial Unificado, prolonga sus efectos a los siguientes aspectos:

- El autoavalúo constituye "costo fiscal" de los bienes raíces que tengan el carácter de activos fijos, para efectos de establecer la renta o la ganancia ocasional que se produzca en su enajenación, tal como lo dispuso la Ley 44 de 1990 y lo ratificó la Ley 174 de 1994.

- Adicionalmente, aunque haya desaparecido el Impuesto complementario de Patrimonio podrá incidir en la determinación de éste, con repercusiones en la renta presuntiva, en la ganancia ocasional por herencia y otros efectos no identificados, particularmente en los no obligados a hacer ajustes por inflación.

En la negociación de predios, los municipios deberán tener en cuenta el autoavalúo incrementado en un 25%, más la variación del índice de precios al consumidor (art. 15 Ley 44 de 1990).

c) Análisis de los Cargos

En cuanto a los cargos formulados contra el numeral 3o. del artículo 155 del Decreto 1421 de 1993 comienza la Sala por abordar el tema del esclarecimiento del concepto de la base gravable del Impuesto Predial Unificado, pues no existe acuerdo conceptual acerca de su conformación, como lo evidencian las diferentes posiciones jurídicas expuestas a lo largo del debate.

A juicio de la Sala de la norma transcrita, claramente surgen las siguientes conclusiones.

1a. Que la base gravable del Impuesto Predial Unificado será la que establezca el contribuyente mediante autoavalúo de su inmueble.

2a. Que no hay tope máximo por el cual deba declararse.

3a. Que no hay pauta, criterio o calificativo distintivo que obligue al declarante, sino que la norma le señala unos límites mínimos, al indicar que el autoavalúo no puede ser inferior a ninguno de los siguientes valores:

- Al avalúo catastral del año inmediatamente anterior incrementado con el I.P.C. (numeral 1o.)

- Al autoavalúo del año anterior, incrementado en el I.P.C. (numeral 1o.)

- Al 50% del valor comercial del predio (numeral 3o).

- A las bases presuntas mínimas fijadas por la Administración Distrital (numeral 5o.)

Entendido así el artículo 155 del Decreto 1421 de 1993, a la Sala no le cabe duda de que la base gravable está constituida únicamente por el "valor que mediante autoavalúo establezca el contribuyente, el cual no podrá ser inferior a los parámetros que se acaban de enunciar. La referencia al "valor comercial" en el numeral 3o. no está consagrada para que se declare en su integridad por el total de éste, sino por lo menos en la mitad del mismo.

La sola circunstancia de que el mismo artículo autorice al Concejo para elevar, a partir de 1995, "el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento", claramente indica que, en el evento de utilizar el Concejo tal autorización, el contribuyente podría declararlo por un veinte por ciento (20%) menos del "valor comercial", con

lo que se demuestra la errónea interpretación de la parte demandada consistente en que la base gravable está constituida por el "valor comercial" el cual en ocasiones lo equipara "al valor real", sin que ninguno de estos conceptos esté definido o descrito en sus componentes, en parte alguna.

El principio de legalidad de los tributos se halla consagrado en el artículo 338 de la Constitución, que reservó con exclusividad para los cuerpos colegiados de elección popular, la facultad de imponer tributos, así: "En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales", disposición que debe armonizarse con los artículos 300-4 y 313-4 conforme a los cuales las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, pueden votar los tributos con sujeción a la ley.

También la Carta de 1991 precisó, hasta dónde deben ir estos órganos de representación popular, en la expedición de las leyes, las ordenanzas o los acuerdos, al ordenarles que deben señalar directamente en dichos actos los elementos que conforman la obligación tributaria sustancial como son: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos, mandato que fue plasmado en los siguientes términos: "...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". (Subraya la Sala), siendo entendido que las ordenanzas y los acuerdos deben expedirse con sujeción a la ley, puesto que sólo el Congreso goza de potestad impositiva plena (art. 150-12 C.P.).

Al asignar de manera exclusiva y directa a la ley, la ordenanza o al acuerdo, la definición y precisión de los elementos de la obligación tributaria, la Carta eliminó de plano toda posibilidad de que ellos fueran fijados por órganos o autoridades diferentes de los cuerpos representativos. La única excepción que trae la norma, se refiere a la fijación por parte de las autoridades de las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes "como recuperación de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen", pero en tal supuesto, advierte la Carta, que "el sistema y método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer el reparto", deben ser también decididos por quien impone el tributo.

De esta forma, se advierte que la enumeración de los elementos que detallan la obligación tributaria debe ser señalada directamente por quien tiene el poder de imposición y no por quien goza de las facultades de administración y recaudo de los impuestos.

Para la Sala es claro que la señalización de la base gravable efectuada en el numeral 1o. del artículo 155, se ajusta a la prescripción del artículo 338 de la Constitución en el sentido de que constituye una base gravable fijada por el legislador directamente, como elemento esencial del impuesto. Claramente está consagrado en tal disposición, que la base gravable que ostenta sello de legalidad, es el avalúo declarado por el propio dueño del predio y solo a éste se refiere el Decreto como "base gravable", para aplicar la tarifa correspondiente así como para ejercer la Administración sus facultades de fiscalización y verificación.

Como ya se dijo, la adopción de este sistema por el legislador, tiene su origen y justificación en el fracaso del Gobierno de elaborar los avalúos catastrales pero, cabe observar que simultáneamente concuerda con los conceptos de justicia y equidad que estatuye el artículo 95 numeral 9o. de la C.P., por cuanto delega en el propio contribuyente, la cuantificación de la base sobre la cual debe liquidarse su impuesto.

En cambio, la Sala no encuentra ajustado al mencionado precepto constitucional, el procedimiento consagrado en el numeral 3 del artículo 155 del Decreto demandado, por las consideraciones que se consignan a continuación.

En efecto, aunque puede pensarse que, en principio, trata esta disposición de establecer otro límite mínimo a la declaración consistente en el 50% del valor comercial, el contenido integral de este numeral 3o. revela indudablemente la consagración de un sistema de control adicional, complementado con un régimen sancionatorio.

Es cierto como lo precisa el demandante, que en el momento de presentar su declaración tributaria no se le ha indicado al contribuyente tomar en consideración o límite, el valor comercial de su inmueble. Este concepto solamente viene a surgir con posterioridad en el proceso de verificación, en el cual, la Administración queda facultada para comparar el valor declarado con un intangible valor comercial y atribuirle una falta por haberlo declarado por menos de la mitad de dicho valor. La ley no consagró la obligación de declarar por el valor comercial, sino por más de la mitad de éste pero no fueron señalados los elementos que lo configuran, ni las pautas para establecerlo y puesto que ni la Administración los tiene, no se encuentra razonable que el contribuyente incurra en falta sancionable por no ajustarse a lo que no está obligado, además, se trataría así de una sanción fundada en un hecho incierto y desconocido por todos.

La sanción tributaria está vinculada a una obligación sustancial o a un deber formal impuesto por el legislador y el incumplimiento o la inobservancia de tal

mandato jurídico es el hecho que genera la sanción. De manera que una sanción que se basa en una discutible o inexistente obligación jurídica, carece de fundamento.

Es evidente que ni en el numeral acusado, ni en ninguna otra de las disposiciones del Decreto, se establecieron previamente las directrices o parámetros que deberían seguirse para la determinación del "valor comercial" que podría ser la base para la liquidación oficial del Impuesto. La exigencia de precisión normativa sobre el particular, se justifica en la medida que constituye garantía del contribuyente frente a la Administración y por el contrario, su ausencia permite inferir que se confirieron atribuciones desmedidas e ilimitadas a las autoridades administrativas, en desmedro de la certeza que debe preceder a la determinación de los tributos.

Al contrario de lo expresado por los defensores de la norma, solamente en el proceso de verificación o discusión con el contribuyente, se prevé que en una última instancia del proceso gubernativo se conozca en definitiva el citado valor comercial, que llega a convertirse en base gravable de liquidación del Impuesto. Y dicho valor será fijado por un solo perito, aparentemente sin posibilidad de objeción, y lo que es más llamativo del sistema, es que ese perito es de índole particular y designado por una entidad eminentemente privada como lo es la Lonja de Propiedad Raíz, es decir, sin más injerencia de las entidades públicas que la escogencia de la lista que ésta les presente. Se corre así el riesgo de que la base gravable llegue a ser fijada no por el contribuyente, ni siquiera por la Administración, sino por el dictamen de un perito particular, que tiene los visos de ser indiscutible.

Dentro del ámbito legal que regula la materia comentada, no existe una definición ni descripción de lo que debe entenderse por "valor comercial", como tampoco de los elementos que pueden intervenir en su determinación. (En el campo del control de los arrendamientos el artículo 9o. de la Ley 56 de 1985, estima que el valor comercial "no podrá exceder a dos (2) veces el avalúo catastral fijado de acuerdo..." con la ley 14 de 1983). Esto implica que de por sí, el término "valor comercial" sea incierto, eminentemente variable por ser sensible a las leyes de la oferta y la demanda, con el agravante de que puede cambiar sustancialmente entre la época en que declaró el contribuyente y aquella en que la Administración ejerce su facultad de verificación y la producción del dictamen pericial. Este parámetro así utilizado por el numeral 3o. viene a resultar sorpresivo en el sentido de que sólo puede determinarse como culminación de un proceso de discusión, pero no como obligación primaria o inicial en el momento de presentar declaración. Y, viene a ser además, variable o incierto, en el sentido de que nadie puede garantizar con certeza cuáles son los factores o criterios que dominan su evaluación.

Se observa que al contribuyente se le han fijado los parámetros para la declaración del autoavalúo, en tanto que a la Administración no se le ha establecido ninguno para la determinación del valor comercial, que en la hipótesis de la norma sancionatoria viene a constituirse en la base gravable del impuesto, en sustitución de la definida por la ley, dejando a la libre discrecionalidad administrativa la fijación de los criterios para su determinación, los cuales, al no estar preestablecidos, naturalmente no los conoce el contribuyente antes de presentar su declaración tributaria, tal como lo anota el demandante.

La incertidumbre que genera la adopción del "valor comercial" en el citado numeral 3o. se amplía ante la falta de congruencia con el resto del articulado pues se desconoce si la base así establecida en un año influye como límite para los años subsiguientes, quedando en duda si sus efectos se limitan a un solo año o se prolongan en los posteriores.

En razón a estas características, la Sala encuentra que la forma como el citado numeral 3o. se refiere a la base gravable resulta contraria al precepto del artículo 338 de la Constitución, que exige certeza y claridad en la relación que deben hacer las leyes de impuestos de los elementos integrantes de la obligación tributaria sustancial, dentro de los cuales se cuenta la "base gravable".

Pero además, analizada la norma a la luz de los principios a los cuales debe estar sometida toda norma sancionatoria, se evidencia la transgresión a ellos por cuanto en primer lugar, la sanción se deriva del incumplimiento de una supuesta obligación (declarar por un porcentaje de avalúo comercial), en segundo lugar, porque adopta como base gravable el ciento por ciento del citado valor comercial lo que de por sí implica una sanción.

Como consecuencia de tipo sancionatorio, a lo anterior se agrega la eliminación del límite al doble del impuesto liquidado el año anterior consagrado en el numeral 2o. del artículo 155 y se suma, la imposición de la sanción por inexactitud calculada al 160% del impuesto determinado en esa forma frente al declarado por el contribuyente.

No hay duda que determinar sobre bases tan imprecisas unas consecuencias de tal gravedad, infringe el principio de justicia al cual están sujetos los ciudadanos en sus relaciones con las autoridades tributarias conforme lo enseña el artículo 95 numeral 9o. de la Constitución, pues la sanción es desproporcionada al hecho que le da origen.

De lo anterior se destaca, que también queda comprometido el derecho de defensa implícito en el debido proceso en las actuaciones administrativas garantizado por el artículo 29 de la Constitución, porque el parámetro al cual supuestamente se le da como inicialmente obligado el contribuyente (valor comercial), en realidad solamente viene a ser precisado y establecido a la culminación del proceso administrativo por parte de un perito particular, cuyo dictamen resulta incontrovertible al punto tal que no se ve la posibilidad de que ni siquiera ante la jurisdicción se pueda modificar un avalúo dado por un perito de la Lonja, por falta de parámetros legales y elementos a los cuales deba estar sujeto. Un procedimiento diseñado en tal forma y con la posibilidad cierta de concluir en resultados inequitativos, no merece la protección Constitucional.

Como ya se anotó, a todo lo anterior se agrega para los contribuyentes que lleguen a ser sujetos de la cuestionada sanción, la imprecisión para la determinación de la base gravable en los años subsiguientes, pues no se sabe si se tendrá en cuenta como parámetro inferior para la declaración del autoavalúo el estimado en la declaración del año inmediatamente anterior en el denuncio privado, o si por haber sido éste objeto de modificación oficial, conlleve "en definitiva" que para los años posteriores deba considerarse el nuevo valor, prologándose de esta manera, la sanción en el tiempo.

Finalmente, para la Sala no es de recibo el cargo de violación del artículo 363 de la Constitución en cuanto dispone que "las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad", porque la irretroactividad en materia impositiva se presenta cuando el legislador regula los efectos de un hecho realizado con anterioridad al momento de entrada en vigor de la ley, situación que no se configura en esta oportunidad, como quiera que el Decreto 1421 de 1993, dispuso en la norma demandada (art. 155), la aplicación de las modificaciones allí contenidas "a partir del año gravable de 1994", por lo que mal puede afirmarse que allí se consagra la aplicación retroactiva de sus disposiciones. El Decreto fue publicado en el Diario Oficial 40958 del 22 de julio de 1993.

Por las anteriores consideraciones, la Sección procederá a declarar la nulidad del numeral 3o. del artículo 155 del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, por encontrarlo contrario a las disposiciones de la Constitución Política invocadas por el actor y que han sido materia de análisis en esta providencia.

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. DECLARASE la nulidad del numeral 3o. del artículo 155 del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, expedido por el Presidente de la República, cuyo texto es el siguiente:

> 3a. Cuando la administración establezca que el autoavalúo fue inferior al cincuenta por ciento 50% del valor comercial del predio, liquidará el impuesto con base en este valor y se aplicará la sanción por inexactitud que regula el Estatuto Tributario. Para los años 1995 y siguientes el Concejo podrá elevar progresivamente el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento. Para efectos de lo previsto en el presente numeral, cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración no corresponde al de su predio, podrá pedir que a su costa, dicho valor comercial se establezca por perito designado por la lonja de propiedad raíz".

2o. DENIEGANSE las demás pretensiones de las demandas a que se refiere este proceso.

3o. Se reconoce personería al Doctor CARLOS FERNANDO ZARAMA VASQUEZ para actuar en representación del Distrito Capital en los términos de la sustitución conferida.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase. 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.

ACTO GENERAL DE ENTIDAD PUBLICA - Publicación. **CIRCULAR DE LA SUPERBANCARIA** - Ineficacia. **NO PUBLICACION DE CIRCULAR ADMINISTRATIVA** - Efectos

La obligación de los actos generales de las entidades públicas fue impuesta por el legislador mediante el Decreto 01 de 1984 y reiterada mediante la Ley 57 de 1985, es decir que a partir del 1o. de marzo de 1994 las Circulares que expidiera la Superintendencia Bancaria debían ser publicadas de conformidad con las normas anteriormente citadas, vigentes para la fecha de expedición de la Circular Externa -040 de 1986. Del análisis de la Ley 57 de 1985 arts. 1o. y 3o. y del C.C.A., art. 43 se infiere que los únicos medios válidos de publicación de los actos administrativos son los Diarios, Gacetas o Boletines Oficiales, además que los actos administrativos de carácter general que no han sido publicados en estos medios no son obligatorios para los particulares. La Circular 040 de 1986 no fue publicada en ningún Diario, Gaceta o Boletín Oficial, sino que fue enviada por correo certificado a todos los entes vigilados por la Superintendencia Bancaria; medio que a consideración de la Corporación no es idóneo ni válido para tal fin, pues, no fué previsto por las normas anteriormente citadas que regulan la materia, en consecuencia, no era obligatorio su acatamiento para la Corporación actora, ya que no podía producir efectos jurídicos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D. C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5940 Actor: Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "Conavi" C/ Superintendencia Bancaria. Recurso de Apelación contra la sentencia de 4 de agosto de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia del 4 de agosto de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

La Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "CONAVI", mediante apoderado judicial instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los siguientes actos administrativos:

- Las resoluciones 0107 de enero 15, 1920 del 25 de mayo y 4675 de noviembhre 12, todas de 1992; expedidas por la Superintendencia Bancaria y mediante las cuales se le impuso a la demandante una sanción por la suma de $3.340.000 por contravención del acápite IV de la Circular Externa No. 040 de 1986 en concordancia con el numeral 2.3 de la Circular Externa 079 de 1989.

Solicita a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la Nación-Superintendencia Bancaria a reembolsarle la suma cancelada por la sanción impuesta ajustada de acuerdo con el aumento del promedio de los índices de precios al consumidor, certificado por el DANE, entre el 11 de diciembre de 1992 y la fecha en que se produzca su restitución, más los intereses comerciales sobre la suma así ajustada, calculados de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio entre las mismas fechas.

Fundamenta la demanda en los siguientes hechos:

"1.- La Superintendencia Bancaria autorizó a CONAVI la utilización de diversos sistemas de amortización, entre ellos el conocido como "Escalera", con abonos fijos en moneda legal durante ciertos periodos, generalmente anuales, pronunciamientos que figuran en los Oficios Números 24786 de noviembre 17 de 1975 y 09259 de mayo 6 de 1977.

"2.- El sistema "Escalera" se estructuró sobre la base de que, antes de la expedición del Decreto 1127 de 1990, vigente a partir del 1o de junio de dicho año, existía un límite al incremento de la corrección monetaria, lo que permitía calcular el valor de las cuotas durante la anualidad respectiva, pues en cuanto a los intereses también existían reglas contractuales y legales preestablecidas que permitían establecer su monto.

"3.- En 1986, la Superintendencia Bancaria, a través de la Circular Externa 040 de 1986 y como consecuencia de la expedición del Decreto 272 de 1986 dio

algunas instrucciones sobre la utilización de los sistemas de amortización basados en cuotas fijas en pesos, circular que no fue publicada por ningún medio oficial.

"4.- En 1987 a raíz de quejas presentadas por la no aplicación de los intereses establecidos por el Decreto 272 de 1986, con base en la cual se estructuró aquella, la Superintendencia Bancaria estudió y analizó con amplitud el sistema de cuotas fijas en pesos. Del análisis que practicó, primero multó y luego en virtud de un recurso de reposición exoneró a la Corporación de toda responsabilidad mediante la Resolución 3946 de septiembre 14 de 1987.

"5.- El acuerdo entre el cliente y la Corporación que la Superintendencia calificó expresa y categóricamente como legal y lícito, era el relativo al sistema de amortización de cuotas fijas en moneda legal, pues sólo el (sic) podía tener relevancia para efectos de permitir que la reducción de los intereses que establecía el Decreto 272 de 1986, no se produjera de inmediato, sino que se aplicara para la siguiente anualidad, tal y como lo explicó ampliamente la Corporación en el correspondiente recurso.

"6.- Sin embargo, a raíz de queja elevada el 11 de mayo de 1990 por el Señor Ernesto Marcucci P. por el incremento desproporcionado presentado en las cuotas mensuales de su crédito hipotecario a partir de 1989, la Superintendencia pidió explicaciones a la Corporación por la presunta contravención del acápite IV de la Circular Externa 040 de 1986, en concordancia con lo dispuesto por el acápite 2.3 de la Circular Externa 079 de 1989, a través del oficio número 90030414-7 del 26 de octubre de 1990. El crédito del citado señor se perfeccionó el 23 de octubre de 1987, por valor de $4.585.000.oo bajo el sistema de amortización "Escalera".

"7.- CONAVI, oportunamente rindió explicaciones sin tener en cuenta que ya había sido multada por un hecho idéntico, la demandada nuevamente sancionó con multa de $3.340.000.oo, a través de la Resolución 0170 de enero de 1992.

"8.- Inconforme con la decisión administrativa, la Corporación interpuso los recursos de reposición y apelación, confirmando la sanción que CONAVI pagó el 11 de diciembre de 1992" (fls. 191/194).

El apoderado de la Corporación actora menciona como violadas las siguientes normas: artículo 193 de la Constitución Nacional (sic); artículos 152, 66, 30 inciso 70 (sic) y 43 del Código Contencioso Administrativo 3° y 8° de la Ley 57 de 1985; 6° de la Resolución 23 de 1987 de la Junta Monetaria, artículo 10 de la Resolu-

ción 5 de 1990 de la Junta Monetaria; artículo 3° literal n), del Decreto 1939 de 1986, 22 del Decreto 29220 de 1982.

La actora formula en su demanda cuatro cargos:

1.- Inoponibilidad de lo dispuesto por la Superintendencia Bancaria a través de las Circulares DC. 040 de 1986 y 079 de 1989.

2.- Ilegalidad de los actos acusados por inaplicación de la Circular de la Superintendencia.

3.- Ilegalidad de la Resolución impugnada desde el punto de vista de los motivos.

4.- Ilegalidad de la multa impuesta a Conavi.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accede parcialmente a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de las Resoluciones 0107 de enero 17 de 1992, 1920 de mayo 25 de 1992 y 4675 de noviembre 12 de 1992, expedidas por la Superintendencia Bancaria, en cuanto impusieron multa por valor de $3.340.000 a la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "CONAVI". A título de restablecimiento se ordena la devolución de la suma depositada, actualizada de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de ejecutoría de este fallo. Deniega las demás pretensiones de la demanda.

Expone las siguientes consideraciones:

Estima el Tribunal que la publicidad de la Circular DC-040 de 1986 expedida por la Superintendencia Bancaria no se cumplió de manera legal, al no ser publicada en el Diario Oficial en Gaceta o Boletín autorizado para ello como lo establece la Ley 57 de 1985, siendo por lo tanto inoponible a terceros. En consecuencia, no podía el organismo de control y vigilancia sancionar a la actora por su no acatamiento.

En relación a la Circular 079 de 1989, extracta el Tribunal, que mediante los actos acusados se adujo la presunta contravención como un solo hecho, el descrito por la Circular 040 de 1986, obligación que se reitera en la Circular 079 de 1989, pero que no constituye una obligación diferente.

Estando probada la inoponibilidad de la Circular 040 de 1986, declara la nulidad de los actos acusados sin que sean necesarios el examen de los demás cargos formulados por la doctora en la demanda.

En relación a la petición que a manera de restablecimiento hace la actora precisa el *a-quo* que no es viable el pago de intereses comerciales por cuanto el artículo 140 del Decreto 01 de 1984, norma que los establecía, fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada, inconforme con la decisión del Tribunal interpuso recurso de apelación, manifestando las siguientes razones de inconformidad:

Afirma que el principio de publicidad no fue vulnerado por la entidad demandada, pues, el instructivo contenido en la circular 040 fue dado a conocer a las entidades vigiladas mediante el envío por correo certificado cumpliendo de esta manera con la finalidad de la publicación.

Precisa, además, que el derecho sustancial debe prevalecer sobre el derecho formal, que es clara la oponibilidad de la Circular 040 de 1986, por cuanto ésta fue conocida legal y oportunamente por la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSION

A. De la Actora

El apoderado judicial de la Corporación actora solicita se confirme el fallo recurrido por cuanto se ajusta al Decreto 01 de 1984 y a la Ley 57 de 1985 al considerar que cualquier otro medio de publicación utilizado y no previsto por las normas mencionadas, como el envío por correo certificado, hace ineficaz la publicación y genera la inoponibilidad del acto administrativo.

B. De la Demandada

La entidad demandada solicita se revoquen los numerales 1o. y 2o de la parte resolutiva de la sentencia apelada y en su lugar, se confirme la legalidad de los actos administrativos.

"En efecto, atendiendo el principio antes (sic) referido y en razón a la inexistencia de gaceta o boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el que mi procurada pudiera realizar la publicación de sus instructivos, a fin de hacer real y efectivo el conocimiento de los mismos por parte de sus destinatarios, fue que la Superintendencia Bancaria utilizó el envío de sus instructi-

vos mediante correo certificado, a fin de que se cumplieran a cabalidad los objetivos y finalidades de la publicidad; lo cual efectivamente aconteció, pues -reiteró- la actora no ha negado conocer el contenido de la Circular Externa 040 de 1986.

"Por lo tanto, si el efecto fundamental de la adecuada y legal publicidad del acto administrativo es la de darlo a conocer para que sea oponible, resulta inocua la pretensión de la actora en el sentido de que si bien se entiende conocedora del acto que constituye la base legal de las resoluciones acusadas, ahora pretenda que le resulte inoponible, so pretexto de una inadecuada publicidad, pues no se trata de falta de publicidad, pretendiendo hacer prevalecer la forma sobre la efectividad de las normas sustanciales.

"...

"...todo lo expuesto se deduce que un principio fundamental en el derecho Colombiano resulta ser el de la prevalencia de los derechos sustanciales sobre los formalismos. Bajo este presupuesto, lo esencial en punto de la publicidad del acto administrativo -en este caso Circular 040 de 1986- es el cumplimiento de su finalidad que supera la mera forma, a saber: el que sus destinatarios conozcan lo prescrito en ella, como exigencia necesaria para reconocer su vigencia y acatar lo estipulado en la misma.

"Pero más aún, no puede perderse de vista que la Circular 040 de 1986 es un instructivo que busca la equidad en el tratamiento que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben darle a los usuarios de los préstamos para vivienda. En cuanto hace al cobro de intereses. Es decir, la noción de confianza en el sector financiero se encuentra de por medio en el *sub-lite*, lo cual hace (sic) aún más delicado el hecho de que resulten de recibo aquellas posiciones jurídicas en las que primen las formalidades sobre lo sustancial" (fls. 240/243).

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo ante la Corporación, no presentó alegato alguno.

CONSIDERACIONES

La recurrente centra su apelación en desvirtuar la inoponibilidad frente a terceros de su Circular Externa No. 040 de 1986, decidida por el Tribunal *a-quo*, argumentando que si bien no fue publicada en el Diario Oficial, ni en el Boletín de

la entidad, pues, al momento de su expedición se carecía de tal medio, fue realizada mediante el envío por correo certificado cumpliendo así con la finalidad de la publicación, pues fue conocida por la Corporación actora.

Analiza la Corporación que el único fundamento de la sanción impuesta a la Corporación de Ahorro y Vivienda "CONAVI" mediante las Resoluciones acusadas es la contravención de la Circular Externa 040 que prohibía el sistema amortización de créditos basado en el pago de cuotas fijas en pesos.

Para resolver se considera:

La obligación de la publicación de los actos generales de las entidades públicas fue impuesta por el Legislador mediante el Decreto 01 de 1984 y reiterada mediante la Ley 57 de 1985, es decir que a partir del 1o. de marzo de 1994 las Circulares que expediera la Superintendencia Bancaria debían ser publicadas de conformidad con las normas anteriormente citadas, vigentes para la fecha de expedición de la Circular Externa -040- de 1986-.

En efecto la Ley de 1985 establece:

"ART. 1o. La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas o Boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.

"...

"ART 3o. Cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justifique, el Gobierno Nacional podrá autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos Boletines o Gacetas en los que se divulguen los actos del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos.

"En el Diario Oficial continuarán publicándose los actos que lleven la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República.

Y el Decreto 01 de 1984 del Código Contencioso Administrativo en su artículo 43 establece:

"ART. 43 **Deber y forma de publicación**. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan

sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

"Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

"Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil".

Del análisis de las normas transcritas se infiere que los únicos medios válidos de publicación de los actos administrativos son los Diarios, Gacetas o Boletines Oficiales, además, que los actos administrativos de carácter general que no han sido publicados en estos medios no son obligatorios para los particulares.

En el caso de autos, la Circular 040 de 1986 no fue publicada en ningún Diario, Gaceta o Boletín Oficial, sino que fue enviada por correo certificado a todos los entes vigilados por la Superintendencia Bancaria; medio que a consideración de la Corporación no es idóneo ni válido para tal fin, pues, no fue previsto por las normas anteriormente citadas que regulan la materia, en consecuencia, no era obligatorio su acatamiento para la Corporación actora, ya que no podía producir efectos jurídicos.

En síntesis, la entidad demandada al expedir la Circular Externa 040 de 1986 no cumplió con los requisitos de la publicación previstos en la Ley 57 de 1985 y 1° de 1984 razón por la cual dicha Circular es inoponible frente a terceros, cargo que formula la Corporación y que acogió el *a-quo*. En consecuencia, la Corporación de Ahorro y Vivienda "CONAVI" no estaba obligada a su acatamiento y el ente vigilante no podía imponer sanciones por su incumplimiento como lo hizo mediante las Resoluciones acusadas.

En conclusión, la Sala comparte las consideraciones del *a-quo* y no encuentra mérito para revocar la providencia 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:

CONFIRMASE la sentencia apelada

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.

PROVEEDOR FICTICIO. COMPRA DE MERCANCIA - Inexistencia. **MEDIOS PROBATORIOS**- Ineficacia. **IMPUESTO DESCONTABLE**- Improcedencia. **SANCION POR DECLARACION DE PROVEEDOR FICTICIO**

Se observa que las pruebas que la actora aduce para que se le reconozcan las compras desestimadas no son conducentes ni lo suficientemente idóneas para demostrar la realidad de las mencionadas compras, pues el certificado expedido por la Cámara sólo indica la existencia jurídica, objeto social y representación de la sociedad proveedora, pero no permite inferir de ninguna manera que realmente haya realizado las operaciones que la Administración rechazó al no considerarlas reales, después de adelantada la investigación administrativa en la cual la sociedad actora no comprobó la existencia de tales transacciones, las que tampoco pudo comprobar la Administración, porque en el sitio señalado como domicilio de la proveedora no se encontró indicio de existencia y por el contrario el personal allí ubicado, expresó no tener conocimiento de que allí funcionara la otra sociedad. Se estima que la sociedad actora se equivocó al considerar que el rechazo de las aludidas compras queda desvirtuado con las pruebas tendientes a demostrar la existencia legal de la sociedad proveedora, pues esta circunstancia no era precisamente la que se estaba debatiendo porque el cargo que originó su rechazo se refiere a que tales transacciones no fueron reales. Como la actora no desvirtuó el rechazo de las compras que efectuó la Administración que bien pudieron comprobarse con otros medios probatorios que hubiesen dado certeza de su existencia, por ejemplo, el ingreso al inventario de las mercancías compradas por la contribuyente; la declaración del IVA de la proveedora, retenciones en la fuente, pago de impuesto de industria y comercio o bien haber solicitado una inspección judicial a la contabilidad de la firma proveedora.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.E. Veinticuatro (24) de Marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5953 . Actor: **CUEROS COLOMBIANOS** Ltda. NIT. 860.058.234. Apelación de la sentencia de Septiembre 16 de 1994. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Ventas VI Bimestre de 1989. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 16 de Septiembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad CUEROS COLOMBIANOS LTDA NIT 860.058.234, contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, le determinó oficialmente, mediante liquidación de revisión, el impuesto sobre las ventas por el período gravable correspondiente al VI Bimestre de 1989 y le impuso sanción por inexactitud.

ANTECEDENTES

La sociedad actora presentó la declaración del impuesto sobre las ventas correspondientes al VI Bimestre de 1989 en la cual denunció un impuesto generado por operaciones gravadas de $14.635.000 e impuestos descontables por $14.256.000 y saldo a pagar por $109.000.

Previamente la sociedad contribuyente solicitó y obtuvo de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá mediante la Resolución 001621 del 4 de Septiembre de 1989 el reconocimiento y devolución de la suma de $29.193.000.oo correspondientes a sobrantes de impuestos sobre las ventas por los bimestres I a IV de 1988.

La Administración de Impuestos Nacionales, mediante autos Nos. 000148, 0053 y 00565 de 1991, ordenó visita de inspección tributaria a la peticionaria con el fin de verificar la procedencia de los saldos a favor solicitados y las obligaciones del impuesto sobre las ventas por los períodos I a VI de 1988, I a VI de 1989 además de otras obligaciones fiscales.

Con base en los resultados obtenidos en la investigación realizada, y en los requerimientos ordinarios 133, 161 y 194 de 1991 la Administración expidió el

requerimiento especial 000114 del 25 de Noviembre de 1991 en el cual propuso a la sociedad la modificación de la liquidación privada como consecuencia del rechazo parcial de los impuestos descontables originados en transacciones con la sociedad Aduanera Comercial Ltda, al considerarlas ficticias y la imposición de inexactitud.

Proposición que concretó en la liquidación oficial 00056 de Agosto 18 de 1992, contra la cual la sociedad recurrió en reconsideración alegando que la sociedad Aduanera Comercial Ltda, estaba inscrita en la Cámara de Comercio, no tenía impedimento legal para ejercer actos de comercio, ni había sido declarada proveedor ficticio por lo que los descuentos solicitados debían ser aceptados por cumplir todos los requisitos exigidos para el efecto.

El recurso de reconsideración fue fallado mediante la Resolución 10137 del 17 de Septiembre de 1993 con confirmación de la resolución recurrida.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió la sociedad contribuyente para demandar la nulidad del acto administrativo acusándolo de ser violatorio de los artículos 647 y 671 del Estatuto Tributario.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al estimar que la actora no presentó suficientes pruebas que permitieran desvirtuar la legalidad del acto administrativo ya que ni siquiera solicitó copia de los antecedentes administrativos, y a pesar de que el despacho sustanciador del proceso mediante auto del 24 de Junio de 1994 (Fl. 87 del expediente), puso en su conocimiento el informe secretarial que indicaba que los antecedentes administrativos se encontraban anexados en el proceso 10174, la reclamante no hizo manifestación alguna al respecto, ni presentó pruebas en esa instancia para desvirtuar la actuación de la Administración.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia y acusa al Tribunal de no haber reconocido el material probatorio aportado al proceso en virtud del cual según su entender desvirtúa la presunción de existencia de una simulación con la Compañía Aduanera Comercial Ltda.

Acusa a la sentencia de violar el artículo 671 del Estatuto Tributario que determina el procedimiento para la declaración de proveedor ficticio, que tampoco observó la Administración a pesar de ser de obligatorio cumplimiento.

Rechaza la sanción por inexactitud y pide se revoque la sentencia apelada, se anulen los actos acusados y se deje en firme la liquidación privada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La actora al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos en la demanda acerca de la improcedente imputación de hechos inherentes a la organización interna de la sociedad Aduanera Comercial Ltda para negarles los impuestos descontables y se remite a la prueba testimonial recogida en el proceso gubernativo la que a su juicio permite sacar conclusiones diferentes a las de la Administración.

La entidad demandada, mediante apoderado judicial se opone a las pretensiones de la actora, sobre el reconocimiento de los impuestos descontables originados en las compras a Aduanera Comercial Ltda por ser estas operaciones simuladas.

Señala cómo el acervo probatorio a la que ésta alude fue objeto de análisis en la vía gubernativa y que con base en el mismo se desconocieron las compras, por lo que era deber de la actora demostrar por los medios autorizados en la ley la realidad de las transacciones efectuadas.

Precisa, que no pudo existir violación del artículo 671 del Estatuto Tributario, porque el motivo del rechazo no fue la declaratoria como ficticia de la sociedad Aduanera Comercial Ltda, sino la falta de credibilidad de las operaciones con ella realizadas.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por la Procuradora Séptima Delegada ante la Jurisdicción, estima que la sentencia apelada merece ser confirmada porque, desvirtuadas y desconocidas por la Administración las compras efectuadas por la actora al estimar que eran inexistentes, le correspondía a ésta desde el inicio de la controversia comprobar la veracidad de tales transacciones, acudiendo a los medios de prueba directos e indirectos que ampliamente ofrece la ley, para tan sólo confirmar los hechos contables consignados y declarados por su parte.

Estima que si la contabilidad de la demandante, ofreció dudas respecto a las transacciones con la sociedad Aduanera Comercial Ltda, para aclararlas frente a la supuesta veracidad de sus actos, como lo afirma, debió acudir a la información contable en poder de dicha sociedad, por ser la repercusión lógica de sus transacciones comerciales y no pretender que las irregularidades contables y operaciones mercantiles dudosas, sólo pudieran cuestionarse a partir de la declaración de proveedor ficticio como lo indica en su escrito de apelación (Fl. 120 cdno No 1), porque era a ella a quien le correspondía mostrar claridad en relación con su contabilidad, por haber sido ésta cuestionada por la Administración.

Concluye que contrariamente a lo afirmado por la actora en su escrito, en el sentido de que el Tribunal no reconoció el material probatorio aportado al proceso y fue ésta quien no probó las afirmaciones hechas ya que ni siquiera allegó los antecedentes por el alto costo de las copias, excusa que no puede aceptarle.

Estima que el rechazo de las compras no estaba sujeto al procedimiento de declaratoria previa de proveedor ficticio a que se refiere el artículo 671 del Estatuto Tributario, porque la calificación de inexistencia dada por la Administración lo fue sobre las operaciones con el proveedor y no sobre la inexistencia de éste.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se discute en este proceso si las pruebas allegadas por la sociedad actora desvirtúan o no el cargo formulado por la Administración de que no son REALES las compras de mercancías efectuadas a la sociedad Aduanera Comercial Ltda por valor $5.797.000 y por ende los impuestos descontables solicitados por las mismas, en razón de que los hechos irregulares consignados en el acta de Inspección Tributaria indican que las operaciones fueron ficticias o simuladas.

En efecto, al examinar el acervo probatorio que contiene el expediente la Sala observa que las pruebas que la actora aduce para que se le reconozcan las compras desestimadas no son conducentes ni lo suficientemente idóneas para demostrar la realidad de las mencionadas compras, pues el certificado expedido por la Cámara de Comercio sólo indica la existencia jurídica, objeto social y representación de la sociedad proveedora, pero no permite inferir de ninguna manera que realmente haya realizado las operaciones que la Administración rechazó al no considerarlas reales, después de adelantada la investigación administrativa en la cual la sociedad actora no comprobó la existencia de tales transacciones, las que tampoco pudo comprobar la Administración, porque en el sitio señalado como domicilio de la proveedora no se encontró indicio de existencia y por el contrario el

personal allí ubicado, expresó no tener conocimiento de que allí funcionara la sociedad Aduanera Comercial Ltda. Circunstancia que nuevamente se repitió al verificar en otra dirección informada.

De manera pues que si la sociedad actora pretendía desvirtuar el rechazo de las aludidas compras que la Administración consideró ficticias o simuladas en virtud de las irregularidades detectadas, consignadas en el acta de visita, como en la Liquidación de revisión; dada la correlación existente desde el punto de vista fiscal y contable entre los rubros "Compras" y "Ventas" ha debido aportar pruebas idóneas y convincentes para demostrar su realidad, pues los testimonios allegados al proceso no permiten demostrar de manera convincente tal realidad, menos aún cuando con relación a tales operaciones exige la misma ley tributaria, por lo menos, la expedición de facturas con el lleno de requisitos legales, la retención en la fuente por el comprador, el pago del IVA, etc.

De acuerdo con lo anteriormente reseñado la Sala estima que la sociedad actora se equivocó al considerar que el rechazo de las aludidas compras queda desvirtuado con las pruebas tendientes a demostrar la existencia legal de la sociedad proveedora, pues esta circunstancia no era precisamente la que se estaba debatiendo porque el cargo que originó su rechazo se refiere específicamente a que tales transacciones no fueron reales, debido a las circunstancias del modo del pago y destino final que tuvieron los valores con los cuales se cancelaron las compras cuestionadas, la inexistencia de retenciones en la fuente y aún de elementos materiales de la proveedora que permitieron deducir la realidad de su existencia.

En consecuencia, la Sala habrá de confirmar la decisión del Tribunal porque realmente la actora no desvirtuó con pruebas idóneas el rechazo de las compras que efectuó la Administración que bien pudieron comprobarse con otros medios probatorios que hubiesen dado certeza de su existencia, por ejemplo, el ingreso al inventario de las mercancías compradas por la contribuyente; la declaración del IVA de la proveedora, retenciones en la fuente, pago impuesto de industria y comercio, etc, o bien haber solicitado una inspección judicial a la contabilidad de la firma proveedora.

No encuentra la Sala que la Administración, al rechazar las compras haya violado el artículo 671 del Estatuto Tributario, que establece la sanción de proveedor ficticio, porque de ninguna manera la ley ha condicionado el rechazo del impuesto descontable a este procedimiento, ni a éste se refiere el desconocimiento de efectos tributarios de transacciones que no son reales.

Así mismo, no demostrada la realidad de las compras calificadas por la Administración como inexistentes, ha de confirmarse la sanción por inexactitud, que por el mismo hecho y con fundamento en el artículo 647 del Estatuto Tributario impuso la Administración.

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

FALLA

1) CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de Septiembre de 1994, en el juicio 10166

2) RECONOCESE personería a la doctora Myriam Herlinda Roncancio Téllez a términos del poder que obra a folio 133 del expediente.

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.

FORMULARIOS OFICIALES DE DECLARACION - Utilización. **COSTO DE VENTAS** - Determinación. **JUEGO DE INVENTARIOS. INVENTARIO PERMANENTE. LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA**

No puede la Administración con la aplicación de la corrección aritmética desconocer normas que le son de obligatoria observancia, que determinan los hechos generadores del tributo, los factores de depuración (costo y gasto) de la base gravable establecidos por la ley, para dar primacía a un formato oficial ideado de manera general, pero que no se adecua de la misma manera a aspectos especiales de los declarantes como es el caso de aquellos que llevan la determinación del costo de ventas por el sistema de inventarios permanentes y no de juego de inventarios. Que el formulario adolece de tal falla lo admite la demandada cuando explica que el contribuyente ha debido utilizar otro formulario distinto al oficial o, dejar de diligenciar los renglones solicitados. Afirmación que no resulta válida toda vez que el artículo 578 del Estatuto Tributario está referido a aquellas circunstancias generales y excepcionales, como son el no oportuno suministro de los formularios a los contribuyentes por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, su agotamiento, acaparamiento, es decir circunstancias distintas a las que hace mención la Nación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de Marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nr. 5988 Actor: Norwich Colombiana S.A. Apelación de la sentencia del 30 de septiembre de 1994. Juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1989. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada contra la sentencia del 30 de Septiembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al conocer del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad NORWICH COLOMBIANA S.A., contra la liquidación de corrección 003 del 30 de Marzo de 1992 por medio de la cual la Administración de Impuestos Nacionales le modificó la liquidación privada del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1989 y la Resolución UAE 47009 del 30 de Marzo de 1992, que la confirmó.

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración y liquidación privada del impuesto sobre la renta por el período fiscal anteriormente anotado, el 7 de Abril de 1990 en el formulario oficial No. 1 y liquidó privadamente como impuesto a pagar la suma de $72.331.000.

Al diligenciar el formulario, renglón 18 -más compras- consignó expresamente la expresión COSTO DE VENTAS y la cifra $1.188.803.000 y al final del formulario dejó constancia de haber utilizado el sistema de inventarios permanentes.

El 3 de Mayo de 1992, la Administración de Impuestos Nacionales mediante oficio UAE 0315000-163, anunció a la sociedad que debía corregir su declaración tributaria ante la existencia de error aritmético por cuanto las operaciones matemáticas del formulario, renglón 17, más renglón 24, menos inventario final no daba como resultado la cifra de $1.874.427 sino el valor de $1.812.374.

Oficio al que dió respuesta la contribuyente indicando que no había error de suma, y que tal diferencia se originaba en el hecho de que la Compañía, como lo había expresado en el mismo formulario de la declaración de renta, no determinaba sus costos por el sistema de juegos de inventario sino por el de inventarios permanentes y que lo consignado en el renglón 18 correspondía a "costos de ventas", y no a "compras".

No obstante la aclaración, la Administración Especial de Impuestos Nacionales-Grandes Contribuyentes de Bogotá-, el día 30 de Marzo de 1992 practicó la liquidación de corrección aritmética 0003, y desconoció el valor total de 1.874.427.000 que por concepto de costos y deducciones denunció la sociedad para reconocer solo la cifra de $1.812.374.000, resultante de la sumas y restas de los renglones 17 a 24 del formulario oficial, incrementó la renta líquida, el impuesto a cargo e impuesto sanción por corrección aritmética por $5.585.000.

Contra dicho acto administrativo, recurrió en reconsideración la sociedad, reiterando la inexistencia de error aritmético, la utilización del sistema de inventarios permanentes y alegó que el costo de ventas, consignado en el renglón 18 de la declaración, es el que arroja la cuenta mayor en libros "costo de la mercancía vendida" y que de ninguna manera le era aplicable el procedimiento concebido en el formulario oficial para la determinación de los costos por el sistema de juegos de inventarios, sistema que la sociedad no utilizaba. Para acreditar la veracidad de su afirmación acompañó certificado expedido por el revisor fiscal y demandó de la Administración la práctica de una inspección a sus libros de contabilidad.

El recurso fue fallado por la Administración mediante la Resolución UAE 47009 del 30 de Marzo de 1993, sin que previamente se practicaran las pruebas pedidas y confirmó el acto recurrido al considerar que independientemente del sistema de determinación del costo que adopte el contribuyente, el que además no se exige dentro del contexto mismo de la declaración, la información que la sociedad suministre en su denuncio no sólo debe ajustarse a su realidad económica y contable, sino a las exigencias que para el efecto trae el mismo formulario.

Que no puede argumentar el recurrente que en razón de su sistema de inventarios, en el renglón 23 del formulario incluye valores diferentes a los que la ley ha exigido, toda vez que la información requerida en los renglones 17 a 24 del formulario, debe necesariamente concluirse en un resultado que corresponde al renglón 25 y que no está a criterio del contribuyente definir, sino que claramente se aprecia del contexto, que es el resultado de unas operaciones matemáticas que se obtienen de los datos informados por el contribuyente.

Y si como efectivamente lo advierte el memorialista, su sistema utilizado es el de inventarios permanentes, la práctica contable así como las normas de contabilidad generalmente aceptadas (artículo 6o. Ley 43 de 1990) indican que en tal caso la determinación del costo de las mercancías vendidas se realiza con base en unas cuentas previamente definidas dentro de la contabilidad que excluyen desde luego las utilizadas en el sistema de juegos de inventarios, práctica contable que debe corresponder a lo que el contribuyente informa en su denuncio fiscal y que desde luego implica no diligenciar aquellos renglones que no son de su utilización dentro de su contabilidad, so pena de incurrir en irregularidades en su denuncio fiscal.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la sociedad contribuyente, alegando que al expedir el acto administrativo la Administración violó los artículos 6o, 83 y 95 numeral 9o de la Constitución Política y 683, 684 y 697 del Estatuto Tributario.

Expresó que al expedir los actos acusados, la Administración, incurrió en violación de los principios de justicia y equidad consagrados en la Constitución Política y en el artículo 683 del Estatuto Tributario, que no ejerció la facultad de investigación que prevé el mismo ordenamiento en su artículo 684 y así mismo infringió el artículo 697 *Ibídem*, que establece los supuestos para la configuración del error aritmético.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda al estimar con base en la inspección judicial practicada (F1.91) que no existió en el denuncio tributario, error aritmético porque evidentemente el valor consignado en el renglón 18 del formulario, tal como lo expresó al diligenciarlo la propia sociedad contribuyente, correspondía al costo de ventas y no a compras, ya que utilizaba el sistema de inventarios permanentes.

Que la consignación de tales expresiones en el formulario debió tomarlas la Administración como indicio de que el diligenciamiento del mismo no se ceñía a los parámetros de depuración usual y desplegar su actividad de fiscalización para verificar tal declaración.

Procedió en consecuencia a anular el acto acusado y a confirmar la liquidación privada del impuesto del contribuyente.

LA APELACION

El apoderado de la Nación apela la sentencia al no estar de acuerdo con la aceptación que hizo el Tribunal de la inexistencia del error aritmético, y alega no compartir el fallo de primera instancia porque el contribuyente contaba con tres opciones válidas para cumplir con su deber de declarar y al efecto cita el artículo 578 del Estatuto Tributario para deducir que la sociedad pudo diligenciar un formulario distinto autorizado por la entidad. Y que también pudo haber dejado de diligenciar los renglones correspondientes, puesto que era claro que dicha información no le era requerida y dejar tales renglones en cero y no registrar datos que al efectuar las operaciones matemáticas permitan llegar a resultados distintos de los solicitados por el contribuyente.

A su juicio el actor sí incurrió en error aritmético y por lo tanto la liquidación oficial se ajustó a los requisitos exigidos por la ley.

Pide se revoque la sentencia apelada y se confirmen la liquidación de corrección aritmética y la resolución que la confirma.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demanda al alegar de conclusión reitera los argumentos expuestos al apelar.

La actora no alegó de conclusión.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción, no presentó actuación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corrección Aritmética

En repetidas oportunidades ha reiterado la Sala que la liquidación de corrección aritmética se concibe como un mecanismo mediante el cual puede la Administración corregir, al detectar en las declaraciones de los contribuyentes, errores de carácter meramente aritmético de sumas, restas, resultados de aplicación de porcentajes o tarifas que hayan originado un menor valor a pagar por concepto de impuestos, anticipos o retenciones o un mayor saldo para compensar o devolver.

Pero no puede la Administración con la aplicación de éste mecanismo desconocer normas que le son de obligatoria observancia, que determinan los hechos generadores del tributo, los factores de depuración (costo y gasto) de la base gravable establecidos por la ley, para dar primacía a un formato oficial ideado de manera general, pero que no se adecúa de la misma manera a aspectos especiales de los declarantes como es el caso de aquellos que llevan la determinación del costo de ventas por el sistema de inventarios permanentes y no de juego de inventarios.

Que el formulario adolece de tal falla lo admite la propia apoderada de la demanda cuando explica que el contribuyente ha debido utilizar otro formulario distinto al oficial o, dejar de diligenciar los renglones solicitados.

Afirmación que para la Sala no resulta válida toda vez que el artículo 578 del Estatuto Tributario está referido a aquellas circunstancias generales y excepcionales, como son el no oportuno suministro de los formularios a los contribuyentes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, su agotamiento, acaparamiento, es decir circunstancias distintas a las que hace mención la apoderada de la Nación.

De otra parte el uso de la información exigida en tal formulario no es facultativa para el contribuyente sino que éste debe contener, según lo ordena el artículo 580 del Estatuto Tributario, (so pena de que la declaración se tenga por no presentada), los factores necesarios para identificar las bases gravables, entre las cuales están las compras, sea que el sistema utilizado corresponda al de juego de inventarios como al de inventarios permanentes.

Distinto es que tales compras, en uno u otro sistema, repercutan de manera diferente en el cálculo del costo ventas.

Reiterativa ha sido esta Corporación en afirmar que es presupuesto básico de la liquidación de corrección, la declaración correcta de los valores correspondientes a hechos imponibles o bases gravables, situación que obliga a la Administración a verificar los informes aportados por el declarante de conformidad con los elementos de juicio que reposen en el expediente, atendiendo a los requerimientos de datos que generalmente obran en el mismo formulario, sus anexos y aún en la información exigida por la Administración por resolución general y, especialmente, "a las pruebas presentadas con ocasión de los recursos" que para controvertir los actos de la Administración otorga la ley al contribuyente.

De tal suerte que el contribuyente en el *sub-júdice*, al presentar su denuncio tributario y consignar en el renglón 18, como costo de ventas, un valor real, tan sólo realizó una transcripción que no constituye error aritmético.

Convicción que se deriva de la prueba practicada que por el *a-quo* en cuanto la diligencia de inspección permite demostrar tales registros contables por un valor de $1.874.427.000 por concepto de costos y gastos del ejercicio, que se hallan respaldados por soportes internos y externos.

En consecuencia, demostrado como está que los hechos imponibles declarados por la actora fueron correctos y que el valor de costos y deducciones por ella denunciada fue cierto y real y que corresponde a la cifra consignada en el renglón 25 del formulario, se imponía dejar sin efecto la determinación oficial del tributo que por liquidación de corrección aritmética efectuó la Administración, como acertadamente lo hizo el *a-quo* en sentencia que por lo tanto 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

1) CONFIRMASE la sentencia proferida el 30 de Septiembre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio 9655.

2) RECONOCESE personería a la doctora Doris Pinzón Amado, a términos del poder que obra a folio 160 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese, cumuníquese, 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.

DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Término. **SUSPENSION DEL TERMINO PARA DEVOLVER. ADMINISTRACION TRIBUTARIA** - Deberes

Es mandato legal que la Administración Tributaria, debe devolver, previas las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y sobre las ventas, dentro del término estipulado en la ley, el cual por regla general, es "dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma". Este término se adicionará en dos meses, cuando la solicitud de devolución se formule dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la declaración de corrección. Ahora bien el "término para devolver" conforme al artículo 39 de la Ley 49 de 1990, codificado en el artículo 857-1 puede ser suspendido hasta por un máximo de noventa (90) días, con el objeto de que la División de Fiscalización adelante "investigación previa a la devolución" cuando se produzcan los eventos taxativamente señalados. Lo anterior constituye el procedimiento normal concerniente al término que la Administración efectúe la devolución, y la suspensión del mismo, en caso de que esta considere conveniente abrir investigación previa a la devolución.

DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR CON GARANTIA. Término. **GARANTIA PARA DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR** - Cobertura. **INTERESES MORATORIOS PARA LA ADMINISTRACION** - Cobertura

La ley establece un término especial, en tratándose de solicitudes de devolución presentada con garantía a favor de la Nación, evento en el cual establece un término perentorio de cinco días, siempre que el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o compañías de seguros,

la Administración de Impuestos "dentro de los cinco días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro". Luego la suspensión del término para devolver, que estableció el artículo 39 de la Ley 49 de 1990, no es aplicable a las solicitudes de devolución con presentación de garantía y por ende la Administración estaba obligada a realizar la devolución dentro del término perentorio de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de devolución. En efecto es claro, que el legislador estableció un término especial, en tratándose de las solicitudes de devolución "con presentación de garantía" pues este cubre el monto de la devolución, la respectiva sanción e intereses, en el evento de que la devolución fuere improcedente, quedando con ella respaldado el pago en caso de resultar improcedente, de manera que, si se aceptara que la investigación previa y consecuente suspensión del término opera en este caso, no tendría razón de ser la garantía prestada, y la misma ya no podría hacerse efectiva, por el incumplimiento del término especialmente establecido para la devolución con presentación de garantía. Como en el presente caso la Administración no realizó la devolución dentro del término de cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de devolución "con garantía" al iniciar la investigación previa y por ende suspenden el citado término, violó las normas que establecen la devolución con presentación de garantía.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C, veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: expediente 5481. Actor: Fábrica Nacional de Autopartes "Fanalca S.A." Apelación: Sentencia del 11 de febrero de 1994. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuestos renta 1991. Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES contra la sentencia del 11 de febrero de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES "FANALCA S.A." para impugnar los actos administrativos que determinaron la no devolución y pago de los intereses causados a favor de la demandante sobre el saldo de impuestos sobre la renta por el año gravable de 1991.

ANTECEDENTES

La sociedad FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES "FANALCA S.A." hizo la solicitud de devolución del saldo a su favor por el año gravable de 1991, el día 4 de mayo de 1992 en cuantía de $171.449.000. presentando para ello una garantía bancaria, con la finalidad de que se hiciera la devolución en forma inmediata.

La administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca mediante Auto No. 000018 de mayo 11 de 1992, ordenó una investigación previa a la devolución para lo cual suspendió el término para efectuar la misma por 90 días.

La actora en memorial del 27 de mayo de 1992 manifestó su inconformidad con el auto de suspensión pues no existían indicios graves de irregularidad para dilatar el término previsto para la devolución con garantía. La anterior solicitud fue negada en respuesta del 24 de junio de 1992 del Administrador Regional de Impuestos Nacionales Suroccidente.

En cumplimiento del auto de Inspección Tributaria No. 015 del 25 de junio de 1992, los funcionarios comisionados no encontraron las irregularidades aducidas para suspender el término de devolución.

Mediante Resolución No. 00487-25 de septiembre 22 de 1992 la División de Devoluciones de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle, ordenó devolver la suma de $171.499.000, omitiendo reconocer los intereses corrientes y moratorios sobre dicho saldo.

Inconforme la sociedad interpuso el recurso de reconsideración el día 29 de septiembre de 1992, contra la Resolución en mención, solicitando el reconocimiento de los intereses causados en cuantía de $25.649.723 ocasionados por la demora en la devolución con garantía .

La División Jurídica de la indicada entidad, por Resolución No.000027 de febrero 2 de 1993, decidió el recurso gubernativo en forma adversa al confirmar la Resolución impugnada.

LA DEMANDA

La sociedad actora presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron la devolución sin el pago de los intereses causados a

favor de la demandante sobre el saldo de impuestos sobre la renta por el año gravable de 1991, acusando de violar las siguientes disposiciones: Artículo 29 de la Constitución Nacional, 860 y 863 del Estatuto Tributario, por las siguientes razones:

Estima la actora que la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle, violó el artículo 860 del Estatuto Tributario, al no efectuar la devolución solicitada por la sociedad, dentro de los cinco (5) días siguientes, no obstante haber presentado garantía bancaria como lo dispone en forma perentoria y categórica el texto legal.

Agregó, que no le asistía razón a la Administración para suspender los términos de devolución, quebrantándose en consecuencia el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, y al no existir razón valedera para suspender los términos la devolución se efectuó en forma extemporánea, causándose conforme al artículo 863 del Estatuto Tributario, norma que considera violada por falta de aplicación, intereses corrientes y moratorios.

Finalmente, sostuvo que no es de recibo el argumento de la División Jurídica al decidir el recurso de reconsideración para abstenerse de conocer de fondo lo relacionado con los intereses, en el sentido de que no se solicitaron con la devolución y que la resolución que ordena la misma fue totalmente favorable al devolver la suma solicitada, por cuanto olvida el funcionario que el reconocimiento de los intereses es imperativo de conformidad con el artículo 44 de la Ley 49 de 1990, y no requiere petición de parte para su reconocimiento.

LA OPOSICION:

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda oportunamente y en ella se opuso a las pretensiones del demandante manifestando que los cargos de violación expuestos no deben ser aceptados porque:

El artículo 860 del Estatuto Tributario no excluye el artículo 857-1 *ibídem*, por tanto La Administración de Impuestos con base en este artículo puede suspender el término para devolver hasta por un máximo de 90 días, para que La División de Fiscalización adelante la correspondiente investigación por algunos de los hechos previstos en el mismo artículo. Tampoco el resultado de la misma juega un papel preponderante en la decisión de haber declarado la prórroga. Es por esto que el auto No. 00018 de mayo 11 de 1992 que suspendió el término para devolver es ajustado al procedimiento.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 11 de febrero de 1994, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda al considerar que en la solicitud de la devolución radicada el 4 de mayo de 1992, empezó a correr el término para que la Administración Tributaria efectuara la devolución el 5 del mismo mes y año y venció el día 11 de mayo de 1992, así, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 49 de 1990, la Resolución No. 000027 de febrero 2 de 1993 que decidió la solicitud de devolución resultó extemporánea y en consecuencia, a la luz del artículo 44 de la Ley 49 de 1990, se causaron intereses moratorios a favor de la parte actora.

Adicionalmente, expresó que no se causaron intereses corrientes por cuanto esta misma disposición prevé que para que se causen estos intereses, el saldo a favor ha debido estar en discusión, desde la fecha de notificación del requerimiento especial o del acto que niegue la devolución, según el caso, hasta la del acto que confirme total o parcialmente el saldo a favor, y en el caso controvertido el saldo a favor no estuvo en discusión.

El Tribunal declaró la nulidad parcial de las Resoluciones acusadas y en consecuencia reconoció el pago de los intereses moratorios a la sociedad actora.

LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada al apelar manifestó que se apartaba de la decisión del Tribunal concerniente a los intereses moratorios que debía la Administración al contribuyente porque el *a-quo* falló en consideración al análisis de los artículos 40 y 44 de la Ley 49 de 1990, pero no trajo a consideración el artículo 39 de la misma ley, hoy artículo 857-1 del Estatuto Tributario que faculta a la Administración para realizar investigación previa a la devolución y para suspender el término para devolver hasta por 90 días.

Por último, afirmó que el artículo 858 *ibídem* no distingue entre solicitudes de devolución presentadas con o sin garantía de manera tal que la Administración se valió de una norma procedimental vigente para suspender el término de devolución, sin importar que la entidad hubiera presentado solicitud con garantía.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El representante judicial de la Nación en esta oportunidad procesal enfatizó lo dicho en la contestación de la demanda y en el recurso, respecto a la facultad que

le asistía a la Administración para suspender el término de devolución hasta por 90 días, mientras adelantaba la investigación previa, de conformidad con el artículo 857-1 del Estatuto Tributario, por ello no puede señalarse extemporaneidad en la actuación administrativa, porque la misma norma mencionada consagra una suspensión de términos cuando se presentan algunos hechos, como los detectados en el caso de autos.

Tampoco puede endilgarse violación del artículo 860 *ibidem,* por parte de la Administración, ya que la solicitud de la devolución acompañada de garantía bancaria no escapa a la aplicación del artículo 857-1, que es una disposición vigente para las solicitudes de devolución en general y en especial, porque no distingue entre las que se acompañan de garantía o no.

Solicitó revocar los numerales 1 y 2 de la sentencia apelada, y en subsidio modificar el numeral segundo teniendo en cuenta el artículo 854 parágrafo 3.

Para el Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso Administrativo, la sentencia del Tribunal debe ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda, toda vez que el Tribunal no tuvo en cuenta que el artículo 857-1 inciso 1 del Estatuto Tributario, establece que la Administración podrá suspender el término para devolver hasta por 90 días (hábiles) y que en este caso, se produjo esa suspensión, la que ocurrió el 11 de mayo de 1991, en que debía vencer el término para devolver inicialmente previsto, y operó hasta el 22 de septiembre del mismo año, fecha en que la Administración decidió devolver el saldo a favor de la solicitante.

Por lo tanto, si esta decisión fue tomada dentro del término para la devolución, no pudieron causarse los intereses moratorios a que se refiere el artículo 863 del Decreto 624 de 1989.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia en este proceso se contrae a la inconformidad del apoderado judicial de la Administración de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca, con la sentencia del Tribunal, en lo que concierne al reconocimiento que éste hizo de "intereses moratorios" por la devolución extemporánea del saldo a favor determinado por la sociedad actora en la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1991, puesto que en su concepto no se tuvo en cuenta que su representada inició investigación previa a la devolución, suspendiéndose el término para devolver en la forma establecida en el artículo 39 de la Ley 49 de 1990.

Para el apoderado de la sociedad actora como quiera que la solicitud de devolución se presentó con "garantía a favor de la Nación" no podía suspenderse el término como lo hizo la Administración, por cuanto ello haría inocua la presentación de la garantía que consagra el inciso 2o del artículo 860 del Estatuto Tributario. En consecuencia para él, al no haberse ordenado la devolución dentro de los cinco días siguientes a su solicitud, se causaron intereses moratorios.

Para resolver la controversia anterior, la Sala hace las siguientes precisiones:

Es mandato legal, que la Administración Tributaria, debe devolver, previas las compensaciones a que haya lugar, los saldos a favor originados en los impuestos sobre la renta y complementaros y sobre las ventas, dentro del término estipulado en la ley, el cual por regla general, es "dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la solicitud de devolución presentada oportunamente y en debida forma. Este término se adicionará en dos meses, cuando la solicitud de devolución se formule dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la declaración o corrección, evento en el cual el término legal para devolver será de treinta (30) días más dos (2) meses adicionales. (Artículo 41 de la Ley 49 de 1990, codificado en el artículo 855 del Estatuto Tributario).

Ahora bien, el "término para devolver" conforme al artículo 39 de la Ley 49 de 1990, codificado en el artículo 857-1, puede ser suspendido hasta por un máximo de noventa (90) días, con el objeto de que la División de Fiscalización adelante "investigación previa a la devolución" cuando se produzcan los eventos taxativamente señalados. Concluída la investigación, si no se produce requerimiento especial, se procede a la devolución, y si por el contrario, se produce requerimiento especial, sólo procederá la devolución sobre el saldo a favor que se reconozca en el mismo requerimiento.

Lo anterior a juicio de la Sala constituye el procedimiento normal concerniente al término para que la Administración efectúe la devolución, y la suspensión del mismo, en caso de que ésta considere conveniente abrir investigación previa a la devolución.

Sin embargo, la ley establece un término especial, en tratándose de solicitudes de devolución presentada con garantía a favor de la Nación, evento en el cual establece un término perentorio de cinco días, siempre que el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o compañías de seguros, la Administración de

Impuestos "dentro de los cinco días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro".

Dicha garantía deberá tener una vigencia de seis (6) meses. Si dentro de este lapso la administración tributaria practica requerimiento especial o pliego de cargos por improcedencia, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de la sanción por improcedencia de la devolución, las cuales se harán efectivas junto con los intereses correspondientes, una vez quede en firme el acto administrativo de liquidación oficial o de improcedencia de la devolución, aún en el evento de que éste se produzca con posterioridad a los seis meses (artículo 40 de la Ley 49 de 1990, sustituido por el artículo 71 de la Ley 6a de 1992).

Con fundamento en lo anterior la Sala está de acuerdo con el apoderado de la actora en el sentido de que la suspensión del término para devolver, que estableció el artículo 39 de la Ley 49 de 1990, no es aplicable a las solicitudes de devolución con presentación de garantía y por ende la Administración estaba obligada a realizar la devolución dentro del término perentorio de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de devolución.

En efecto, para la Sala es claro, que el legislador estableció un término especial, en tratándose de las solicitudes de devolución "con presentación de garantía" pues éste cubre el monto de la devolución, la respectiva sanción e intereses, en el evento de que la devolución fuere improcedente, quedando con ella respaldado el pago en caso de resultar improcedente, de manera que, si se aceptara que la investigación previa y consecuente suspensión del término opera en este caso, no tendría razón de ser la garantía prestada, y la misma ya no podría hacerse efectiva, por el incumplimiento del término especialmente establecido para la devolución con presentación de garantía.

Puesto que en el presente caso, la Administración no realizó la devolución dentro del término de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de devolución "con garantía" al iniciar la investigación previa y por ende suspender el citado término, violó las normas que establecen la devolución con presentación de garantía y por lo mismo, como lo solicitó la actora y lo acogió el Tribunal, se causan intereses moratorios en los términos que los consagra el inciso 3o. del artículo 863 del Estatuto Tributario al señalar:

> "Se causan intereses moratorios, a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación".

Para el caso que atiende la Sala, a partir del vencimiento de los cinco días siguientes a la solicitud de devolución (4 de mayo de 1992), es decir desde el 12 de mayo de 1992, hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación, como lo ordena la disposición arriba transcrita.

En consideración a lo anterior, y en desacuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Contencioso y con el apoderado de la entidad demandada, la Sala decide confirmar la sentencia del Tribunal al encontrarla ajustada a derecho.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. 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 Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ALEGATOS DE CONCLUSION - Argumentos. **DEMANDA** - Argumentos. **REQUERIMIENTO ESPECIAL. JUEZ** - Deberes

Como en el escrito de demanda, la sociedad no planteó la nulidad de los actos administrativos por presunta extemporaneidad en el requerimiento especial, y al no referirse a este aspecto en los hechos, ni en los fundamentos de derecho, tampoco desarrolló concepto de violación alguno, razón por la cual, su formulación y sustento en los alegatos de conclusión no tiene relevancia y efecto para obtener pronunciamiento sobre el cargo de la sentencia, pues es evidente que la oportunidad procesal para alegar no constituye prórroga del término de presentación de la demanda, ni de su modificación o corrección, oportunidad esta última en la cual válidamente la actora habría podido plantear el referido cargo. De conformidad con el artículo 170 del C.C.A. armónico con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil el Juez está obligado a analizar en la sentencia "los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes... con el objeto de resolver todas las peticiones", de manera que el juzgador no puede resolver temas que no le han sido oportunamente sometidos a su consideración por las partes, vale decir, en la demanda inicial, o en su aclaración o corrección.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá, D.C. marzo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate*

Referencia: expediente No. 5997. Actor: Sociedad José María Chacón Banderas e Hijos Ltda. Impuesto renta - Fallo-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad JOSE MARIA CHACON BANDERAS E HIJOS LTDA, contra la

sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 12 de octubre de 1994, desestimatoria de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho intentada contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Impuestos Nacionales determinó el Impuesto sobre la Renta a cargo de la sociedad contribuyente por el año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó su declaración del Impuesto sobre la Renta y complementarios por el año gravable de 1988, en el Banco de Crédito y Comercio el 7 de julio de 1989 en la cual consignó un total de ingresos netos de $85.931.000 y liquidó el impuesto a cargo de $516.000.

Por informes y denuncias de terceros y previa inspección contable, cruces de información con clientes de la sociedad y con entidades bancarias y con base en el análisis de la Cuenta Bancaria No. 065-02400-2 del Banco de Crédito y Comercio de Colombia, Sucursal de Cúcuta, supuestamente utilizada para realizar operaciones comerciales de la sociedad, la Administración de Impuestos Nacionales de Santander, practicó el Requerimiento Especial No. 0119 del 4 de octubre de 1991, en el cual propuso la modificación de la liquidación privada a fin de adicionar los ingresos declarados en la suma de $187.241.000, así como sanciones por inexactitud y por libros de contabilidad.

En su respuesta al mencionado requerimiento, la sociedad contribuyente manifestó que la citada cuenta no le perteneció y que desconoció su movimiento. Al efecto acompañó certificado del Gerente de la Sucursal del Banco de Crédito y Comercio de Bucaramanga en el cual se relaciona la cuenta que posee la sociedad y certificado de Contador Público en el mismo sentido. También adjuntó constancia expedida por el Gerente de la entidad bancaria sucursal Cúcuta, en el cual manifiesta que la Cuenta No. 065-02400-2 figura a nombre del señor PEDRO ARCHILA DUARTE. En la misma oportunidad, la sociedad aceptó y pagó la sanción por libros de contabilidad propuesta.

Oída la respuesta al requerimiento especial, la Administración expidió la Liquidación de Revisión No. 070 del 31 de marzo de 1992, en la cual con base en los hechos y pruebas anunciados en el requerimiento especial, modificó la liquidación privada determinando un mayor impuesto a pagar e impuso sanción por inexactitud.

Dicha liquidación oficial fue confirmada a través de la Resolución No. 121 del 29 de abril de 1993, que desató el recurso de reconsideración interpuesto y agotó la vía gubernativa.

DEMANDA

Inconforme con la actuación gubernativa, acudió la sociedad en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual adujo la violación de las siguientes disposiciones: artículo 62 del Decreto 1651 de 1961, Decreto 074 de 1976, artículo 78 del Decreto 2503 de 1987, artículo 32 inciso 1o de la Ley 52 de 1977, artículos 26, 680, 742, 745, 766 y 777 del Estatuto Tributario, artículos 7 y 18 del Decreto 2218 de 1978 y artículo 15 del Decreto 2053 de 1974. Igualmente, invocó en apoyo de sus pretensiones, diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Refirió la demanda que la Administración planteó la adición a los ingresos declarados, toda vez que por denuncia de terceros, visitas especiales y cruce de información con interrogatorios, se comprobó la existencia de la Cuenta Corriente No. 065-02400-2 del Banco de Crédito y Comercio de la ciudad de Cúcuta, que a juicio de la Administración pertenece a la sociedad por el solo hecho de que el titular de la cuenta, autorizó la firma de la señora AURA MARIA GARNICA DE CHACON, socia de la actora.

Que según la Administración el movimiento de la cuenta bancaria pertenece a operaciones comerciales de la sociedad, porque según interrogatorios desarrollados a terceros contribuyentes y no contribuyentes, los cuales fueron obtenidos con amenazas de arresto, se cree que en la precitada cuenta se consignaban los ingresos por ventas no declaradas por la sociedad.

Agregó que en relación con el testimonio rendido por el señor PEDRO ARCHILA DUARTE, titular de la cuenta, éste se obtuvo con amenazas de arresto si no daba respuesta a las preguntas citadas por los funcionarios. Que el cuestionario no es prueba para determinar que la cuenta no pertenece a quien figura como titular, sino a la sociedad, ya que las preguntas se refieren a períodos de más de 3 años y que al verse manipulado el deponente, éste se negó a firmar.

Criticó que la Administración hubiese desconocido las pruebas aportadas por la sociedad en relación con la titularidad de la cuenta corriente y sobre la existencia de la única cuenta que posee la sociedad.

Sostuvo que la Administración infringió el artículo 745 del E.T., por cuanto no allegó los suficientes elementos de juicio para confirmar las declaraciones dadas en los interrogatorios y afirmación de la denuncia de terceros sobre si las consignaciones o movimientos de la Cuenta Corriente No. 065-02400-2 del Banco de Crédito y Comercio de Cúcuta, pertenece a ingresos de la sociedad JOSE MARIA

CHACON BANDERAS E HIJOS, motivo por el cual se originó la inspección tributaria, el fallo debe resolverse en favor de la sociedad y no en su contra, como resulta de la actuación analizada, basando ingresos en un indicio no necesario, que no constituye plena prueba de la infracción y no es suficiente para desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración tributaria.

Agregó que la liquidación oficial contradice las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, conforme a las cuales el método bancario para determinar la renta es un sistema atípico no consagrado en las normas tributarias. Que el hecho de aparecer planteado en un concepto de la Administración de Impuestos, no le imprime legalidad sino que es demostración manifiesta de violación del Decreto 074 de 1976 por extralimitación de funciones.

Subrayó que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 78 del Decreto 2503 de 1987, disposición que pretendió convertir en indicio grave el valor de las consignaciones bancarias.

Argumentó que los interrogatorios efectuados a terceros en relación con los cheques girados y consignados no determinan el origen de las operaciones y que las respuestas consignadas no permiten presumir que las consignaciones efectuadas en la cuenta corriente corresponden a ingresos no declarados por la sociedad.

Reiteró la improcedencia del denominado método bancario, y agregó que conforme al artículo 26 del E.T. para que los debatidos ingresos sean gravables, deben ser susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción. Insistió en que la cuenta corriente pertenece a persona diferente de la sociedad y mientras dicha prueba no se produzca, los ingresos no pueden tenerse como gravables.

Adujo violado el artículo 34 de la Constitución que prohíbe las penas de confiscación, porque mediante la liquidación de impuestos practicada, se pretende que pasen a poder del fisco los bienes del contribuyente, pues en el evento de prosperar la aspiración de la Administración el patrimonio de la sociedad quedaría en poder del Gobierno, configurándose un caso de confiscación a una persona jurídica que no ha infringido ninguna norma de tipo tributario ni contable. Al efecto, transcribió doctrina de un tratadista de derecho público.

Solicitó la recepción de testimonio al titular de la cuenta corriente y a dos testigos de las "amenazas de parte de funcionarios de la Administración, que hicieron al primero".

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La apoderada de la Administración negó como cierto que los interrogatorios recibidos hubiesen sido obtenidos bajo amenazas y sostuvo que las afirmaciones en tal sentido deben comprobarse en debida forma, como sería mediante denuncio ante el Juez competente.

Sostuvo que la Administración comprobó que la sociedad investigada poseía ingresos no declarados por la vigencia fiscal de 1988, y que sobre el particular reposan en el expediente suficientes pruebas, como denuncias de terceros, interrogatorios, testimonios y documentos que prueban que los ingresos consignados en la citada cuenta son producto de ventas realizadas por la sociedad contribuyente.

Adujo que la presunción de veracidad de la declaración de la sociedad no opera, por cuanto fue desvirtuada por la Administración, pues la práctica de las pruebas demostró que los datos allí consignados no correspondían a la realidad financiera de la empresa.

Afirmó que los testimonios recibidos con el lleno de los requisitos legales permitieron establecer la procedencia de las transacciones porque la mayoría de los declarantes coinciden en afirmar que son fabricantes de calzado y que sus cheques girados constituyen pagos hechos por compras realizadas al almacén de pieles de JOSE MARIA CHACON BANDERAS.

Sostuvo que no se violó el artículo 34 de la Constitución, por cuanto el valor de los ingresos adicionados correspondió a la cuantía que realmente recibió por ventas el contribuyente en la vigencia fiscal investigada, y como los ingresos influyen en el Impuesto sobre la Renta, éste debió ser aumentado a la cuantía que desde un principio ha debido ser denunciada por la sociedad y que la omisión de ingresos originó la sanción por inexactitud impuesta. Que la sanción por libros de contabilidad se impuso por incurrir en irregularidades contables tan evidentes que fue aceptada por la sociedad.

LA SENTENCIA

Se pronunció en primer lugar sobre el cargo de notificación extemporánea del requerimiento especial, sobre el cual advirtió que no fue propuesto en la demanda, sino en los alegatos de conclusión, oportunidad inadmisible, por cuanto ha debido plantearse en la demanda o en su corrección, en la cual podría subsanarse la deficiencia del libelo inicial. Sin embargo, con el fin de dar prevalencia al

derecho sustancial, analizó el cargo y previo conteo de términos, lo halló infundado al establecer que la actuación se cumplió oportunamente.

En relación con los cargos de fondo, observó el Tribunal que la cuenta corriente debatida pertenece al ciudadano PEDRO JOSE ARCHILA DUARTE, según las pruebas que obran en el expediente, como son la solicitud, comunicación al respecto, extractos y cheques que obran en los antecedentes administrativos y que por ello y por no ser el método de análisis bancario un sistema apto para la determinación de los ingresos gravables, tendría razón la demanda, desde un punto de vista eminentemente formal; pero que la verdad es otra y ésta es la que cuenta para el resultado del proceso.

Estimó que si bien la titularidad de la cuenta aparece a nombre de PEDRO ARCHILA DUARTE, interrogado este ciudadano resultó ser un trabajador esporádico dedicado a la venta de legumbres, según su atestación; pero que los funcionarios verificaron que éste fue extrabajador de la sociedad actora. Y en esas condiciones es difícil admitir que una persona de estas características socioeconómicas tenga capacidad financiera para efectuar transacciones bancarias durante el año de 1988, por más de $267.000.000. Agregó que quien aparecía con poder decisorio sobre la cuenta era la señora AURA GARNICA DE CHACON, quien es la socia mayoritaria de la compañía y que ésta le entregaba cheques firmados en blanco como lo declaró ante el Tribunal.

Observó también el *a quo* los diversos testimonios obrantes en el expediente, rendidos por personas dedicadas a la zapatería que coinciden en afirmar que los materiales los compraban a la sociedad actora y que los pagos se efectuaban mediante cheques a nombre de la persona que les indicaba la cajera del almacén. Que muchos de los cheques figuran a nombre de JOSE GARCIA TRILLOS, quien también fue dependiente de la firma demandante y en cuyo testimonio sostiene que no estuvo enterado de que su nombre se giraran cheques y que la firma que aparece endosándolos no es la suya.

Apreciadas las pruebas, concluyó el *a quo* que en verdad la sociedad incurrió en las maniobras evasivas detectadas y en consecuencia al no observar violación de las disposiciones citadas en la demanda, desestimó sus pretensiones.

APELACION

El apoderado de la sociedad actora se mostró inconforme con la sentencia del Tribunal por las siguientes razones:

Consideró que no fueron válidas las observaciones del *a quo* en relación con la extemporaneidad del requerimiento especial, por cuanto no es cierto que fuera improcedente alegar tal circunstancia en los escritos de conclusión, porque cuando se presentan estas situaciones de extemporaneidad deben ser tenidas en cuenta por el Juzgador oficiosamente en razón de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

Agregó, que el término para requerir empezó a contarse el 25 de mayo de 1991 y que en virtud de la suspensión por inspección, el plazo venció el 25 de agosto de 1991; por tanto, para la fecha en que se produjo el requerimiento especial, el 4 de octubre de 1991, ya había vencido el término legal.

De otra parte, sostuvo que el Tribunal no analizó el testimonio de JOSE ARCHILA DUARTE quien en su primera declaración estuvo presionado y coaccionado por los funcionarios de impuestos; pero que ante el Tribunal aclaró y complementó que esos dineros eran de su propiedad, desvirtuando la condición de pobreza endilgada. Que la sociedad demostró que la cuenta corriente fue manejada directa y automáticamente por su titular, quien tenía como actividad la de ser prestamista de dinero y efectuar cambio de moneda, en razón de estar ubicado en un punto de frontera con Venezuela; que este ciudadano siempre tuvo solvencia económica y de ahí que su cuenta pudiera manejar esta cantidad de dinero, por lo cual debe descartarse el argumento de que este ciudadano fuera un simple testaferro, pues ello fue probado con su declaración.

Que en consecuencia no hace falta profundizar en mayores detalles, para defender el hecho incuestionable de que el mencionado señor, es una persona que podía prestar dinero en grandes cuantías y que la relación que tuvo con la sociedad se originó en el préstamo de dineros título de mutuo con interés, evidenciándose un vínculo de comercio; pero en manera alguna de dependencia ni testaferrato. Solicitó la revocatoria de la sentencia y la nulidad de los actos demandados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Al alegar de conclusión el apoderado de la sociedad actora, insistió y reprodujo en esencia los argumentos de la apelación.

Por su parte, la apoderada de la Nación, sostuvo que la pretendida extemporaneidad del requerimiento especial no fue materia de demanda y por tanto el Tribunal no ha debido pronunciarse sobre este punto, puesto que el mismo se planteó de manera inoportuna con ocasión de los alegatos de conclusión en primera ins-

tancia, con transgresión del principio de lealtad procesal y violación del derecho de defensa de la demandada.

En relación con la adición de ingresos, observó que el actor en su apelación no se refirió al método bancario como sistema para determinar ingresos; pero que no obstante lo anterior, la Administración no basó su adición en dicho sistema, pues como lo afirma la sentencia del Tribunal, éste no es apto para la determinación de los ingresos gravables.

Que la Administración tomó como base los depósitos bancarios, sobre los cuales adelantó la correspondiente investigación tendiente a demostrar que las sumas consignadas en la cuenta del señor JOSE ARCHILA DUARTE eran constitutivas de enriquecimiento para la sociedad contribuyente, pruebas que no fueron desvirtuadas con ocasión de la actuación administrativa, como tampoco en la jurisdicción.

Afirmó que la apelación ignoró el punto anterior y se dirigió a controvertir la naturaleza y condición del titular de la cuenta corriente a fin de restarle eficacia probatoria a las pruebas allegadas por la Administración para encontrar la verdad real, superando los aspectos puramente formales.

Sostuvo que las afirmaciones en materia de coacción por parte de los funcionarios y de capacidad económica del señor ARCHILA DUARTE, así como de manejo autónomo de la cuenta corriente, son contrarias a lo probado dentro del proceso, como lo demuestran las aseveraciones hechas en su primera atestación, las cuales permitieron colegiar su condición de pobreza.

Así mismo se probó la relación laboral que existió entre este señor y la sociedad actora, de donde surgió la dependencia que muy seguramente lo llevó a convertirse en el instrumento para la evasión de los valores adicionales y que llama la atención que dicho señor le haya otorgado capacidad plena de manejo de la cuenta a la socia mayoritaria de la actora.

Subrayó el testimonio rendido por JOSE GARCIA TRILLOS, quien también fue dependiente de la sociedad y utilizado por los dueños de la empresa para evadir ingresos, ordenando que los cheques de pago se giraran a nombre de él, todo lo cual a su juicio evidencia el comportamiento evasivo de la sociedad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala restringe su análisis a los puntos sometidos a su consideración en el escrito de apelación y que se refieren a la extemporaneidad del requerimiento especial y a la valoración de algunas pruebas, efectuadas por el *a quo*.

1. Extemporaneidad del requerimiento especial

En relación con este punto, observa la Sala que efectivamente en el escrito de demanda, la sociedad no planteó la nulidad de los actos administrativos por presunta extemporaneidad en el requerimiento especial, y al no referirse a este aspecto en los hechos, ni en los fundamentos de derecho, tampoco desarrolló concepto de violación alguno, razón por la cual, su formulación y sustento en los alegatos de conclusión no tienen relevancia y efecto para obtener pronunciamiento sobre el cargo de la sentencia, pues es evidente que la oportunidad procesal para alegar no constituye prórroga del término de presentación de la demanda, ni de su modificación o corrección, oportunidad esta última en la cual válidamente la actora habría podido plantear el referido cargo.

De conformidad con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, armónico con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el Juez está obligado a analizar en la sentencia "los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes...con el objeto de resolver todas las peticiones", de manera que el juzgador no puede resolver temas que no le han sido oportunamente sometidos a su consideración por las partes, vale decir, en la demanda inicial, o en su aclaración o corrección (art. 208).

De otra parte, no es cierto que la falta de planteamiento del cargo en la demanda, "sea inane" y que como se trata de términos judiciales, mejor de la Administración", "es un asunto que no está sujeto a la referencia de la parte que pudiera ser beneficiada..." y que por ello el juzgador, también de oficio, está en el deber de considerar los fenómenos de prescripción o de caducidad" y que en esas condiciones el juzgador tenga la obligación de determinar su oportunidad y declarar oficiosamente que se actuó fuera del término, dado que conforme se acaba de expresar, el Juez no puede efectuar pronunciamientos por fuera de lo pedido en la demanda y sus decisiones deben basarse en las razones y motivos allí expuestos, so pena de transgredir las disposiciones antes citadas, pues ninguna otra lo autoriza para fallar en la forma como lo pretende el apelante. Las facultades de interpretación de la demanda no le permiten al Juez "corregir" o "subsanar" las inadvertencias u olvidos en la formulación de los cargos o de las pretensiones de las demandas.

No prospera el cargo.

2. Adición de ingresos pruebas

Como se dejó expuesto en los antecedentes en el acápite correspondiente a la apelación, la inconformidad de la sociedad actora con la sentencia del *a quo*, en

relación con el punto de fondo, se contrae a la discrepancia con la valoración probatoria otorgada al testimonio del señor PEDRO ARCHILA DUARTE, pues a juicio de la apelación, la versión dada por dicha persona ante los funcionarios de impuestos, estuvo precedida de coacción y amenazas. De otra parte, en el fallo no se tuvo en cuenta la versión adicional y complementaria con la cual se demostró que esta persona era la titular de la referida cuenta corriente y poseedora de una solvencia que le permitía manejar grandes sumas de dinero, lo cual desvirtúa la condición de pobreza que le atribuyeron la Administración y el *a quo*.

En relación con la prueba en cuestión, examinado el acervo probatorio obrante en el expediente, se observa que a folios 1240 y siguientes del cuaderno No 3 de antecedentes obra solicitud de apertura de la cuenta corriente en el Banco de Crédito y Comercio de Colombia -Sucursal Cúcuta-, fechada el 13 de agosto de 1986, a nombre de Archila Duarte Pedro J., dirección: Avenida 1a. No. 21-90 El Rosal y como dirección alterna Avda 8a. No. 6-51, ambas de la ciudad de Cúcuta, e instrucciones especiales con respecto a la operación: Firma independiente Ana María Garnica de Chacón C.C. No. 27.926.938 de Bucaramanga. Igualmente en esta fecha se confiere poder a la misma señora Ana María Gárnica de Chacón para "manejar en mi nombre firmando independiente la cuenta corriente...", así como realizar las siguientes operaciones: Efectuar depósitos o consignaciones, girar a cargo de la cuenta en forma "ilimitada", retirar las chequeras que se soliciten, conocer en cualquier momento el estado de la cuenta, firmar el endoso de los cheques expedidos o endosados a favor del titular. A la cuenta corriente en mención le fue asignado el número 065-02400-2.

Dan cuenta también los antecedentes (fls 1244 y ss) que el mencionado señor Archila Duarte, poseía cuentas en otras entidades financieras como Granahorrar y el Banco Comercial Antioqueño, para cuyo manejo también autorizó a la mencionada señora Aura Gárnica de Chacón.

No existe discusión alguna acerca de la condición de socia mayoritaria de la señora Aura María Gárnica de Chacón de la sociedad JOSE MARIA CHACON BANDERAS E HIJOS LTDA (fls 1857 y ss).

Igualmente estableció la investigación que el señor PEDRO ARCHILA D., fue celador de la citada sociedad, relación laboral que fue corroborada con la certificación (fls. 1124), suscrita por la Jefe de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander la cual informa que: "El señor PEDRO ARCHILA DUARTE, Cédula No. 2'024.833 de Bucaramanga, a foliación 130010267, fue afiliado al I.S.S., por el único patrono: CHACON BANDERAS JOSE M. patronal 14016100343, con sede en la Calle 8 No. 7-28 de esta

ciudad, en las siguientes fechas: ingreso: 01 de abril de 1976, retiro: 30 de junio de 1979, Ingreso: 06 de abril de 1981, retiro: 01 de octubre de 1986..."

De otra parte, de la declaración bajo juramento rendida por el señor Pedro Archila Duarte fls. 1257 y ss a los funcionarios de la Administración, el 9 de septiembre de 1991, en la ciudad de Cúcuta, se destacan los siguientes aspectos y respuestas: Al ser preguntado sobre su profesión u oficio, contestó, "lo que le salga". Respecto a su dedicación actual "venta yuca, papa, actualmente. 1988-1989 trabajé por allá abajo en una casita que estaba haciendo...no ha cogido oficio". Al serle puestos de presente los cheques Nos. 3803198, 3803193, 4777106 y 3803156, girados por Pedro J. Archila, contra su Cuenta Corriente No. 054-02400-2, a favor de Curtiembres Titán, Espumados del Norte Ltda, Curtiembres de Itagüi S.A. y Proquinal S.A., negó que fuesen de su propiedad, como también negó conocer al señor José María Chacón Banderas; manifestó que trabajó dos años (1974 y 1975) con la sociedad, sobre la cual afirmó saber su existencia. Al ser preguntado sobre si tiene cuenta corriente, respondió que en Las Villas y "una con una miseria allá en Conavi, ustedes pueden preguntar, de resto yo no tengo porque estar enredado en esta j...", al ser preguntado sobre si sabe por qué le aparecen estos cheques como si los hubiera girado, contestó: "si yo lo supiera les diría; pero yo no sé de donde salió esa vaina". Preguntado sobre si conoce al señor José García, contestó que no.

Finalmente, los funcionarios de la División de Fiscalización, dan testimonio sobre lo siguiente: "No firma porque manifiesta que solo firmará en Juzgado. Las declaraciones anteriores son ciertas y en constancia se firma por los funcionarios que intervinieron en la presente diligencia". A renglón seguido aparecen los nombres, cédulas y cargos de los funcionarios.

Para infirmar el testimonio anterior, en la demanda ante la jurisdicción el apoderado de la sociedad actora solicitó recibir versión juramentada al citado señor y a otras dos personas que depondrían sobre el incidente surgido entre los funcionarios de la Administración y el declarante Pedro Archila en ocasión anterior, diligencia que se surtió por comisión ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, y de la cual se da cuenta a folios 109 y siguientes. En primer lugar, manifestó ser vecino de Cúcuta y de profesión comerciante; en relación con la Cuenta Corriente No. 065-02400-2 del Banco de Crédito y Comercio de Cúcuta, manifestó que efectivamente le pertenecía; pero que ya la canceló, preguntado sobre si autorizó a la señora Aura María Garnica de Chacón para su manejo, respondió "sí yo la autoricé, porque como yo no vivo regularmente aquí en alguna oportunidad me ayudaba a conseguir clientes para que yo les prestara plata; ella

me ayudaba a conseguir clientes y me consignaba". A la pregunta formulada por el Tribunal sobre si a través de la mencionada cuenta, la sociedad JOSE MARIA CHACON BANDERAS E HIJOS LTDA, efectuó transacciones comerciales o manejó fondos por intermedio de la persona que autorizó para firmar en dicha cuenta, contestó: "Yo les dejaba cheques firmados, luego ellos me entregaban los intereses, me entregaban las cuentas, son gente de mucha confianza, específicamente la señora Aura, muy buena persona, muy correcta". A la solicitud de precisión de acuerdo con la respuesta anterior, si la sociedad realizó transacciones comerciales o manejó fondos propios por intermedio de la cuenta, contestó: "no, la señora me ayudaba a manejar la cuenta, pero a título personal mío, me hacía las veces como de secretaria, ellos no consignaban fondos de ellos, era plata mía que ellos me ayudaban a consignar, claro que yo de vez en cuando les prestaba una cuantía y ellos me pagaban los intereses y me la devolvían. Yo les tenía una consideración en los intereses más baratos porque eran gente muy buena". De otra parte, manifestó que conocía al señor José María Chacón Banderas, desde hacía aproximadamente 20 o 25 años y que ello fue "a través de los negocios, o sea préstamos", relata luego que a través de tantos años les ha prestado dineros, sin precisar los negocios comerciales efectuados con la sociedad, porque no los recuerda. Finalmente interrogado sobre si los funcionarios de la Administración le efectuaron algunas preguntas en referencia al testimonio anterior y si firmó la diligencia, manifestó que los funcionarios hicieron una cantidad de preguntas; pero no les respondió porque era muy difícil precisar el número de la cuenta, que le parecieron personas muy sospechosas y que no firmó nada, agregó que eso ocurrió en el almacén de la compañía de Chacón Banderas de la diez con diez de la ciudad de Cúcuta.

En primer lugar se advierte que son infundados los cargos relacionados con posibles amenazas por parte de los funcionarios al testigo Pedro Archila Duarte, pues lo que se evidencia del testimonio rendido por Elmer Francisco Celis Ramírez, cuya declaración junto con la de otra persona (que no compareció), fueron solicitadas por la actora para probar tal hecho, manifestó que él pasaba por el almacén (se refiere al de la sociedad en Cúcuta) que escuchó un escándolo y que al preguntarle al señor Archila sobre el motivo él manifestó que lo iban a llevar preso, que lo único que escuchó es que los funcionarios le decían que hiciera el favor de firmar; pero que no supo si firmó, que parece que la firma se refería a una factura, sin embargo, es categórico en afirmar que no oyó amenazas. De suerte que no hay prueba alguna que permita inferir que lo consignado en dicha diligencia, no corresponda a las respuestas dadas por el deponente, por cuanto sobre el particular hay expresa constancia dejada por los funcionarios que allí intervinieron y de otra parte, es claro que el problema se suscitó a la hora de firmar la respectiva Acta, a lo cual se negó el testigo.

No es posible como lo pretende el apoderado de la actora prescindir de la primera declaración y dar valor probatorio solamente a la segunda versión ante el Tribunal, pues su análisis, para otorgarle o restarle mérito probatorio, debe hacerse integrándola con la anterior y evaluándola con las otras pruebas que guardan relación con su contenido y que obra en el expediente.

Observa la Sala que los testimonios rendidos por el señor Pedro J. Archila Duarte y de los cuales se ha hecho una reseña, son a todas luces incompletos y por eso su valor probatorio es deficiente en razón a las múltiples contradicciones que en ellos se observan, no sólo en cuanto a la profesión que en cada uno de ellos se atribuye el testigo, también respecto al conocimiento del señor Pedro María Chacón Banderas, a la negación de la cuenta corriente debatida, sino también porque debe considerarse que la persona de quien proviene se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad en razón de dependencias y sentimientos o interés con relación a las partes, lo cual a términos del artículo 217 del C.P.C., permite considerar al testigo como sospechoso.

Igualmente, se advierte que el testigo se ha limitado a afirmar que su nexo con la sociedad actora y una de sus socias se contrae a relaciones de carácter comercial originadas en préstamos de dinero a título de mutuo con interés. Igualmente ha negado que la sociedad haya efectuado transacciones comerciales a través de la cuenta corriente de la cual el declarante figura como titular.

Las aseveraciones del testigo, respecto de relaciones comerciales originadas en préstamos de dinero, y su pretendida capacidad económica quedan en el terreno de las meras afirmaciones, pues de una parte, éstas no están complementadas con la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, o la razón de su dicho, lo cual no permite su análisis y corroboración, son simples y escuetas expresiones de un hecho, que de otra parte no halla respaldo probatorio alguno, como sería el correspondiente certificado expedido por la Cámara de Comercio que diera cuenta de la inscripción de dicho señor como comerciante, la presentación de documentos y títulos de fecha cierta que permitieran demostrar los presuntos préstamos de dinero, su cancelación, o vigencia de las deudas, etc, máxime cuando la sociedad a quien se habrían otorgado los préstamos lleva libros de contabilidad, en los cuales deberían aparecer las respectivas transacciones acompañadas de sus documentos fuente y sus soportes.

Evidencia de la ausencia de capacidad económica del mencionado testigo es la ausencia de declaraciones tributarias, como lo verificó la Administración (fl. 1779), de manera que al establecerse que dicha persona no figura como declarante, ello hace presumir que por el monto de su patrimonio e ingresos el señor Archila

Duarte no se encontraba obligado a declarar, vale decir, que no alcanzaban a los mínimos requeridos por la ley.

De manera que era necesario probar la alegada capacidad económica del señor Archila Duarte para realizar durante el año de 1988, transacciones en cuantía cercana a los $267.000.000.

En relación con el manejo en la referida cuenta corriente de dineros y transacciones exclusivas del declarante, observa la Sala que las pruebas obrantes en el expediente permiten inferior lo contrario. En efecto, a folios 60 y siguientes de los cuadernos 1 y 2 de los antecedentes, obran fotocopias de las respectivas consignaciones sus cheques y de los cheques librados, que reflejan el movimiento de la citada cuenta corriente, los cuales conforme al artículo 252 del C.P.C., se presumen auténticos. Dichos documentos muestran claramente que allí se consignaban cheques girados directamente a nombre de la sociedad actora, como también a nombre de José García, persona a la cual se refería más adelante y también que contra la misma cuenta eran girados cheques a nombre de proveedores de la sociedad, aspecto sobre el cual no se ha dado explicación alguna y también que efectivamente la señora Aura María Garnica de Chacón ejerció la autorización dada para librar cheques, como lo evidencian los instrumentos obrantes a folios 629 y siguientes, 653, 673 y siguientes etc.

Tampoco fue explicado por la sociedad actora, por qué razón en la citada cuenta fue consignada innumerable cantidad de cheques librados por clientes que pagaron materiales e insumos para zapatería adquiridos directamente a la sociedad, aspecto sobre el cual obran en los antecedentes más de 60 testimonios rendidos bajo la gravedad del juramento y en los cuales los terceros reconocieron los respectivos cheques y sus firmas y fueron coincidentes en sostener que fueron girados para adquirir materiales, que muchos de los cheques se giraron posfechados a nombre de José García por instrucciones dadas por la cajera del establecimiento de comercio de la actora y en otros casos, que se les indicó no llenar el nombre del girado.

De otra parte, a folios 1283 y siguientes, obra el testimonio del señor JOSE GARCIA TRILLOS, de profesión auxiliar de contabilidad y quien manifestó haber trabajado en labores de contabilidad en la sociedad actora, durante los años de 1988 y 1989. Sostuvo que no abrió cuenta alguna y afirmó que la firma que aparece endosando los cheques de los cuales se dio cuenta en párrafos anteriores, no es la suya y dijo desconocer el hecho de que aparecieran cheques girados a su favor y consignados en la cuenta de Pedro Archila Duarte.

Valoradas las pruebas anteriores, conforme a las reglas de la sana crítica, para la Sala es claro que a través de la Cuenta Corriente No. 065-02400-2 del Banco de Crédito y Comercio de Colombia, Sucursal de Cúcuta, sí se manejaron operaciones comerciales de la sociedad JOSE MARIA CHACON BANDERAS LTDA, lo que desvirtúa por este aspecto, el testimonio del señor Archila Duarte; puesto que para la Sección merecen credibilidad los innumerables testimonios y otorga pleno valor probatorio a los documentos obrantes en el expediente, máxime cuando no han sido tachados ni desvirtuados con otros medios de prueba.

Como ya se dijo el motivo de la apelación, fue exclusivamente en relación con el valor probatorio del testimonio del señor Pedro Archila Duarte, dado que las demás pruebas obrantes en el expediente y aspectos de la litis, no fueron controvertidas por la actora, quien encaminó el debate exclusivamente a cuestionar el mencionado testimonio, el cual fue ampliamente analizado por la Sala y cuyas conclusiones coinciden con las del Tribunal, razón por la que no se encuentra mérito para revocar la sentencia apelada, y en consecuencia se procederá a su confirmación.

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

RECONOCESE personería a la Doctora IVONNE EDITH GALLARDO GOMEZ para que represente a la DIAN en los términos del poder conferido.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase. 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.

PRIMA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Liquidación. **TASA EN GARANTIA DE CUMPLIMIENTO**

La actora al interpretar de una manera *sui géneris* las estipulaciones del contrato y la tarifa vigente para la liquidación de la póliza, transgredió el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 en cuanto prohíbe hacer rebajas o concesiones de ningún género a individuos o corporaciones que no sean de carácter general, conducta que fue objeto de la respectiva sanción por parte de la Superintendencia Bancaria. En efecto, en primer lugar se precisa que la Compañía Aseguradora debió dar aplicación a lo previsto en la póliza matriz de cumplimiento (parágrafo 3o. del anexo adecuatorio) en concordancia con el literal a) del artículo 18 de la tarifa de este ramo, en cuanto dispone que cuando la multa sea igual o superior al valor de la garantía de cumplimiento del contrato, debe aplicarse sobre dicho valor una tasa anual del 5.00% para determinar el valor de la prima a cobrar.

SUPERINTENDENTE BANCARIO. FACULTAD SANCIONATORIA

El artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 faculta de una manera general al Superintendente bancario para imponer sanciones una vez agote el procedimiento de descargos y se cerciore que cualquier institución sometida a su vigilancia ha violado una norma o su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido. De suerte que, como la conducta que se cuestiona está prohibida por el artículo 21 de la Ley 105 de 1927, la sanción que le corresponde aplicar a la Superintendencia Bancaria es la prevista en el régimen sancionatorio general establecido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982. De modo pues, que habiéndose establecido la conducta prohibida por el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 y que el Superintendente Bancario está facultado para imponer sanciones conforme a las previsiones del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 anteriormente transcrito.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero ponente. *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente No. 5943 Actor: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza".Apelación sentencia de 25 de agosto de 1994. Proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Resoluciones 4176/85 y 1901/86 de la Superintendencia Bancaria). Fallo

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "Confianza", contra la sentencia de 25 de agosto de 1994 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las peticiones de la demanda relacionadas con la imposición de multa por $1.000.000 por contravenir la tarifa vigente a julio 25 de 1993 para la cotización de la prima del seguro de cumplimiento.

ANTECEDENTES

Confianza S.A. celebró contrato de seguro suscribiendo la póliza de cumplimiento No. CGR 26506 el 25 de julio de 1983, para afianzar al consorcio PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES LTDA -URBANIZADORA NACIONAL S.A. y EDIFCAR, el cumplimiento del contrato P-C No. 041/83 JUR celebrado con el INSCREDIAL, el cual tenía por objeto la construcción de 985 unidades de vivienda popular.

El mencionado contrato fue modificado por las partes contratantes y la Aseguradora expidió las correspondientes pólizas modificatorias. El contrato P-C No. 04/83 fue cumplido por el contratista afianzado por Confianza S.A.

La Superintendencia Bancaria por oficio 4956 de noviembre 16 de 1983 solicitó explicaciones a la Aseguradora acerca de la forma como se tarifó la garantía CGR-26506 teniendo en cuenta que en el artículo 9.03 del Contrato se impone "a título de pena" una sanción pecuniaria de $72.050.469.50.

La Compañía de Seguros dio respuesta al mencionado oficio por medio de escrito fechado el 9 de noviembre de 1983 puntualizando que de acuerdo con la tarifa (artículo 18 literal b) vigente en el momento de la expedición de la póliza establecía que: "...b) cuando la multa sea inferior a garantía de cumplimiento, apli-

quese sobre el valor de aquella el 5% y el excedente de la garantía de cumplimiento del contrato, la tasa que le corresponda"; la Aseguradora así lo hizo, pues cobró el 5% sobre el valor máximo de las multas, o sea $16.485.254.40 durante 30 días calendario.

Sin embargo, teniendo en cuenta que Confianza S.A. tuvo conocimiento de la diferencia existente entre la cotización de primas ofrecida por otras compañías para la contratación del seguro de cumplimiento del contrato No. 041/83, la Superintendencia Bancaria con fundamento en el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 que prohíbe hacer rebajas o concesiones de ningún género y la Circular SB No. 121 de octubre 3 de 1980 referente a tarifas, sancionó pecuniariamente a la compañía aseguradora porque contravino lo dispuesto en la tarifa de cumplimiento vigente a julio 25 de 1983 para la cotización del seguro en referencia.

La diferencia en la tarifa en este tipo de seguro ocasionó el cobro de una prima notoriamente inferior equivalente a $3.953.828 de acuerdo a cálculo efectuado por la Superintendencia Bancaria y también por Suramericana de Seguros que lo cotizó en $4.503.154. (fls 108/109).

La mencionada sanción apareció debidamente explicada en la Resolución 4176 de agosto 15 de 1985 y se fundamenta además, en el Decreto 2920 de 1982 que faculta al Superintendente Bancario para imponer sanciones no menores de $500.000 ni mayores de $2.000.000 a cualquier establecimiento sometido a su control y vigilancia (fls. 15/20).

En la reposición la aseguradora argumenta que la sanción impuesta no encaja dentro de la filosofía del Decreto 2920 de 1982 porque los hechos que la motivaron no se encuentran relacionados taxativamente en los literales a) al g) del artículo 1o. de tal disposición, pues la Superintendencia Bancaria sancionó un hecho que no era punible y en el evento de que lo fuera, aplicó una sanción que no correspondía.

El anterior recurso fue resuelto por medio de la Resolución 1902 de 21 de marzo de 1986 en la cual la Superintendencia Bancaria reitera sus puntos de vista sobre la aplicación de la tarifa vigente en julio de 1983; y la facultad que tiene el Superintendente para imponer sanciones invocando al respecto el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 que le otorga la facultad de sancionar cuando las entidades sometidas a control y vigilancia han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra norma legal a que deba estar sometida.

Con la confirmación de la Resolución 4176 de 15 de agosto de 1985, en todas sus partes, quedó agotada la vía gubernativa. (Fls. 21/26).

En la demanda ante el Tribunal, la actora expresa que la Superintendencia Bancaria al imponer la sanción violó por interpretación errónea el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 y el artículo 100 de la Ley 45 de 1936, porque CONFIANZA no hizo rebaja alguna sino que aplicó la tarifa de conformidad con una de las interpretaciones que suscitaba la misma tarifa.

Asimismo, que los actos acusados se apoyan en el Decreto 2920 de 1982 dictado para asegurar la confianza del público en el sector financiero, el cual en modo alguno tipifica la conducta sancionada; en otras palabras, que la Superintendencia Bancaria al imponer la pena por un hecho no considerado como punible o sancionable, aplicó una sanción que no correspondía.

LA SENTENCIA APELADA

Surtido el trámite de rigor, el *a-quo* profirió sentencia de mérito negando las peticiones de la demanda luego de examinar los puntos sobre los cuales versa la controversia.

Respecto al valor de la prima de la póliza de cumplimiento No. CGR 26506 de julio 25 de 1983 precisa que la Aseguradora debió liquidarla sobre la suma de $72.050.469.50 aplicándole la tarifa vigente que era del 5.00% en 15 meses, es decir la suma de $4.503.154.oo, en vez de $549.326 que corresponde al valor de una multa diaria, puesto que la actora efectuó el cálculo tomando como suma aseguradora el total de las multas, o sea $16.485.254.40 durante 30 días calendario.

En resumen, que la tarifa de cumplimiento vigente a la fecha del contrato era del 5 por mil del valor asegurado, lo que equivale a decir que el monto de la respectiva prima ascendía a la suma de $4.503.154 y en modo alguno a $549.326, motivo por el cual no se presenta indebida interpretación de las normas sobre tarifas de cumplimiento par las garantías del contrato PC-041/83 JUR.

Y en cuanto a la afirmación de que el hecho sancionado no se encuentra mencionado en el Decreto 2920 de 1982, la sentencia precisa que si bien éste no describe este tipo de conducta, lo cierto es que contiene la facultad general sancionadora para ser aplicada a hechos o conductas que contravienen otras normas legales, en este caso la Circular SB No. 121 de octubre 3 de 1980 y la Ley 105 de 1927 (artículo 21).

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la actora en la sustentación del recurso relieva que no efectuó ninguna rebaja sobre el pago de la prima en la expedición de la póliza de cumplimiento No. CGR-26506, cuya suma asegurada fue de $72.650.469,50, pues para su liquidación tuvo en cuenta el texto del contrato y particularmente las cláusulas del artículo 6.01 (Capítulo VI), artículos 9.01, 9.02 y 9.03 (Capítulo IX) y con base en tales normas, para obtener la prima de cumplimiento, aplicó las tasas que registra la página 8a. de la tarifa para contratos de ejecución de obras y reparación de las mismas superiores a $5.000.000 del valor asegurado, teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 3o. para la vigencia del segundo año.

Señala que para la liquidación de las multas se aplicó el artículo 18 literal "b" vigente en el momento de expedición de la póliza en cuanto expresa:

> "b. Cuando la multa sea inferior a la Garantía de Cumplimiento (como ocurre en este caso) aplíquese sobre el valor de aquella el 5% y al excedente de la garantía de cumplimiento del contrato, la tasa que le corresponda".

Señala que la tarifa que efectivamente se cobró fue del 5% sobre el valor máximo de las multas, o sea $16.485.254.40 durante 30 días calendario. Multa diaria de $549.598,45, equivalente al 1 x 1.000 del valor de la construcción de las viviendas.

De lo anterior concluye que Confianza S.A. no infringió la tarifa de cumplimiento, ni la Ley 105 de 1927 como se afirma, la que en su artículo 21 prohíbe en forma expresa "hacer rebajas o concesiones de ningún género a individuos o corporaciones cualesquiera, que no sean de carácter general...", sino que se aplicó la tarifa de acuerdo con una de las interpretaciones que suscitaba la misma.

Asimismo, reitera que la sanción carece de sustento jurídico porque el Decreto 2920 de 1982 en ninguno de los literales del artículo 1o. se enuncia las conductas sancionables como la de que es objeto la actora, lo que lleva a concluir que la Superintendencia bancaria aplicó una pena a un hecho que no se ha considerado como sancionable por la ley (fls. 255/258).

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la Aseguradora en esta oportunidad procesal reitera lo expuesto en la sustentación de la apelación señalando que Confianza S.A. no efectuó ninguna rebaja sobre el pago de la prima en la expedición de la póliza No. CGR-

26506, pues para su cálculo tuvo en cuenta el texto del contrato y particularmente las cláusulas citadas.

Respecto a la sanción impuesta precisa que el Decreto 2920 de 1982 no es aplicable al caso que se debate, toda vez que la actitud de la Compañía Aseguradora en relación con la póliza no está tipificada en ninguno de los literales del artículo 1o. en el cual se enumeran las conductas sancionables.

Concluye entonces que la Superintendencia Bancaria aplicó una pena a un hecho que no se ha considerado como sancionable por la ley y en el evento de que fuera sancionable, aplicó una sanción que no correspondía por cuanto no se infringieron disposiciones legales referentes a la litis (fls. 263/266).

A su turno, la Superintendencia Bancaria por medio de apoderado descorre el traslado para alegar de conclusión precisando lo siguiente:

1. Que reitera los argumentos expuestos en la primera instancia en el sentido de que no son de recibo los expuestos por la sociedad actora como lo expresan los considerandos 10o. de la Resolución 4176 de 1985 y 3o. de la Resolución 1902 de 1986, pues la recurrente continúa fundamentando la conducta sancionada en una interpretación equivocada de la tarifa de cumplimiento.

Señala que en el *sub-júdice* "no es viable admitir varias interpretaciones en razón de que ello generaría una guerra de tarifas y una competencia desleal que conduciría a la generación de una subestimación peligrosa de los precios de los riesgos y una desconfianza en el sector asegurador, que fue precisamente lo que quiso evitar el legislador a través de la Ley 105 de 1927". (fl. 273).

De otra parte precisa que debe tenerse en cuenta que la tarifa de cumplimiento contiene una normatividad clara que no induce a errores a sus usuarios, y en tal virtud no es dable efectuar interpretaciones acomodaticias a la misma, debiendo atender entonces a su tenor literal, tal como lo dispone el inciso 1° del artículo 27 del Código Civil.

Las opiniones sobre la aplicación de la tarifa la parte opositora las expresa de la siguiente manera:

> "...Confianza S.A. hoy demandante, debió partir de lo dispuesto en el parágrafo tercero del anexo adecuatorio de la póliza matriz de cumplimiento para entidades oficiales según el cual este tipo de garantías incluye las multas y la cláusula penal pecuniaria.

"En este orden de ideas la compañía aseguradora demandante, para determinar el valor de la prima, debió dar aplicación a lo previsto en la póliza matriz de cumplimiento en concordancia con lo ordenado en el ordinal a) del artículo 18 de la tarifa de este ramo, el cual dispone que cuando la multa sea igual o superior al valor de la garantía de cumplimiento del contrato, debe aplicarse sobre dicho valor una tasa anual del 5.00% para determinar la prima a cobrar.

"Descendiendo al clausulado del contrato estatal avalado, vemos que la cláusula contractual contenida en el artículo 9.03 era una cláusula penal y no una simple sanción pecuniaria como lo pretende argumentar la recurrente, cuya función era establecer una estimación anticipada y convencional de los eventuales perjuicios que se derivaran del incumplimiento contratual, a lo que hay que agregar que el artículo 72 del Decreto-Ley 222 de 1983 en ese entonces vigente, dispuso que el valor de la cláusula Penal que se pacte se consideraría como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.

"Ello indica que para efectos de la aplicación de la tarifa de cumplimiento el valor de la multa fijada a favor del Instituto de Crédito Territorial era de $72.050.469.50 y a su vez, la cuantía a la que ascendía la garantía prevista en el artículo 6.01 del contrato estatal era también de $72.050.469.50.

"De allí se concluye que como el valor de la multa (artículo 9.03 y el de la garantía de cumplimiento artículo 6.01) eran iguales, se hacía obligatorio aplicar una tasa del 5.00% anual sobre la suma de $72.050.469.50 para determinar el costo de la prima que debió ser en consecuencia de $4.503.154 tal como lo expresan los actos administrativos demandados" (fls. 275 y 276).

2. En cuanto a la indebida aplicación del Decreto 2920 de 1982 por parte de la Superintendencia Bancaria, la parte opositora precisa que en virtud del artículo 22 del mencionado decreto esta entidad tiene la facultad de sancionar a las instituciones vigiladas, como es el caso de la sociedad demandante, cuando han violado una norma de aquellas a las que deban estar sometidas.

Relieva que el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, faculta de una manera general al Superintendente Bancario para imponer sanciones, una vez se agote el procedimiento de descargos y se evidencie la infracción de una norma a la que deba sujetar su actividad.

Señala que en este caso la norma a la cual debía sujetar su actividad la Compañía Aseguradora demandante, era como lo expresan los actos administrativos acusados, el artículo 21 de la Ley 105 de 1927, que no contiene sanciones sino que

hace referencia a la prohibición de efectuar rebajas en el cobro de las primas de los contratos de seguro.

De lo anterior concluye

"Así las cosas, la conducta desplegada por la sociedad demandante, que se subsumía dentro de las prohibiciones contempladas en la Ley 105 de 1927, debía ser objeto de una sanción que está prevista en el régimen sancionatorio general consagrado por el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982" (fl. 279).

Con base en las anteriores consideraciones el apoderado de la Superintendencia Bancaria solicita se confirme en todas sus partes el fallo apelado, con lo cual se ratifica la legalidad de los actos acusados (fls. 267/281).

En este proceso no se registra actuación alguna por parte del señor Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación (fl. 260).

CONSIDERACIONES

No obstante que la Sociedad Aseguradora afirma que no efectuó ninguna rebaja sobre el pago de la prima en la expedición de la póliza No. CGR-26506 (suma asegurada $72.650.469.50) porque la liquidó teniendo en cuenta las cláusulas del contrato 6.01, 9.01, 9.02 y 9.03, pues aplicó las tasas de la página 8a de la tarifa para contratos de ejecución de obras y reparación de las mismas superiores a $5.000.000, la Sala considera que Confianza S.A. al interpretar de una manera *sui géneris* las estipulaciones del contrato y la tarifa vigente para la liquidación de la póliza en referencia, transgredió el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 en cuanto prohíbe hacer rebajas o concesiones de ningún género a individuos o corporaciones que no sean de carácter general, conducta que fue objeto de la respectiva sanción por parte de la Superintendencia Bancaria.

En efecto, en primer lugar se precisa que la Compañía Aseguradora debió dar aplicación a lo previsto en la póliza matriz de cumplimiento (parágrafo 3o. del anexo adecuatorio) en concordancia con el literal a) del artículo 18 de la tarifa de este ramo, en cuanto dispone que cuando la multa sea igual o superior al valor de la garantía de cumplimiento del contrato, debe aplicarse sobre dicho valor una tasa anual del 5.00% para determinar el valor de la prima a cobrar.

En segundo lugar, no resulta admisible el argumento de la recurrente en el sentido de que la cláusula contractual contenida en el artículo 9.03 era una simple sanción pecuniaria toda vez que de su texto ("...en caso de caducidad o de in-

cumplimiento de este contrato el Instituto podrá imponer al COFINANCIADOR a título de pena una sanción pecuniaria en cuantía de $72.050.469.50 moneda corriente, equivalente al 10% del valor del programa) claramente se deduce que se trata de una cláusula penal.

De manera que, al coincidir el valor de la multa (artículo 9.03 con el de la garantía de cumplimiento (artículo 6.01) en la cantidad de $72.050.469.50 la Aseguradora estaba en la obligación de aplicar la tasa del 5.00% anual sobre esta suma para determinar el costo de la prima que debió liquidarse en $4.503.154 y no en $549.326 como lo expresan los actos acusados. No prospera el cargo.

El segundo punto de impugnación es el referente a la imposición de la sanción con fundamento en el Decreto 2920 de 1982, el cual no es aplicable en este caso según lo sostiene la recurrente, porque la conducta sancionada por la Superintendencia Bancaria no se encuentra tipificada en ninguno de los literales del artículo 1o. del mencionado decreto.

Sobre este aspecto la Sala precisa que el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 faculta de una manera general el Superintendente Bancario para imponer sanciones una vez agote el procedimiento de descargos y se cerciore que cualquier institución sometida a su vigilancia ha violado una norma o su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido.

De suerte que, como la conducta que se cuestiona está prohibida por el artículo 21 de la Ley 105 de 1927, la sanción que le corresponde aplicar a la Superintendencia Bancaria es la prevista en el régimen sancionatorio general establecido en el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982, cuyo tenor es el siguiente:

> "Cuando el Superintendente, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore que éstos han violado una norma o su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá el establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de $500.000 ni mayor de $2.000.000, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores".

De modo pues, que habiéndose establecido la conducta prohibida por el artículo 21 de la Ley 105 de 1927 y que el Superintendente Bancario está facultado para imponer sanciones conforme a las previsiones del artículo 22 del Decreto 2920 de 1982 anteriormente transcrito, la Sala considera que la sanción impuesta se ajustó a la ley, por lo cual no habrá de darle prosperidad al cargo.

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

1°. CONFIRMASE la sentencia de 25 de agosto de 1994 proferida en el juicio 169 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las peticiones de la demanda formulada por COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "Confianza S.A." en relación con la imposición de una multa por parte de la Superintendencia Bancaria.

2° RECONOCESE como apoderado al doctor Fernando Antonio Grillo Rubiano de acuerdo con poder visible a folio 282 del expediente.

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.

NORMA DEROGADA. NORMA ANULADA. VIGENCIA DE LA LEY. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia. ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL. ACCION DE NULIDAD

El Decreto 150 de 1993 fue derogado de manera expresa por el artículo 49 del Decreto 299 de 1985; lo anterior no impide un pronunciamiento de mérito sobre los cargos de nulidad, tal como lo ha dicho la Sala Plena del Consejo de Estado y lo ha sostenido reiteradamente la Sección. Se ha dicho que "la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Sin embargo en algunas oportunidades la posición de la Corporación ha sido que: "Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado situaciones particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya Sección Cuarta. Ante la confusión generada por tesis existentes, lo procedente será inclinarse por la comentada anteriormente, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que será inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así este sea de carácter general o impersonal. Pues contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnera-

do no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho.

LIBRE COMPETENCIA. LIBERTAD ECONOMICA. COMPETENCIA DESLEAL. COMERCIO INTERNACIONAL. DUMPING. SUBVENCION

En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, esta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado -vendedores- tienen una misma pretensión vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último, imponiendo derechos para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque existe un interés general en la prevalencia de ese orden.

DUMPING - Definición. PRECIO DE MERCADO INTERNO. PRECIO DE EXPORTACION. COMERCIO INTERNACIONAL.

En su definición más elemental se entiende por dumping la discriminación de precios entre dos mercados. El dumping surge de la relación entre el precio interno y el de exportación, ya que la lógica indica que el exportador está dispuesto a vender internacionalmente a un precio igual o superior al interno, y no a uno inferior, si no existen razones especiales que justifiquen llevar a cabo la operación en tales condiciones. El precio interno es, precisamente, el que permite a un país y a sus hombres de empresa impulsar sus exportaciones, si este está en condiciones de competir frente a los existente en otro mercado, y no a la inversa, porque cuando esto sucede, la operación es la contraria, importar, pues si se opta por exportar se provoca la desorganización de otro mercado, y esta operación se denomina Dumping. De otra parte se trata de precios en el mercado in-

terno, no de precios con relación a los de producción. Si la comparación con estos fuera de recibo, podía darse el caso del exportador que renunciara al margen de utilidad, o a parte de ella, exportando a precio inferior al interno, pero superior al costo de producción, o inferior a este, caso en los cuales tendría que aceptarse la no existencia del dumping. Pero no, el factor de utilidad no entra en juego. Si en su accionar particular este concepto es considerado o influye en su decisión, de todas maneras discrimina precios y realiza dumping. Por tanto, si el dumping es discriminación de precios entre mercados, hay un presupuesto necesario a cumplir para su verificación, el cual consiste en la comparación entre el precio interno y el de exportación, y si este es inferior, se está en presencia de dumping, conducta desleal en el comercio internacional.

DUMPING - Clasificación. DUMPING DEPREDATORIO. DUMPING PERMANENTE. DUMPING OCASIONAL. DUMPING ABIERTO. DUMPING ENCUBIERTO. DUMPING DIRECTO. DUMPING INDIRECTO

La Doctrina clasifica al Dumping en depredatorio o corsario, el cual consiste en que el exportador tiene como propósito eliminar a sus competidores en el país importador; para lograr este propósito impone sus propias reglas en el mercado. Conduce pues a destruir la competencia; no existiendo, es fácil desde luego, imponer en forma amplia las conductas propias de gozar de posición de dominio en el mercado. En permanente, cuando hay discriminación de precios de manera continua; sin embargo, para su estabilidad requiere que las condiciones económicas del país desde donde se realiza no sufran sustanciales modificaciones, porque de alterarse la estructura del mercado local, no podrá el exportador sostener los precios que le faciliten el dumping. A su vez, la permanencia indica que los precios existentes en el país importador son altos, y los empresarios no están en condiciones de reaccionar frente a la competencia externa, si no fuere así, rápidamente podrían acomodarse a los precios impuestos, lo cual equilibraría la competencia y, por ende, las reglas del mercado. En ocasional o esporádico, el cual se presenta en períodos relativamente cortos, obedeciendo a situaciones económicas meramente coyunturales del país exportador o del importador, como sucede, por ejemplo, cuando se presentan excesos en la producción, bienes no colocados en el mercado en períodos estacionales del país exportador, etc. De acuerdo a la forma de realizarse, lo clasifica en abierto, pues el precio de exportación se refleja claramente, por lo que la comparación de precios es fácil efectuarla; encubierto, realizado a través de maniobras bien planeadas que no permiten observar su configuración de manera rápida, como la disminución artifi-

cial de los precios en el mercado interno; directo, cuando el dumping se realiza desde el país de origen de la mercancía, e indirecto, cuando se ejecuta utilizando otro u otros países.

LEY MARCO - Naturaleza. DECRETO REGLAMENTARIO DE LEY MARCO. DECRETO LEGISLATIVO

Sobre la naturaleza de los decretos que desarrollan las Leyes Marco, se ha ocupado con detenimiento la doctrina y la jurisprudencia, sobre el particular se ha señalado: "... Si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. Para el caso, sería como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidas por el propio legislador. No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazados por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. Algunas de estas reglas son: Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes. Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley que se refieren a materias que no son objeto de regulación por el sistema de leyes marco. Las disposiciones con fuerza de ley contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley contenidas en reglamentos legislativos que se refieran a materias distintas a las reguladas por la ley marco en que tienen su origen.

DOCUMENTO PUBLICO - Restricciones. DOCUMENTO SECRETO. DERECHO A LA INTIMIDAD.

Puesto que en los términos del artículo 74 de la Carta la noción de documento público no se circunscribe, como se ve, al concepto restringido que

consagre cualquiera de las ramas del ordenamiento y, de consiguiente, no cuenta tanto el carácter del sujeto o entidad que lo produce o la forma misma de su producción, sino el hecho objetivo de que no contenga datos que por expresa disposición de la ley deban ser mantenidos en reserva, la noción cobija, por ejemplo, expedientes, informes, estudios, cuentas, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas provenientes de entidades públicas acerca de la interpretación del derecho o descripción de procedimientos administrativos, pareceres u opiniones, previsiones y decisiones que revistan forma escrita, registros sonoros o visuales, bancos de datos no personales, etc. A lo anterior se agrega el acceso a otros documentos cuyo carácter de públicos está determinado por la conducta manifiesta de sus titulares o por la costumbre, sin que sea requisito indispensable la presencia o concernimiento de la administración pública. Es claro, por tanto, que en la anterior situación bien pueden encontrarse documentos surgidos de relaciones entre particulares cuyos titulares hayan decidido, formalmente o por conducta concluyente, permitir su acceso al público. En consecuencia, los funcionarios están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos secretos protegidos por la ley, tales como los concernientes a la defensa y seguridad nacionales, a investigaciones relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero o cambiario, así como a los secretos comerciales e industriales. Por todo lo anterior, el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente al artículo 74.

DOCUMENTO CONFIDENCIAL - Naturaleza. DERECHO A PARTICIPAR EN DECISIONES. MEDIOS PROBATORIOS. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. PRINCIPIO DE CONTRADICCION. PRINCIPIO DE IGUALDAD. PRINCIPIO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA

El tratamiento que el Decreto 150 de 1993 da a los documentos confidenciales no es el de servir de medio de prueba, y mucho menos, de prueba secreta, ya que ni el artículo 26 numeral 11, ni las demás normas acusadas le dan tal carácter, pues se aportan a título informativo. El contenido de los numerales 9 y 11 del artículo 26 del Decreto 150 de 1993 son de tal claridad y precisión, que no admiten el menor análisis para advertir que unas son las pruebas que se pretenden hacer valer, y otra la información confidencial, por lo que las primeras cumplen con el principio de publicidad y quedan sujetas al de contradicción, al igual que el resumen o versión no confidencial. En consecuencia, las normas acusadas no violan fines tan esenciales del Estado, como el facilitar a todos la participación en las

decisiones que los afectan, porque el hecho de no permitirles conocer a los importadores o exportadores investigados por dumping o subvención todos los documentos que aporta el peticionario, no vulnera el derecho a la participación, pues esta se garantiza con el libre acceso a los demás documentos que conforman el expediente, entre ellos, los que hacen parte del acervo probatorio, los cuales constituyen el eje central de la decisión de fondo. De igual manera, tampoco las normas acusadas consagran privilegios que atenten contra los principios de igualdad, publicidad e imparcialidad, con que se desarrolla la función administrativa, porque la petición no se funda como erróneamente lo considera el actor, en documentos confidenciales: se basa en unos precios de exportación que no corresponden a los del valor de mercado, información que debe ser verificada con los documentos que aporte el peticionario -art. 26 numeral 8-, los cuales al ser públicos y, por tanto controvertibles colocan a las partes en plano de igualdad.

DERECHOS DEFINITIVOS ANTIDUMPING. IMPORTACION MASIVA. DERECHOS PROVISIONALES ANTIDUMPING

La calificación de importaciones masivas está condicionada a que estas se realicen después de la fecha de apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, lo cual es lógico, pues si no fuere así, el exportador desleal conociendo la investigación en curso, en el caso del dumping, o de las consultas por parte de las autoridades de los países cuyos productos son objeto de investigación sobre subvenciones, exportaría mayores volúmenes sin ningún riesgo, y esto, precisamente, se evita con esta calificación y la imposición de los derechos definitivos. De igual manera, cuando se imponen derechos provisionales según la preceptiva del artículo 16, es porque existe certeza sobre la existencia del dumping o la subvención y prueba del correspondiente perjuicio, habiendo previamente, dado oportunidad a la parte investigada de participar en la investigación, lo cual constituye una medida cautelar necesaria. Cuando la norma acusada dispone que el Ministro de Comercio Exterior podrá ordenar la aplicación de derechos definitivos a las importaciones masivas objeto de dumping o con subvenciones despachadas para consumo 90 días antes de la imposición de los derechos provisionales, no se vulnera el artículo 29 de la Constitución, porque de igual manera, está señalando que en ningún caso antes de la fecha de apertura de la investigación en los casos de "dumping" o antes de la fecha de investigación a celebrar consultas, cuando se trata de subvenciones. Lo cual quiere decir que si al contar los 90 días antes de la fecha de imposición de los derechos provisionales -y

esta es la de la decisión preliminar-, en el evento que sobrepase las fechas correspondientes a la apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, no es posible para las importaciones despachadas con anterioridad a estas fechas.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA. DERECHOS DEFINITIVOS ANTIDUMPING. IMPORTACION MASIVA. IMPUESTOS DE PERIODO. IMPUESTO DE ADUANAS. Causación

No existe fundamento para afirmar que el artículo 18, numerales 1 y 2 del decreto por permitir imponer derechos antidumping definitivos a las importaciones masivas despachadas para consumo noventa días antes de la fecha de imposición de los derechos provisionales vulnere el artículo 363 de la Constitución.

Evidentemente, si bien la disposición constitucional contenida en el inciso 2o. del artículo 363 prohíbe terminantemente que las leyes tributarias se apliquen con retroactividad, este efecto que produce la ley debe ser aplicada a situaciones configuradas en época anterior a su expedición, lo cual surge de manera clara e inequívoca en impuestos de período como los de Renta, Ventas e Industria y Comercio; por el contrario, en casos como el del Impuesto de Aduanas que se genera en las importaciones, no sucede lo anterior, porque el hecho gravado del mismo se concreta en el momento en que los bienes importados se someten a los trámites legales que concluyen con el levante de la mercancía, y el impuesto a pagar es el que surge de la aplicación de la ley vigente en ese instante.

CONFIDENCIALIDAD DE DOCUMENTO PRIVADO. DERECHOS ANTIDUMPING Y COMPENSATORIOS. INTERVENCION DEL ESTADO. DOCUMENTO PRIVADO. Naturaleza.

Las disposiciones sobre derechos "antidumping y compensatorios" que contiene el Decreto 150 de 1993, son prescripciones relativas a las importaciones, las cuales como lo ordena el Tratado General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT, no pueden disponer la revelación de informaciones confidenciales. Si esto fuera posible se convertiría en un obstáculo para el desarrollo y cabal cumplimiento de las normas sobre derechos "antidumping y compensatorios" y se lesionaría el interés legítimo de empresas públicas y privadas. Además la preceptiva para reprimir la competencia desleal en el comercio internacional, se tornaría en el mejor vehículo para lograr la desleal en el comercio interno, mediante la obten-

ción a través del procedimiento para la imposición de derechos antidumping y compensatorios, de los secretos del solicitante. Aquí se recoge lo expresado por el actor respecto de un concepto que si bien se efectuó a la luz del artículo 38 de la Constitución derogada, es válido frente a lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta vigente, al señalar: "Confidencialidad en el Decreto 1500 de 1990, la garantía de la confidencialidad para los documentos privados en las investigaciones sobre dumping y subvenciones es indispensable para que tales investigaciones tengan éxito. Pocas personas, en el país, pero sobre todo en el extranjero, darán informes sobre precios, costos de producción, etc. a las autoridades colombianas, si existe el riesgo de que sus competidores o terceros malquerientes, se enteren de ellos. Facultad para exigir documentos privados. Las autoridades, por supuesto, y el Incomex entre ellas, pueden exigir a los particulares la presentación de libros de contabilidad y anexos para las investigaciones sobre dumping y subvenciones porque se trata de un asunto de "tasación de impuestos" e "intervención del Estado". Uso de los documentos privados en la investigación. El inciso 3o. del artículo 29 del Decreto 01 de 1984 ordena que cuando en una actuación administrativa haya documentos que tengan carácter reservado, se haga con ellos cuaderno separado. Y el artículo 20 del mismo estatuto dispone que el carácter reservado de un documento no podrá utilizarse para enervar el ejercicio de las facultades constitucionales o legales de los órganos del poder público, cuando obren según las normas de procedimiento aplicables, pero estos conservarán el deber de mantener reserva. Autorización de uso público para documentos privados. Hay ocasiones, sin embargo, en que los particulares, en forma expresa o tácita, aceptan que se dé un uso público a sus documentos privados. Ello ocurre, por ejemplo, cuando los llevan a ciertos registros u oficinas que, por su organización legal, están abiertas al público, como es el caso de las Notarías, la Cámaras de Comercio, etc.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente No. 4834 Actor Hugo Palacios Mejía Autoridades Nacionales. Fallo.

El ciudadano HUGO PALACIOS MEJIA, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó la

nulidad de los artículos 16, 18, 26 numeral 11, 35 y 36 del Decreto 150 del 25 de enero de 1993, por medio del cual, el Gobierno Nacional reguló las disposiciones sobre derechos antidumping y compensatorios.

No observándose causal de nulidad alguna en el proceso, entra la Sala a dictar sentencia.

1. EL ACTO ACUSADO:

Se trata de los artículos 16, 18, 26 numeral 11, 35 y 36 del Decreto 150 de 1993, cuyos textos son los siguientes:

"ARTICULO 16. Derechos Provisionales. El Incomex, únicamente para impedir que se cause el perjuicio durante el plazo de la investigación podrá aplicar mediante resolución motivada solo susceptible de revocación directa, derechos provisionales si después de dar a la parte investigada oportunidad razonable de participar en la investigación, mediante el diligenciamiento de los cuestionarios que para el efecto envíe el Incomex, se llega a la conclusión preliminar de que existe "dumping" o subvención y existe prueba suficiente del consiguiente perjuicio".

"La cuantía de los derechos "antidumping" o compensatorios provisionales se señalará en la resolución que los fije y se pagarán cualquiera que sea el importador, sobre las importaciones de ese producto respecto de las cuales se haya concluido que se efectuaron a precio de "dumping" o con subvenciones y que causen perjuicios a una producción en Colombia".

"Dichos pagos podrán suplirse mediante el otorgamiento de una garantía que se constituirá ante autoridad aduanera correspondiente, teniendo en cuenta el plazo señalado en la respectiva resolución emitida por el Incomex. Las garantías se regirán por lo dispuesto en las disposiciones aduaneras". "La resolución se publicará en la Gaceta del Ministerio de Comercio Exterior, Capítulo Incomex, debiéndose enviar inmediatamente copia de la misma a las personas indicadas en el inciso 2o. del artículo 29 del presente Decreto".

"ARTICULO 18.- Derechos por Importaciones Masivas o Incumplimientos. El Ministerio de Comercio Exterior podrá ordenar la aplicación de derechos definitivos así:

"1. Cuando se trate de importaciones masivas objeto de "dumpling" o con subvenciones a la exportación a las que se refiere el artículo 13 del presente

Decreto, despachadas para consumo 90 días antes de la fecha de imposición de los derechos provisionales, pero en ningún caso antes de la fecha de la publicación de la resolución de apertura de la investigación en los casos de "dumping" o antes de la fecha de la invitación a celebrar las consultas a que se refiere el artículo 28 del presente Decreto".

"2. Cuando se presenten incumplimientos en las manifestaciones de intención que se hubieran aceptado conforme a lo previsto en el artículo 14 del presente Decreto, sobre las importaciones despachadas para consumo en los 90 días anteriores a la fecha del establecimiento de los derechos provisionales, pero en ningún caso antes del incumplimiento".

"ARTICULO 26. Requisitos de la Petición. La solicitud a que se refiere el artículo anterior deberá presentarse por escrito, conforme al Código Contencioso Administrativo y contendrá, además como mínimo, las siguientes precisiones:

"11. Identificación de la documentación confidencial y resumen o versión no confidencial de tal documentación".

"ARTICULO 35. Reserva de Documentos Confidenciales. El Incomex, al iniciar la actuación, hará cuaderno separado para llevar en él los documentos que las autoridades, el peticionario o las partes con interés legítimo hayan determinado que tengan tal carácter. Tales documentos recibirán tratamiento de confidenciales, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y no podrán ser registradas sino por las autoridades".

"Quienes aporten documentos pueden renunciar a la confidencialidad, en escrito dirigido al Incomex. Este solicitará que se envíen resúmenes no confidenciales de ellos y si tal solicitud no fuere atendida, quien la desatienda explicará sus motivos".

"El carácter reservado de un documento no será oponible a que las autoridades lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a las autoridades asegurar la reserva de tales documentos cuando lleguen a conocerlos en el curso de los procedimientos a los que se refiere este Decreto".

"ARTICULO 36. Acceso al Expediente. Cualquier persona podrá tener acceso a los documentos no confidenciales de que trata este Decreto; y tiene derecho a que se expidan copias en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo".

LA DEMANDA

El accionante pretende la nulidad de los artículos antes transcritos, formulando en tres cargos la inconstitucionalidad e ilegalidad de éstos, así:

Primer cargo. Los artículos 26 numeral 11, 35 y 36 del Decreto 150 de 1993, violan por falta de aplicación, los artículos 2, 13, 15, 29, 74 y 209 de la Constitución Nacional, así como el artículo 29 inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo.

Acusa el actor estas disposiciones de impedir a los exportadores e importadores colombianos, que puedan resultar afectados por la imposición de derechos antidumping, de conocer todos los documentos que presentan a las autoridades las personas que solicitan la imposición de estos derechos, desconociendo de esta manera uno de los fines del Estado, cual es, el de "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan" (artículo 2 de la C.N.).

Igualmente manifiesta su inconformidad con el privilegio que se concede a quienes solicitan la imposición de derechos antidumping, "de fundar su petición en documentos que sólo puedan registrar las autoridades, es decir, que permanecen en secreto para otros", porque, además de quebrantar principios constitucionales como los de la igualdad, publicidad e imparcialidad que deben orientar el ejercicio de la función pública, colocan en ventaja al peticionario y a las partes que solicitan la confidencialidad respecto de determinados documentos, frente a quienes tendrían interés en controvertirlos (artículo 13 y 209 de la C.N).

De igual manera, se acusan estas disposiciones de ser abiertamente contrarias al derecho fundamental del *hábeas data*, al impedir en este caso, a los exportadores e importadores colombianos acusados de prácticas desleales o que le causan perjuicios a la industria nacional, de conocer, actualizar y rectificar la información contenida en los documentos, con base en los cuales, quienes solicitan la imposición de derechos antidumping sustentan sus peticiones. Concluye, que el artículo 15 de la Constitución Nacional no dispuso "que una persona pueda pretender perjudicar a otra, y utilizar para ello sus documentos reclamando el privilegio de la confidencialidad".

Además, se vulnera el debido proceso "y por sobre todo, la publicidad y posibilidad de contradicción de la prueba" derechos que garantiza la Constitución Nacional para toda clase de actuaciones administrativas. (Artículo 29 de la C.N.). Al respecto precisa: "Las normas que acuso buscan, pues, que haya "pruebas documentales secretas", conocidas sólo por las autoridades, o por éstas y el peti-

cionario o alguna de las partes. Estas normas pueden llevar a que las personas a las que se acusa de prácticas comerciales desleales, y de ocasionar perjuicios, y contra las cuales se solicita la imposición de derechos antidumping, no puedan conocer todos los documentos que se utilizan contra ellos".

Por otra parte, afirma que el Decreto 150 de 1993 no es una ley ni en sentido formal, orgánico, ni material, sino que, se funda en las Leyes 49 de 1981 y 7a de 1991 que de ninguna manera, autorizan al gobierno para crear excepciones, al principio según el cual, todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos. Según esto, es claro, que las normas acusadas no podían crear excepciones, porque como lo dispone la Constitución Nacional en el artículo 74, éstas sólo se admiten en tanto que la ley las establezca. Además. "La Corte Constitucional ha dicho, con toda razón, que el concepto de "documento Público", en el artículo 74, comprende todos aquellos que están en poder de las autoridades".

Agrega el actor, que las normas acusadas "transfieren a las autoridades, a los peticionarios y a las partes que intervienen en la actuación, la posibilidad de determinar, por sí y ante sí, cuáles documentos deben permanecer confidenciales" determinación que a su vez debe ser respetada por las autoridades. De manera que sólo en el evento previsto en el artículo 35 del Decreto demandado, se les permite a las autoridades "estar en desacuerdo con la calificación que hagan las partes de sus documentos", para "pedirles que presenten resúmenes no confidenciales de ellos". "Y si las partes deciden no atender su invitación, las autoridades no pueden tomar medida alguna, pues la norma sólo obliga a quien se resiste a facilitar la publicidad de los documentos que allega, a explicar sus razones.

Por último estima que las disposiciones acusadas "impiden a todos quienes participan en la actuación antidumping" como a quienes no participan en ella, de "conocer todos los documentos que aparecen en el expediente", circunstancia que contradice lo establecido en el inciso 3o. del artículo 29 del C.C.A.

Cargo segundo. El artículo 18 del Decreto 150 de 1993 viola por falta de aplicación los artículos 29 y 363 de la Constitución Nacional.

Considera el demandante que el artículo 18 del mencionado decreto, vulnera el artículo 29 de la Constitución Nacional, que es aplicable a las actuaciones administrativas, al permitir que se imponga retroactivamente las sanciones previstas por competencia desleal a los exportadores e importadores colombianos, cuando el precepto constitucional prohíbe aplicar de esta forma las sanciones cuando dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le

imputa..." Al respecto afirma: "El cobro de Derechos antidumping a mercancías que ya se habían despachado para el consumo antes de que se establecieran los derechos mencionados es, a simple vista, cobro retroactivo de tales derechos".

De la misma manera, si los derechos antidumping y compensatorios "son un tributo que se asimila y cobra, según afirma el artículo 22, inciso tercero, del decreto, como gravámenes arancelarios", el mencionado artículo 18 viola flagrantemente el artículo 363 de la Constitución Nacional que "prohíbe aplicar una ley tributaria en forma retroactiva".

Tercer cargo. El artículo 16 del Decreto 150 de 1993, viola por falta de aplicación los artículos 224 de la Constitución Nacional, 1o. de la Ley 49 de 1981 (Anexo 1 notas y disposiciones suplementarias al artículo VI párrafo 2 del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio), y el artículo 29 de la Ley 7a de 1991.

Afirma el actor que por la Ley 49 de 1981 se aprobó el "Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio" (GATT), que aunque contempla el tema del dumping, no desarrolló el de los derechos provisionales, por lo que la comunidad internacional ante la insuficiencia de dicho Acuerdo, suscribió dos nuevos Tratados que desarrollan e interpretan varios de sus artículos, entre los cuales está, el "Acuerdo Relativo a la Interpretación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio".

Teniendo en cuenta lo anterior, si el propósito del gobierno era el de aplicar estos Tratados como se desprende de los considerandos 3 y 4 del Decreto 150 de 1993, éste ha debido, si quería utilizar la facultad de aplicación provisional prevista en el artículo 224 de la Constitución Nacional, "haber producido un acto previo declarándolo así, a partir de cuya expedición estaba obligado a presentar el proyecto al Congreso", requisitos estos que no se cumplieron, como lo demuestra el certificado expedido por la Cancillería.

Además, en el supuesto de que el mencionado Acuerdo "hubiera sido aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente, también el artículo 16 del Decreto 150 de 1993, sería inconstitucional e ilegal, porque el Acuerdo se refiere sólo a derechos provisionales en el caso de subsidios, y el artículo 16 los aplica, también en el caso de dumping".

En consecuencia, el gobierno puso tácitamente en aplicación dicho Acuerdo, sin que éste sea "fuente alguna de atribuciones para el gobierno, porque el Congreso no lo ha aprobado".

Por otra parte, el Gobierno violó lo dispuesto en el Anexo 1, con notas relativas al Artículo VI, párrafo 2, del "Acuerdo General sobre Aranceles Aduanas y Comercio (Gatt), al establecer en el artículo 16 del Decreto 150 de 1993, la imposición de derechos provisionales "que sólo es posible con carácter definitivo una vez comprobados los hechos que constituyen un dumping o una subvención, a no ser que las partes contratantes acuerden otra cosa, mediante un tratado. Mientras tanto, sólo pueden exigirse garantías razonables".

Por último alega la violación del artículo 29 de la Ley 7a. de 1991, que el gobierno invocó "como origen de sus facultades", por cuanto éste "lo obligaba a respetar los tratados internacionales, entre ellos el del (GATT). No le permitía, por tanto, aplicar tratados que, aunque regulan algunas de las materias contempladas en el GATT, contienen disposiciones que la comunidad internacional ha juzgado que merecen regulación especial, en tratados distintos de aquel".

Oposición a la demanda. La entidad demandada mediante apoderado judicial debidamente constituido, se opone a las pretensiones de nulidad del decreto acusado que impetra la demandante, exponiendo básicamente que:

1. Se aparta de la noción de documento público dada por la Corte Constitucional, al interpretar el artículo 74 de la Constitución Nacional, y aducida por el demandante, para concluir en que, como lo dispone la Ley 153 de 1887 "las palabras de la ley han de entenderse en su sentido natural y obvio, a menos que el legislador haya consagrado una definición especial y que en relación con la expresión "documento público" no se ha producido definición legal diferente", a las contenidas en el C. de P.C. y C. de P.P.

2. Sostiene que el desarrollo legal que ha tenido el derecho de petición, no tuvo modificaciones sustanciales con la expedición de la Constitución de 1991.

3. Que las normas generales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se hallan contenidas en la Ley 7a de 1991, ley marco de comercio exterior, y más exactamente en el artículo 10 que le impuso la obligación al Gobierno de "proteger la producción nacional", dotándolo de "grandes instrumentos legales para fijar los requisitos, factores y procedimientos necesarios para el logro de tal cometido: es decir, lo faculta para instrumentar todo el código "antidumping" y subsidios- formas de competencia desleal-, tanto en su aspecto sustantivo, como procedimental y sancionatorio".

En este punto se hace énfasis en que los decretos que expide el Gobierno para reglamentar una ley marco "son leyes en sentido material", en razón a que el Go-

bierno, por voluntad del constituyente, adquiere una competencia amplia "para expedir normas relacionadas con los asuntos que la misma Constitución previamente determinó, y que de ordinario correspondería expedir al legislador". Para corroborar lo anterior, transcribe algunos apartes del salvamento de voto del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en sentencia del Consejo de Estado, del 14 de enero de 1991, en el que se expresa que "cuando el Gobierno reglamenta una ley marco, colegisla o comparte el poder legislativo con el Congreso, por permisión constitucional, pudiendo con sus reglamentos modificar o derogar la legislación preexistente".

En consecuencia, el Gobierno Nacional contaba con la facultad legal expresa para "...determinar la imposición de gravámenes o derechos provisionales o definitivos" con el objeto de prevenir y contrarrestar las prácticas desleales contra la producción nacional.

Contra los cargos invocados por el demandante, propone las siguientes excepciones:

"A. INEXISTENCIA DE INFRACCION POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 2, 13, 15, 29, 74 Y 209 DE LA CONSTITUCION POLITICA". Para hacer oposición al cargo planteado por el demandante se estima, que el carácter reservado que le otorga el decreto acusado en los artículos 26, 35 y 36 a ciertos documentos confidenciales, se ajusta a la legislación comercial y penal que no sólo otorga el carácter de reservados a ciertos documentos, sino que también, a manera de protección señala las sanciones para quienes violen la reserva de los mismos.

Igualmente, para desvirtuar la interpretación de la Corte Constitucional respecto del artículo 74 de la Constitución Nacional expuesta en la sentencia del 28 de julio de 1992, Magistrado Ciro Angarita Barón, la demandada transcribe algunos apartes de la sentencia del 15 de enero de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, con ocasión de la acción de tutela impetrada por Bavaria S.A, contra el Ministerio de Hacienda, así como la transcripción de algunos apartes de conceptos emitidos por el actor en los que "señaló enfáticamente la necesidad del tratamiento confidencial para la información aportada en el curso de las investigaciones por prácticas desleales".

También transcribe algunos apartes del mismo fallo de la Corte Constitucional, en los que se señala "que si bien es cierto que una aplicación sistemática de la Ley 57 de 1985 permite concluir que para ella, documento público es todo documento que reposa en las oficinas públicas", "la misma ley contempla algunos

casos en que esos documentos, a pesar de reposar en las oficinas públicas, están sometidos a reserva".

En consecuencia, si la misma Ley 57 en el parágrafo del artículo 19 establece como excepción, el carácter de reservado de ciertos documentos dentro de una investigación administrativa, como sería la que se adelante por prácticas desleales de comercio internacional, con ella no se está cercenando el derecho a la legítima defensa, toda vez que el mismo Decreto 150 "obliga a que se comunique a la parte investigada el inicio de la investigación, las acusaciones en su contra" y "los plazos en que podrá desvirtuarlas".

En conclusión, la demandada encuentra errada la interpretación del demandante en el sentido de considerar que el decreto acusado viola principios y derechos constitucionales, al permitir que el carácter de reservado de un documento lo determine la apreciación subjetiva de quien lo aporta o de la autoridad que lo recibe, pues el artículo 35 del mismo decreto dispone que "tales documentos recibirán tratamiento de confidenciales de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política".

Al efecto, transcribe apartes del concepto emitido por el actor el 25 de julio de 1990, dirigido a la Ministra de Desarrollo Económico y al Director del Incomex, en el cual en su página 29, párrafo numerado como 42, titulado Confidencialidad en el Decreto 1500 de 1990, se afirma:

> "La garantía de la confidencialidad para los documentos privados en las investigaciones sobre "Dumping" y Subvenciones es indispensable para que tales investigaciones tengan éxito. Pocas personas en el país, pero sobre todo en el extranjero, darán informes sobre precios, costos de producción etc, a las autoridades colombianas si existe el riesgo de que sus competidores o terceros malquerientes se enteren de ellos".

B. INEXISTENCIA DE INFRACCION POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 29 Y 363 DE LA CONSTITUCION POLITICA".

Se sostiene que en manera alguna el artículo 18 del Decreto 150 de 1993 viola los artículos 29 y 363 de la Constitución Política, toda vez que con esta norma se pretende, "en cumplimiento del mandato de la Ley 7a de 1991", establecer mecanismos de control a las importaciones masivas, sancionando al importador que "para eludir los derechos que pudieran imponerse, nacionaliza cantidades considerables de un producto después de conocer el inicio de una investigación de carácter administrativo por "dumping" o subsidios contra el producto en cuestión". Igual-

mente, busca evitar que la ley se burle como que se dilaten las investigaciones, imponiendo sanciones a los que incumplen el compromiso voluntario de suspender la práctica desleal.

Se apoya, nuevamente, en el concepto citado en el acápite anterior, en el cual el actor al referirse a la naturaleza de los derechos "antidumping y compensatorios", señaló:

"45- **Naturaleza Jurídica de los derechos**. Los derechos anti "dumping" y compensatorios son cargas de naturaleza tributaria en la mayoría de los casos, aunque, eventualmente , pueden considerarse como multas o sanciones" (p. 35).

"44.4- **Consecuencias del incumplimiento**. Son dobles: de una parte, las autoridades pueden reanudar la investigación que había concluido; de otra, pueden imponer derechos definitivos, como sanción, sobre las importaciones realizadas después del incumplimiento. (p. 33).

"45.2- **Los derechos como sanción**. Atrás hubo oportunidad de señalar un caso en el que los derechos no son una carga tributaria sino una verdadera sanción; ello ocurre cuando habiendo habido una investigación en la que se decidió no cobrar derechos porque algunos interesados hicieron manifestaciones de intención aceptables para el Ministerio de Desarrollo, los interesados incumplen tales manifestaciones. En ese caso, el artículo 25 de Decreto 1500 de 1990 autoriza cobrar derechos definitivos, es decir, en firme, sobre las importaciones que se despacharon para el consumo después del incumplimiento, y dentro de los 90 días anteriores a la imposición de los derechos provisionales que se establezcan al reanudar la investigación. El carácter sancionatorio de tales derechos se advierte al observar que solo proceden cuando hay un incumplimiento, y por hechos posteriores al incumplimiento; y que se aplican aunque en el momento en el que el incumplimiento tuvo lugar no hubiesen estado vigentes derechos provisionales ni definitivos" (pag. 36).

"C. INEXISTENCIA DE INFRACCION POR FALTA DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 224 DE LA CONSTITUCION POLITICA; 1o. DE LA LEY 49 DE 1981, ANEXO 1, NOTAS Y DISPOSICIONES SUPLEMENTARIAS AL ARTICULO VI, PARRAFO 2, DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO, Y 29 DE LA LEY 7a DE 1991".

Afirma que el artículo 16 del Decreto 150, no viola el artículo 224 de la Constitución Nacional, por cuanto, ni el "Acuerdo Relativo a la interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI, XXIII (llamado Código de Subsidios), ni el

"Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI (llamado Código "Antidumping"), son tratados adicionales al GATT, y por tanto, si son interpretaciones y extensiones del articulado de dicho Acuerdo "no requieren aprobación del Congreso". Por el contrario, "si fueran tratados adicionales al Acuerdo General, como lo plantea el demandante en su escrito, sí debería contar con este requisito.

Por otra parte, si en los considerandos del decreto acusado, se señala la adhesión de nuestro país a los Acuerdos de interpretación y aplicación del GATT, es "irrelevante para este debate", si éstos se aprobaron o no por el Congreso, porque "de ninguna manera puede entenderse que el legislador apelaba a facultades provenientes de dicha adhesión, cuando sabía que su autonomía derivaba de un mandato imperativo, del artículo 10 de la Ley 7a de 1991".

Como sustento de lo anterior, utiliza apartes del ya indicado concepto del actor del cual transcribe el contenido en el punto 14, en el cual se expresa:

> "14. Alcance de la facultad de la Ley 48 de 1983. Es obvio que la facultad que confiere al Gobierno la Ley 48 de 1983 tiene que ser algo más que una facultad para reglamentar la Ley 49 de 1981, puesto que la facultad reglamentaria la tenía ya el presidente por virtud del numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política. Debe entenderse, entonces, que el Congreso quiso darle al Gobierno facultades adicionales a las que ya tenía en virtud de la capacidad de reglamentar la Ley 49 de 1981".

Frente a la violación del artículo 1o. de la Ley 49 de 1981 que acusa el actor, considera que la norma acusada es legal y válida por ser desarrollo de la ley marco de comercio exterior -Ley 7a de 1991- que autoriza "de manera expresa el cobro de derechos provisionales" (artículo 10 inciso 2o.). Además, si la misma norma acusada prevé la imposición de garantías razonables, esto no implica que las dos formas que se señalan a manera de ejemplo sean impuestas.

Tampoco hay violación del artículo 29 de la Ley 7a de 1991, pues el Gobierno al desarrollar esta Ley, no se apartó de los principios contenidos en el GATT, ni de los tratados y convenios internacionales celebrados por nuestro país.

Por último, añade una interpretación al mencionado artículo de la Ley 7a., para explicar que esta norma "prevé la coexistencia de normas de derecho interno con normas de derecho internacional", que "frente a una eventual incompatibilidad se han de aplicar a cada caso en particular según correspondan". Entonces, si el caso en estudio se relaciona con un país miembro del GATT, "la norma aplica-

cable será la de ese organismo internacional", y en su defecto, se aplica la norma nacional.

PARTE COADYUVANTE:

El ciudadano GILBERTO EDUARDO SANCLEMENTE ALZATE, actuando en nombre propio y en ejercicio del derecho de acción que le confieren los artículos 40, numeral 6o de la Constitución Nacional, y 84 y 146 del C.C.A. solicitó intervenir como parte coadyuvante de la demanda de nulidad, impetrada contra los artículos 16, 18, 26 numeral 11, 35 y 36 del Decreto 150 de 1993.

Para el efecto manifiesta compartir la totalidad de los cargos expuestos por el actor, haciendo énfasis, principalmente, en la inaplicabilidad de los tratados atrás mencionados, para formular un único cargo de violación por falta de aplicación del artículo 224 de la Constitución.

Explica, que tal como lo disponen los considerandos del decreto, así como las normas acusadas, es claro, que el Gobierno aplicó sin haber sido aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República, dos tratados celebrados por las partes contratantes del " Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" (GATT), que regulan el " dumping" : el " Acuerdo Relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" que constituye el Código Antidumping, y el " Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio" .

Su afirmación la fundamenta en la certificación del 1o. de junio de 1993, suscrita por la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual se dice que " Colombia no ha suscrito, aceptado o adherido a ningún " Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo general sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" , como tampoco se " ha sometido a consideración del Congreso, hasta el momento" , " ni tiene previsto hacerlo, salvo que la Presidencia de la República y el Ministerio de Comercio Exterior así lo propongan" .

En consecuencia, si el Presidente de la República quería dar aplicación provisional a dichos tratados, ha debido cumplir con las previsiones del artículo 224 de la Constitución Nacional.

Por último observa, que las normas de la Acuerdos incorporadas al decreto acusado, violan el artículo 29 de la Constitución Nacional, porque " tienden a dar el carácter de " pruebas" a informaciones secretas" .

ALEGATOS DE CONCLUSION:

El Demandante:

Con similares argumentos a los expuestos en el escrito de demanda, el actor controvierte en esta instancia el auto de 25 de junio de 1993, proferido por esta Sala, en el cual, además de admitirse la demanda, se negó la suspensión provisional de los artículos acusados del Decreto 150 de 1993. Al respecto manifiesta:

1. Que la demanda no insinuó que los tratados (sobre subsidios y dumping) "no se hubieran presentado al Congreso: lo afirmé categóricamente", con base en la certificación que obra en el expediente, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Subsecretaría Jurídica, de fecha 24 de marzo de 1990, en la que se dice que el "Acuerdo Relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI, XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio "fue aceptado por Colombia el 7 de mayo de 1990 y que entró en vigor el 6 de junio del mismo año", y cómo hasta el momento, "no se ha sometido a la aprobación del Congreso de la República".

Igualmente estima que su afirmación adquiere mayor relievancia si se tiene en cuenta, la certificación del 1o. de junio de 1993 suscrita por ese mismo Ministerio y aportada por la parte coadyuvante, en la que se dice que "no existe tratado vigente para Colombia que regule expresamente el dumpling o los derechos antidumping".

De acuerdo con lo anterior, el actor concluye en que "el Gobierno, para completar aquellas autorizaciones legales que no le daba la Ley 7 de 1991, dio aplicación a tratados no aprobados por el Congreso", violando el artículo 224 de la Constitución.

2. Reitera que la mayoría de veces los derechos antidumping y compensatorios son impuestos, y excepcionalmente, sanciones, para manifestar que en uno y otro caso, la Constitución sólo permite su creación por la ley, no por actos distintos, y que tales leyes no pueden autorizar su retroactividad. Por lo tanto, si el Decreto 150 de 1993, es un acto administrativo, y no una ley como lo sostiene el apoderado de la demandada, éste no podía crear regímenes sancionarios, ni mucho menos establecer sanciones con efectos retroactivos. De la misma manera, en el caso de que los derechos antidumping y compensatorios fueran impuestos y no sanciones, tampoco cabría la posibilidad de cobrarlos retroactivamente, teniendo en cuenta las prohibiciones de los artículos 363 y 338 de la Constitución, pues "La Constitución de 1991 extendió, explícitamente, a las actuaciones penales ad-

ministrativas, el principio de legalidad y el de irretroactividad de las sanciones que, hasta ese momento, según un respetable sector de la jurisprudencia colombiana, no se aplicaba sino en materia de juicios penales". Para sustentar este cambio jurisprudencial, transcribe algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional -T-473- del 28 de julio de 1992, en la cual se exponen los alcances del artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia a diferencia de lo que ocurre con los delitos y las contravenciones, es inconstitucional "cobrar derechos antidumping o compensatorios sobre mercancías despachadas para el consumo antes de la fecha de imposición de derechos provisionales" en cuanto implican un efecto retroactivo, "es decir, equivale a modificar los efectos que podían preverse y evitarse al hacer las operaciones de comercio exterior"; pero que, cuando se trata de imponer derechos antidumping por violación de compromisos, la situación es bien diferente, porque de antemano desde la celebración del compromiso, se ha anunciado su imposición ante un eventual incumplimiento.

3. Respeta la posición asumida por la demandada de no compartir el criterio expuesto por la Corte Constitucional, respecto de lo que se entiende por documentos públicos, pero advierte que esta posición "no es caprichosa: ella refleja un principio de nuestro derecho administrativo, que aparece explícito en el artículo 19 del Decreto 1 de 1984".

En consonancia con lo anterior, las estipulaciones previstas en los artículos 35 y 36 del Decreto 150 son inconstitucionales al permitir, por una parte, que las autoridades, el peticionario o las partes con interés legítimo puedan determinar si un documento tiene o no carácter reservado, cuando "La Constitución defiere a la ley la definición de cuáles documentos son reservados (artículo 74)", y por otra, al impedir que el público conozca los documentos que éstas han determinado que son confidenciales.

En este punto, aclara el actor que no se opone a que ciertos documentos tengan el carácter de reservados, sino a que su determinación no se haga por ley, sino por un decreto, y que éste a su vez delegue en las autoridades, y en los particulares "la capacidad de determinar si un documento debe tratarse como confidencial o como público".

4. Como consecuencia de lo anterior, también son inconstitucionales los artículos 26, numeral 11 y 35 del Decreto 150, al impedir que los documentos determinados por las partes como confidenciales, no puedan ser de conocimiento de la parte contra la cual se presentan, sobre todo "si tales documentos van a usarse

como pruebas". La Constitución y la ley no permiten "que un informe anónimo se considere como prueba contra una persona", pues éste no puede tener "más efecto que los de llevar al funcionario a buscar las pruebas que lo confirmen, para con base en éstas, y no en el informe anónimo, imponer una sanción".

Concluye que el decreto acusado, no distingue entre documentos confidenciales destinados a servir como informes, y los destinados a servir como pruebas. Todos los documentos con carácter confidencial aportados al proceso de investigación antidumping, quedan entonces destinados a ser pruebas secretas, atentando contra los derechos contenidos en los artículos 2, 13, 15, 209 y sobre todo contra el 29 de la Constitución Nacional que garantizan a toda persona el derecho a "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

5. Por último se refiere a la naturaleza jurídica del Decreto 150 de 1993 para manifestar, que aunque en el escrito de contestación de la demanda se afirma, que este decreto se expidió en desarrollo del artículo 10 de la Ley 7a de 1991, ley marco de comercio exterior, es claro, que estos decretos a pesar de tener un alcance superior a los que se dictan en ejercicio de la potestad reglamentaria, son actos administrativos.

De otra parte estima el actor, "si el gobierno desea modificar las normas legales sobre sanciones, pruebas y publicidad de documentos, para adecuarlas a los tratados internacionales sobre dumping y subvenciones, necesita que el Congreso expida una ley sobre la materia o que, por medio de ley, apruebe los tratados respectivos".

En consecuencia, las normas del decreto acusado reproducen los tratados invocados en los considerandos, en materias que la Constitución reservó expresamente al legislador y que éste no se puede suplir con "decretos que se expiden con facultades de leyes marco".

No acepta la tesis según la cual "habiéndose aprobado por el Congreso el Acuerdo GATT, todos los que promueve la Secretaría de ese Acuerdo se entienden aprobados también...", porque como lo expresó el demandante en un concepto emitido en julio de 1990, los códigos de dumping y subsidios "tienen autonomía como tratados internacionales, y por eso la adhesión de Colombia al Acuerdo no se extiende automáticamente a ellos...".

La Demandada:

El apoderado de la nación en sus alegatos de conclusión, reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Reafirma que el Decreto 150 de 1993 fue expedido por el Gobierno Nacional, para desarrollar la Ley marco de comercio exterior -Ley 7a de 1991- sin que por ello se afecten los convenios y acuerdos internacionales celebrados o que celebre nuestro país.

Explica en detalle cada uno de los considerandos del mencionado decreto, para concluir en que el propósito de éste no fue el de desarrollar o reglamentar la normatividad internacional, sino dar cumplimiento a la voluntad del legislador contenida en la disposición del artículo 10 de la Ley 7a de 1991, así como en " ...adecuar la legislación nacional a los cambios de comercio internacional, con el fin de contrarrestar los perjuicios a la producción nacional derivados del " dumping" o de las subvenciones, mediante la imposición de derechos " antidumping" o " compensatorios" . Igualmente, responde " a la política gubernamental general de adecuación de las instituciones al reciente proceso de apertura económica e internacionalización del intercambio comercial, como también al establecimiento de un " control sobre las prácticas desleales de comercio" que " debe existir en nuestro mercado libre, independientemente de la circunstancia de que seamos o no parte del GATT" .

Comenta además en contra de lo expuesto por el coadyuvante y el actor, que a partir del Acuerdo logrado dentro de la Ronda Uruguay, han desaparecido del contexto internacional los Acuerdos Relativos a la aplicación del Gatt, dejando sin sustento que éstos son tratados adicionalmente.

Frente a la violación del debido proceso aducida por el actor, la demandada hace un análisis de esta garantía a la luz de la preceptiva del decreto, señalando en primer término, que la aplicación retroactiva de sanciones no se da, por cuanto, " el importador sabe y conoce de antemano que si realiza la conducta prevista en el artículo 18" del decreto, " ha de someterse a la sanción allí determinada" . Esta sólo se daría " en el evento en que la norma legal exigiera la aplicación de los mismos derechos a importaciones realizadas antes de su expedición" . Además resulta conveniente que se establezcan derechos " antidumping" o compensatorios que permitan combatir y prevenir la existencia de prácticas desleales, en procura de garantizar una sana competencia en el mercado internacional.

En segundo lugar, que el mismo decreto contempla mecanismos de control al poder de la administración en garantía del debido proceso, como el previsto en el artículo 18 que establece " que una persona distinta de quien adelante la investigación sea quien ordena la aplicación de derechos definitivos" , o como lo prevén los artículos 28 y 24 que impiden que se impongan derechos definitivos " antes de la publicación de la resolución de apertura de la investigación en los casos de

"dumping", o antes de la fecha de invitación a celebrar consultas o del incumplimiento "en las manifestaciones de intención que se hubieran aceptado".

En definitiva considera que la reglamentación cuestionada, es acorde con el debido proceso que garantiza la Constitución, porque tanto las etapas de investigación como en las de pruebas, revisión, aprobación y determinación de las sanciones, obedece "a criterios y principios claros que aseguran un eficaz y transparente procedimiento de la administración".

Por último, en relación con el tema de la confidencialidad de los documentos aportados a la investigación, transcribe algunos apartes de la ya mencionada sentencia de la Corte Constitucional, para concluir en que no se "pretende cosa distinta a proteger dentro del proceso investigativo que reglamenta el estatuto "antidumping", la reserva legal que ampara ciertas informaciones de los particulares cuando considera que tales informaciones tienen para su propietario una excepcional importancia y por ello requieren de un mayor grado de protección". El éxito, de una investigación por prácticas desleales, así como su transparencia para adoptar una decisión más justa, depende en parte, de que se garantice "la reserva que existe por ley sobre determinada información", sin que por ello se vulnere el artículo 74 de la Constitución Política.

En esta etapa procesal no hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Procede la Sala a decidir de fondo sobre las normas cuya nulidad ha sido solicitada por vulnerar disposiciones constitucionales y legales, previas las siguientes consideraciones.

Antecedentes del Decreto 150 de 1993

Mediante la Ley 49 de 1981 se aprobó el "Protocolo de Adhesión de Colombia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio-Gatt", instrumento jurídico de carácter multilateral cuyo objetivo fundamental comprende "la elevación de los niveles de vida y desarrollo progresivo de las economías de todas las partes contratantes", así como la eliminación de los obstáculos que impiden al comercio internacional, su crecimiento, fortalecimiento y liberación. (Artículo XXXVI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT), Acuerdo que distingue entre otras disposiciones las referentes a los fenómenos del "dumping", subsidios, primas o subvenciones, consagrando a su vez los correctivos aplicables para contrarrestar los efectos nocivos a la producción nacional,

como son los derechos "antidumping y los compensatorios, respectivamente, (Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT).

Posteriormente, se expide la ley marco de comercio exterior, 7a del 12 de enero de 1991 "por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país...".

A fin de regular las disposiciones sobre derechos "antidumping" y "compensatorios", el Presidente de la República, "en uso de sus facultades constitucionales, en especial de las que le confiere el artículo 189 ordinal (sic) 11 de la Constitución Nacional, de conformidad con la Ley 49 de 1981, y en desarrollo del artículo 10 de la Ley 7a de 1991" expide el Decreto 150 de 1993.

Derogatoria del Decreto 150 de 1993.

El Decreto 150 de 1993 fue derogado de manera expresa por el artículo 49 del Decreto 299 de 1995 -Diario Oficial del 13 de febrero de 1995- el cual dispuso:

> "El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto 150 de 1993".

Lo anterior no impide un pronunciamiento de mérito sobre los cargos de nulidad, tal como lo ha dicho la Sala Plena del Consejo de Estado y lo ha sostenido reiteradamente esta Sección.

En efecto, en sentencia proferida el 14 de enero de 1991, expediente S-157 dijo la Sala Plena.

> "Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929. Sala de lo Contencioso Administrativo).
>
> "La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente

994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387-10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

"Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

"Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

"Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencia de 9 de julio de 1987. Expediente E-102. 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

"Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última o, a *contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno y otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

"Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violatoria, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

El Dumping

En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, ésta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado -vendedores- tienen una misma pretensión, vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la

libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último imponiendo derechos para el dumping y las subvenciones.

Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque existe un interés general en la prevalencia de ese orden.

En su definición más elemental se entiende por dumping la discriminación de precios entre dos mercados[1]. El dumping surge de la relación entre el precio interno y el de exportación, ya que la lógica indica que el exportador está dispuesto a vender internacionalmente a un precio igual o superior al interno, y no a uno inferior, si no existen razones especiales que justifiquen llevar a cabo la operación en tales condiciones. El precio interno es, precisamente, el que permite a un país y a sus hombres de empresa impulsar sus exportaciones, si éste está en condiciones de competir frente a los existentes en otro mercado, y no a la inversa, porque cuando esto sucede, la operación es la contraria, importar, pues si opta por exportar se provoca la desorganización de otro mercado, y esta operación se denomina dumping.

De otra parte, se trata de precios en el mercado interno, no de precios con relación a los de producción. Si la comparación con éstos fuera de recibo, podía darse el caso del exportador que renunciara al margen de utilidad, o a parte de ella, exportando a precio inferior al interno, pero superior al costo de producción, o inferior a éste, caso en los cuales tendría que aceptarse la no existencia del dumping. Pero no, el factor de utilidad no entra en juego. Si en su accionar particular este concepto es considerado o influye en su decisión, de todas maneras discrimina precios y realiza dumping. Por tanto, si el dumping es discriminación de precios entre mercados, hay un presupuesto necesario a cumplir para su verificación, el cual consiste en la comparación entre el precio interno y el de exportación, y si éste es inferior, se está en presencia de dumping, conducta desleal en el comercio internacional.

---

1. Cruz Santos Abel, en Temas de Economía Colombiana, Ed. Temis 2a. Ed. 1965. ct p. Chahín Lizcano Guillermo, en Comercio Exterior, Teoría y Práctica, Ed. Librería del Profesional, 1a Ed. 1987. p. 422.

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

"Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última o, a *contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno y otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

"Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violatoria, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

El Dumping

En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, ésta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado -vendedores- tienen una misma pretensión, vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la

libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último imponiendo derechos para el dumping y las subvenciones.

Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque existe un interés general en la prevalencia de ese orden.

En su definición más elemental se entiende por dumping la discriminación de precios entre dos mercados[1]. El dumping surge de la relación entre el precio interno y el de exportación, ya que la lógica indica que el exportador está dispuesto a vender internacionalmente a un precio igual o superior al interno, y no a uno inferior, si no existen razones especiales que justifiquen llevar a cabo la operación en tales condiciones. El precio interno es, precisamente, el que permite a un país y a sus hombres de empresa impulsar sus exportaciones, si éste está en condiciones de competir frente a los existentes en otro mercado, y no a la inversa, porque cuando esto sucede, la operación es la contraria, importar, pues si opta por exportar se provoca la desorganización de otro mercado, y esta operación se denomina dumping.

De otra parte, se trata de precios en el mercado interno, no de precios con relación a los de producción. Si la comparación con éstos fuera de recibo, podía darse el caso del exportador que renunciara al margen de utilidad, o a parte de ella, exportando a precio inferior al interno, pero superior al costo de producción, o inferior a éste, caso en los cuales tendría que aceptarse la no existencia del dumping. Pero no, el factor de utilidad no entra en juego. Si en su accionar particular este concepto es considerado o influye en su decisión, de todas maneras discrimina precios y realiza dumping. Por tanto, si el dumping es discriminación de precios entre mercados, hay un presupuesto necesario a cumplir para su verificación, el cual consiste en la comparación entre el precio interno y el de exportación, y si éste es inferior, se está en presencia de dumping, conducta desleal en el comercio internacional.

---

1. Cruz Santos Abel, en Temas de Economía Colombiana, Ed. Temis 2a. Ed. 1965. ct p. Chahín Lizcano Guillermo, en Comercio Exterior, Teoría y Práctica, Ed. Librería del Profesional, 1a Ed. 1987. p. 422.

La doctrina lo clasifica en depredatorio o corsario, el cual consiste en que el exportador tiene como propósito eliminar a sus competidores en el país importador; para lograr este propósito, impone sus propias reglas en el mercado. Conduce pues, a destruir la competencia; no existiendo, es fácil desde luego, imponer en forma amplia las conductas propias de gozar de posición de dominio en el mercado.

En permanente, cuando hay discriminación de precios de manera continua; sin embargo, para su estabilidad requiere que las condiciones económicas del país desde donde se realiza no sufran sustanciales modificaciones, porque de alterarse la estructura del mercado local, no podrá el exportador sostener los precios que le facilitan el dumping. A su vez, la permanencia indica que los precios existentes en el país importador son altos, y los empresarios no están en condiciones de reaccionar frente a la competencia externa, si no fuere así, rápidamente podrían acomodarse a los precios impuestos, lo cual equilibraría la competencia y por ende, las reglas del mercado.

En ocasional o esporádico, el cual se presenta en períodos relativamente cortos, obedeciendo a situaciones económicas meramente coyunturales del país exportador o del importador, como sucede, por ejemplo, cuando se presentan excesos en la producción, bienes no colocados en el mercado en períodos estacionales del país exportador, condiciones pasajeras que, desde luego, pueden inducir a exportar realizando el dumping ocasional.

De acuerdo a la forma de realizarse, lo clasifica en abierto, pues el precio de exportación se refleja claramente, por lo que la comparación de precios es fácil efectuarla: encubierto, realizado a través de maniobras bien planeadas que no permiten observar su configuración de manera rápida, como la disminución artificial de los precios en el mercado interno; directo, cuando el dumping se realiza desde el país de origen de la mercancía, e indirecto, cuando se ejecuta utilizando otro u otros países.

De otra parte, para que se configure la competencia desleal en la exportación a precios dumping, no importa ni la intención ni la forma como se realice. El ejercicio leal del comercio supone que los diversos concurrentes al mercado respeten las leyes que el mismo ha impuesto, y que en la búsqueda del mismo todos los participantes se encuentren en igualdad de condiciones, entendida ésta en cuanto estén ofreciendo a los distintos demandantes de los productos la misma calidad y precio, prerrequisito que no se cumple en la operación realizada en dumping, porque el exportador utiliza precios diferentes al asignado en su mercado interno en el juego libre de la oferta y la demanda, el cual debe regir la compraventa internacio-

nal. Por tanto, se genera desigualdad entre el exportador y el importador, la cual sólo se eliminaría si las tarifas aduaneras en el país importador fueran tan altas, que aún con dumping, la operación no le fuere favorable al exportador desleal.

Visto lo anterior, la Sala procede al examen de los cargos formulados por el actor, en el mismo orden propuesto, previo análisis de las excepciones formuladas.

El Asunto de Fondo

1o. Las excepciones Propuestas:

La parte demandada propuso como excepciones: a) Inexistencia de infracción por falta de aplicación de los artículos 2, 13, 15, 29, 74 y 209 de la Constitución Política, b) Inexistencia de la infracción por falta de aplicación de los artículos 29 y 363 de la Constitución Política y c) Inexistencia de la infracción por falta de aplicación de los artículos 224 de la Constitución Política; 1 de la Ley 49 de 1981, Anexo 1, Notas y Disposiciones Suplementarias al artículo VI, parágrafo 2, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, y 29 de la Ley 7 de 1991.

Para la Sala las hipótesis jurídicas que formula la parte demandada no constituyen medios exceptivos, sino un medio de defensa en sentido estricto. La excepción como lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la invocación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos orientados a destruir, modificar o paralizar sus efectos.

Los enunciados de las excepciones propuestas, ni son hechos nuevos ni modalidades de los mismos que puedan ser calificados como excepciones, pues están cualificando los que sirven de base a las pretensiones del actor, por lo que se trata de argumentos que recogen toda la defensa que deben ser despachados en el análisis de fondo que defina la controversia.

2o. Primer Cargo. El actor al proponer el cargo lo analiza desde dos ángulos diferentes: por la naturaleza del acto acusado, el cual califica de acto administrativo, y por la forma como trata el fenómeno de la confidencialidad.

En cuanto a lo primero, considera que si bien el artículo 74 de la Constitución garantiza a todas las personas el acceso a los documentos públicos, la ley puede establecer excepciones, pero el Decreto 150 de 1993, no es ley, en un sentido formal u orgánico, y no lo es en un sentido material; por tanto, no podían los artículos 26, numeral 11, 35 y 36 del precitado decreto, crear excepción alguna al artí-

culo 74 de la Carta, por no hacer parte de una ley; y porque la ley que sirvió de sustento para la expedición del Decreto 150 no contempló, ni podía contemplar, la posibilidad de tal excepción.

Sobre la naturaleza de los decretos que desarrollan las leyes Marco, se ha ocupado con detenimiento la doctrina y la jurisprudencia, y esta Sala, en jurisprudencia que se reitera, sobre el particular ha señalado:

"La naturaleza, características, alcances y nivel jerárquico de las leyes Marco, como de los decretos que las desarrollan o reglamentan, han sido suficientemente precisadas por la jurisprudencia y la doctrina y por ello, en esta oportunidad la Sala solamente hará referencia, al hecho de que, si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. Para el caso, sería como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidas por el propio legislador.

No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:

"3) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia".

"4) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley que se refieren a materias que no son objeto de regulación por el sistema de leyes marco. A título de ejemplo podemos citar el caso improcedente jurídicamente de que mediante un decreto dictado en virtud de la ley marco de

aduanas (por medio del cual se pueden modificar las tarifas del impuesto de aduanas) se pretenda derogar normas que regulan los impuestos de timbre nacional".

"5) Las disposiciones con fuerza de ley contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley contenidas en reglamentos legislativos que se refieran a materias distintas a las reguladas por la ley marco en que tienen su origen".

"Así por ejemplo, un reglamento legislativo sobre comercio exterior no puede afectar las normas del mismo carácter contenidas en un reglamento legislativo que regule materias aduaneras o referentes al crédito público". Sentencia de 20 de mayo de 1994. Expediente 5185, actor Luis Carlos Sáchica Aponte, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Además, este aspecto del cargo debe ser analizado y despachado, de igual manera, en consideración a la sujeción del derecho interno a lo dispuesto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT que en su artículo X, prescribe:

"Las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general que cualquier parte contratante haya puesto en vigor y que se refieran a la clasificación o al aforo aduanero de productos, a las tarifas de derechos de aduana, impuestos u otras cargas, o a las prescripciones, restricciones o prohibiciones de importación o exportación, o a la transferencia de pagos relativa a ellas, o a la venta, la distribución, el transporte, el seguro, el almacenamiento, la inspección, la exposición, la transformación, la mezcla o cualquier otra utilización de dichos productos, serán publicados rápidamente a fin de que los gobiernos y los comerciantes tengan conocimiento de ellos. Se publicarán también los acuerdos relacionados con la política comercial internacional y que estén en vigor entre el gobierno o un organismo gubernamentel de otra parte contratante. **Las disposiciones de este párrafo no obligarán a ninguna parte contratante a revelar informaciones de carácter confidencial cuya divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas**". (Subraya de la Sala).

Para la Sala las disposiciones sobre derechos "antidumping y compensatorios" que contiene el Decreto 150 de 1993, son prescripciones relativas a las importaciones, las cuales como lo ordena el Tratado, no pueden disponer la revela-

ción de informaciones confidenciales. Si esto fuera posible se convertiría en un obstáculo para el desarrollo y cabal cumplimiento de las normas sobre derechos "anti-dumping y compensatorios", y se lesionaría el interés legítimo de empresas públicas y privadas; piénsese por ejemplo, en una información básica para la comprobación de precios, como la referente a los costos, el *know how* o los secretos comerciales del solicitante, estudios de factibilidad, empréstitos negociados y contratos de adquisición de maquinaria conducentes a nuevos proyectos de inversión o a ensanches de plantas ya existentes, la cual cae bajo la privacidad que consagra el artículo 15 de la Carta Política. Además, la preceptiva para reprimir la competencia desleal en el comercio internacional, se tornaría en el mejor vehículo para lograr la desleal en el comercio interno, mediante la obtención a través del procedimiento para la imposición de derechos antidumping y compensatorios, de los secretos del solicitante.

La Sala en este punto acoge lo expresado por el actor en el precitado concepto, fls 134-136 c.p. -que si bien se efectuó a la luz del artículo 38 de la Constitución derogada, es válido frente a lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta vigente - al señalar:

> "42.- **Confidencialidad en el Decreto 1500 de 1990**, la garantía de la confidencialidad para los documentos privados en las investigaciones sobre dumping y subvenciones es indispensable para que tales investigaciones tengan éxito. Pocas personas, en el país, pero sobre todo en el extranjero, darán informes sobre precios, costos de producción, etc. a las autoridades colombianas, si existe el riesgo de que sus competidores o terceros malquerientes, se enteren de ellos. El Decreto 1500 de 1990 regula varios aspectos del asunto de la confidencialidad de los documentos privados, a saber: define ciertos documentos como privados, de acuerdo con la Constitución Política; establece una forma de solicitar y utilizar tales documentos durante la investigación; y regula el acceso de los particulares a los informes que llegan a la investigación.
>
> "42.1.- **Definición de una reserva constitucional.** El inciso 1 del artículo 17 del Decreto afirma que las cartas, papeles privados, los datos y las copias de los libros de contabilidad y sus anexos, y los demás documentos privados que se aporten a la investigación gozan de reserva de origen constitucional. En efecto, ese inciso desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política, en el sentido de que si las cartas y papeles privados no pueden ser registrados sino por la autoridad, y si es ésta, para ciertos fines específicos, quien puede exigir la presentación de los libros de contabilidad y sus anexos, es porque quienes no son propietarios de esos papeles no pueden registrarlos ni exigir su presentación. Es la misma Constitución la que garantiza la reserva de tales papeles.

42.2.- **Facultad de exigir documentos privados.** Las autoridades, por supuesto, y el Incomex entre ellas, pueden exigir a los particulares la presentación de libros de contabilidad y anexos para las investigaciones sobre dumping y subvenciones, porque se trata de un asunto de " tasación de impuestos" e " intervención del Estado" (Art. 38, inciso 2, Constitución Política; inciso 1 del artículo 19 del Decreto 1500 de 1990; e inciso 3, artículo 21 del mismo Decreto); y al peticionário, en especial, porque cuando éste solicita que se haga la investigación ofrece presentar todos los documentos necesarios para verificar las informaciones que proporciona (numeral 6, artículo 16 del Decreto 1500 de 1990).

" 42.3.- **Uso de los documentos privados en la investigación.** El inciso 3 del artículo 29 del Decreto 1 de 1984 ordena que cuando en una actuación administrativa haya documentos que tengan carácter reservado, se haga con ellos cuaderno separado. Y el artículo 20 del mismo estatuto dispone que el carácter reservado de un documento no podrá utilizarse para enervar el ejercicio de las facultades constitucionales o legales de los órganos del poder público, cuando obren según las normas de procedimiento aplicables, pero que éstos conservarán el deber de mantener reserva. Los incisos 1 y 3 del artículo 17 del Decreto 1500 de 1990 establecen el mismo principio.

" 42.4 **Autorización de uso público para documentos privados**. Hay ocasiones, sin embargo, en que los particulares, en forma expresa o tácita, aceptan que se dé un uso público a sus documentos privados. Ello ocurre, por ejemplo, cuando los llevan a ciertos registros u oficinas que, por su organización legal, están abiertas al público, como es el caso de las Notarías, las Cámaras de Comercio, etc. El Decreto 1500 de 1990 prevé en su artículo 17, inciso 2, la posibilidad de que las personas que aporten documentos privados a la investigación sobre dumping o subsidios renuncien a la reserva que la Constitución les otorga. También prevé que el Incomex requiera a los particulares para que envíen resúmenes no confidenciales de los documentos privados; los particulares no están obligados a acatar este requerimiento, entre otras cosas, porque puede resultar imposible en ciertos casos, pero si se niegan, deben explicar sus motivos, que las autoridades evaluarán en el momento de decidir la investigación.

" 42.5 Acceso de particulares al expediente. El principio general en el derecho administrativo colombiano consiste en que todos los particulares tienen derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas, y a solicitar copias de los mismos (art. 19 del Decreto 1 de 1984). La principal aplicación de este principio consiste en la posibilidad de conocer los documen-

tos oficiales, es decir, aquellos que producen las autoridades . Pero el derecho de acceso a los documentos, sin embargo, no se extiende a los documentos que tengan carácter reservado. El artículo 18 del Decreto 1500 de 1990 incorpora el mismo principio".

De otra parte, como el actor invoca la sentencia de la Corte Constitucional de 28 de julio de 1992. T.-473, para afirmar que "el concepto de "documento público, en el artículo 74, comprende todos aquellos que están en poder de las autoridades", la Sala advierte que la Corte después de efectuar el análisis de tal concepto en los códigos procesal civil, contencioso administrativo y penal y en la Ley 57 de 1985 concluye así:

"Puesto que en los términos del artículo 74 de la Carta la noción de documento público no se circunscribe, como se ve, al concepto restringido que consagre cualquiera de las ramas del ordenamiento y, de consiguiente, no cuenta tanto el carácter del sujeto o entidad que lo produce o la forma misma de su producción, sino el hecho objetivo de que no contenga datos que por expresa disposición de la ley deban ser mantenidos en reserva, la noción cobija, por ejemplo, expedientes, informes, estudios, cuentas, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas provenientes de entidades públicas acerca de la interpretación del derecho o descripción de procedimientos administrativos, pareceres u opiniones, previsiones y decisiones que revistan forma escrita, registros sonoros o visuales, bancos de datos no personales etc.

A lo anterior, se agrega el acceso a otros documentos cuyo carácter de públicos está determinado por la conducta manifiesta de sus titulares o por la costumbre, sin que sea requisito indispensable la presencia o concernimiento de la administración pública. Siempre, eso sí, que no sea contra la ley o derecho ajeno.

Es claro, por tanto, que en la anterior situación bien pueden encontrarse documentos surgidos de relaciones entre particulares cuyos titulares hayan decidido, formalmente o por conducta concluyente, permitir su acceso al público.

Así mismo, el derecho de acceso tiene, como todo derecho, algunos límites que de acuerdo con los principios de la Carta del 91 deben inspirarse claramente en una objetiva prevalencia de un verdadero interés general construido en la forma y con los elementos que esta Corte ha tenido ya ocasión de señalar.

En consecuencia, los funcionarios están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos secretos protegidos por la ley, tales como los concernientes a la defensa y seguridad nacionales, a investigaciones

relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero o cambiario, así como a los secretos comerciales e industriales.

Por razones obvias, el acceso no es tampoco permitido cuando el contenido de los documentos vulnere el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta vigente, algunas de cuyas implicaciones ha tenido a bien señalar ya esta Corte, específicamente en cuanto concierne al *hábeas data.*

Por todo lo anterior, el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente el artículo 74. Vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que, por supuesto, incluye la consulta de los documentos *in situ* y no sólo, como pudiera pensarse, la solicitud de copias de los mismos.

Es digno de señalar también que el derecho de acceso se garantiza en la medida en que de él se haga un uso responsable y razonable. De consiguiente, sus hondas conexiones tanto con el derecho a la información como con el derecho de petición, exigen que el documento se use respetando fielmente su contenido y el contexto en el cual él se produjo y sin propósito de crear confusión o desorientación.

De otra parte, el titular del derecho debe ejercerlo en forma que evite todo abuso en cuanto respecta tanto a su frecuencia como a la cantidad, contenido y forma de los documentos solicitados, de modo que el ejercicio de su facultad sea compatible con las actividades propias de quien está llamado a permitir el acceso al documento o de sus demás conciudadanos. La petición debe ser, desde todo punto de vista, razonable" . -Subraya de la Sala-

Por lo que respecta a la forma como tratan las normas acusadas lo confidencial, advierte la Sala, que el tratamiento que el Decreto 150 de 1993 da a los documentos confidenciales no es el de servir de medio de prueba, y mucho menos, de prueba secreta, como lo afirma el actor, ya que ni el artículo 26 numeral 11, ni las demás normas acusadas le dan tal carácter, pues se aportan a título informativo.

En efecto, los artículos 25 y 26 disponen:

"ARTICULO 25 - INICIACION DEL PROCEDIMIENTO A PETICION DE PARTE. EL INCOMEX podrá iniciar el procedimiento cuando así lo soliciten los productores nacionales en representación de parte principal de la producción nacional que se considere perjudicada por importaciones de productos similares efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la solicitud o

que se hallen en curso, efectuadas con "dumping" o con subvenciones o una asociación de productores que cumpla con los mismos requisitos".

"ARTICULO 26. REQUISITO DE LA PETICION. La solicitud a que se refiere el artículo anterior deberá presentarse por escrito, conforme al Código Contencioso Administrativo y contendrá además como mínimo, las siguientes precisiones:

1. Identificación del peticionario

2. Descripción de la mercancía de cuya importación se trate.

3. Países de origen o de exportación.

4. Nombre y domicilio de los importadores y exportadores, si se conocen.

5. Precios de exportación y valor de mercado en el país de origen o de exportación.

6. Estímulo, incentivo, prima, subvención o ayuda de cualquier clase que se otorgue al bien importado o a sus materias primas e insumos en el país de origen o de exportación, autoridad u organismo que la otorga, indicando en su caso la disposición aplicable y de ser posible, el valor o monto del mismo y su incidencia sobre el precio del producto importado.

7. Determinación del perjuicio, de su amenaza o del retraso sensible del establecimiento de una producción en Colombia producido por las importaciones que se efectúen a precio de "dumping" o con subvenciones, mediante indicadores de la producción, las ventas, la utilización de la capacidad instalada y el comportamiento de las utilidades entre otros.

8. Ofrecimiento de presentar a las autoridades los documentos correspondientes para verificar la información suministrada.

9. **Entrega de las pruebas que se pretende hacer valer**.

10. Elementos para determinar la causalidad entre la práctica y el perjuicio.

11. **Identificación de la documentación confidencial y resumen o versión no confidencial de tal documentación".** Resalta de la Sala.

El contenido de los numerales 9 y 11, son de tal claridad y precisión que no admiten el menor análisis para advertir que unas son las pruebas que se pretendan hacer valer y otra la información confidencial, por lo que las primeras cumplen

con el principio de publicidad y quedan sujetas al de contradicción, al igual que el resumen o versión no confidencial.

En consecuencia, las normas acusadas no violan fines tan esenciales del Estado, como el facilitar a todos la participación en las decisiones que los afectan, porque el hecho de no permitirles conocer a los importadores o exportadores investigados por dumping o subvención todos los documentos que aporta el peticionario, no vulnera el derecho a la participación, pues ésta se garantiza con el libre acceso a los demás documentos que conforman el expediente, entre ellos, los que hacen parte del acervo probatorio, los cuales constituyen el eje central de la decisión de fondo.

De igual manera, tampoco las normas acusadas consagran privilegios que atenten contra los principios de igualdad, publicidad e imparcialidad, con que se desarrolla la función administrativa, porque la petición no se funda, como erróneamente lo considera el actor, en documentos confidenciales; se basa en unos precios de exportación que no corresponden a los del valor del mercado, información que debe ser verificada con los documentos que aporte el peticionario -artículo 26, numeral 8-, los cuales al ser públicos y, por tanto, controvertibles, colocan a las partes en plano de igualdad.

Así mismo, no se violan derechos fundamentales como el *hábeas data* o el debido proceso que se aplica a toda clase de actuaciones administrativas, porque los cargos no se prueban con la información confidencial, y las pruebas aportadas para tal finalidad son públicas y por ende, sujetas a contradicción por la contraparte.

Luego, el cargo contra los artículos 26 numeral 11, 35 y 36, no está llamado a prosperar.

3o. Segundo Cargo. Considera el actor que el artículo 18 del Decreto 150 de 1993 viola los artículos 29 y 363 de la Carta, al permitir, de una parte, aplicar sanciones por competencia desleal en el comercio internacional a mercancías despachadas noventa (90) días antes de la imposición de los derechos provisionales y, de otra, porque los derechos antidumping y compensatorios son un tributo que se asimila y cobra como los gravámenes arancelarios, y la ley tributaria no puede ser aplicada retroactivamente.

Como la norma acusada permite imponer derechos definitivos cuando se trate de importaciones masivas objeto de "dumping" o con subvenciones a las exportaciones despachadas para consumo 90 días antes de la fecha de imposición de los

derechos provisionales, se requiere precisar los conceptos de importaciones masivas y derechos provisionales, y en qué momento pueden ser impuestos éstos.

En efecto, disponen los artículos 13 y 16 del Decreto 150 de 1993, lo siguiente:

"ARTICULO 13. IMPORTACIONES MASIVAS. De la evaluación de las importaciones a que se refieren los artículos 9, 10 y 11 precedentes el INCOMEX podrá determinar que éstas se han realizado masivamente si después de la fecha de apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, según el caso, se comprueba un incremento sustancial en un período corto de tiempo causando un perjuicio difícilmente reparable a la industria nacional. En este caso podrá ordenarse el cobro de los derechos a que se refiere el artículo 18 de este Decreto".

"ARTICULO 16. DERECHOS PROVISIONALES. EL INCOMEX, únicamente para impedir que se cause el perjuicio durante el plazo de la investigación, podrá aplicar mediante resolución motivada sólo susceptible de revocación directa, derechos provisionales si después de dar a la parte investigada oportunidad razonable de participar en la investigación, mediante el diligenciamiento de los cuestionarios que para el efecto envíe el INCOMEX, se llega a la conclusión preliminar de que existe "dumping" o subvención y existe prueba suficiente del consiguiente perjuicio.

La cuantía de los derechos "antidumping" o compensatorios provisionales se señalará en la Resolución que los fije y se pagarán cualquiera que sea el importador, sobre las importaciones de ese producto respecto de las cuales se haya concluido que se efectuaron a precio de "dumping" o con subvenciones y que causen perjuicio a una producción en Colombia.

Dichos pagos podrán suplirse mediante el otorgamiento de una garantía que se constituirá ante autoridad aduanera correspondiente teniendo en cuenta el plazo señalado en la respectiva resolución emitida por el INCOMEX. Las garantías se regirán por lo dispuesto en las disposiciones aduaneras. La resolución se publicará en la Gaceta del Ministerio de Comercio Exterior, Capítulo INCOMEX, debiéndose enviar inmediatamente copia de la misma a las personas indicadas en el inciso 2 del artículo 29 del presente Decreto".

Considera la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en la primera de las normas en cita, la calificación de importaciones masivas está condicionada a que éstas se realicen después de la fecha de apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, lo cual es lógico, pues si no fuese así, el exportador desleal conociendo la investigación en curso, en el caso del dumping o de las con-

sultas por parte de las autoridades de los países cuyos productos son objeto de investigación sobre subvenciones, exportaría mayores volúmenes sin ningún riesgo, y esto, precisamente, se evita con esta calificación y la imposición de los derechos definitivos.

De igual manera, cuando se imponen derechos provisionales, según la preceptiva del artículo 16, es porque existe certeza sobre la existencia del dumping o la subvención y prueba del correspondiente perjuicio, habiendo, previamente, dado oportunidad a la parte investigada de participar en la investigación, lo cual constituye una medida cautelar necesaria, pues en el evento de un exceso en éstos, o que no se impongan derechos definitivos, las medidas a adoptar las consagra el artículo 20 del Decreto 150 de 1993, al señalar:

"ARTICULO 20.- EXCEDENTES Y DEVOLUCIONES. Habrá lugar a devoluciones o al cobro reducido de la garantía, cuando:

- Los derechos definitivos sean inferiores a los derechos provisionales que se hayan pagado o garantizado, en un monto equivalente a la diferencia entre ellos.

- Se establezca un derecho definitivo por amenaza de perjuicio o retraso sensible al establecimiento de una producción en Colombia sin que se haya producido todavía el perjuicio, por el monto total del derecho pagado o la devolución de la garantía.

- En caso de no establecerse derechos definitivos, se ordenará la devolución de la totalidad de lo pagado a título de derechos provisionales o la devolución de la garantía.

La Administración de Aduanas Nacionales devolverá los excedentes siguiendo el trámite previsto en las disposiciones aduaneras para el reembolso de dinero a los importadores, u ordenará la devolución de la garantía".

De otra parte, observa la Sala, que la investigación por dumping o subvención, puede ser iniciada por el INCOMEX de oficio o a petición de parte, la primera, puede ser iniciada cuando el INCOMEX posea pruebas suficientes que permitan presumir la existencia del perjuicio ocasionado por importaciones a precio de dumping o con subvención, y la segunda, cuando sea solicitada por productores nacionales en representación de parte principal de la producción nacional que se considera afectada por importaciones de productos similares efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la solicitud o que se hallen en curso, afectadas por dumping o con subvenciones.

Si la solicitud reúne los requisitos legales, así lo comunicará el INCOMEX al peticionario dentro de los 15 días siguientes a la fecha de radicación de aquella, y a partir de esta comunicación cuenta con un plazo hasta de dos (2) meses para evaluar la petición, y si al evaluarla encuentra razones para abrir la investigación, así lo dispondrá mediante resolución que publicará dentro del término anterior, en la Gaceta del Ministerio de Comercio Exterior. A partir de la fecha de la apertura de la investigación, cuenta el INCOMEX con un plazo de cinco (5) meses para mediante resolución motivada, pronunciarse respecto de las decisiones preliminares de la investigación y si es del caso podrá ordenar el establecimiento de los derechos provisionales -artículo 30-.

Para la Sala de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13, para calificar que ciertas importaciones se han realizado en forma masiva se requiere, en primer lugar, que éstas se hayan efectuado con posterioridad a la fecha de apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, y en segundo, que de las mismas exista un incremento sustancial en un período corto de tiempo. De igual manera, que la fecha para determinar la imposición de derechos provisionales sea la correspondiente a la conclusión preliminar, sobre la existencia del dumping o subvención y exista prueba suficiente del consiguiente perjuicio -artículos 16 y 30-

Por tanto, a juicio de la Sala, cuando la norma acusada dispone que el Ministro de Comercio Exterior podrá ordenar la aplicación de derechos definitivos a las importaciones masivas objeto de dumpling o con subvenciones despachadas para consumo 90 días antes de la imposición de los derechos provisionales, no se vulnera el artículo 29 de la Constitución, porque de igual manera, está señalando que en ningún caso antes de la fecha de apertura de la investigación en los casos de "dumping", o antes de la fecha de investigación a celebrar consultas, cuando se trata de subvenciones. Lo cual quiere decir que si al contar los 90 días antes de la fecha de imposición de los derechos provisionales -y ésta es la de la decisión preliminar- en el evento que sobrepase las fechas correspondientes a la de la apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, no es posible para las importaciones despachadas con anterioridad a estas fechas, imponer los derechos definitivos, aplicando el artículo en comento, porque como lo dispone el artículo 13, para calificar ciertas importaciones como masivas, éstas deben efectuarse con posterioridad a "la fecha de apertura de la investigación o de la invitación a celebrar consultas, según el caso...".

Advierte, por lo demás la Sala, que conforme al procedimiento previsto en el Capítulo VII, el INCOMEX cuenta con unos términos legales, así: quince (15) días para la recepción de la petición de apertura de la investigación contados a partir de la fecha de su radicación, y si cumple los requisitos legales, dentro del

anterior término lo comunicará al peticionario; a partir de esta fecha cuenta hasta con dos (2) meses para evaluar la petición, y si de esta evaluación encuentra mérito para abrir la investigación, así lo dispondrá mediante resolución motivada, y dentro de un plazo de cinco (5) meses a partir de la anterior fecha, deberá mediante acto administrativo motivado, pronunciarse respecto de las decisiones preliminares -fecha en la cual puede ordenar derechos provisionales- y cuenta con un término máximo para concluir la investigación de nueve (9) meses, contados a partir de la fecha de publicación del acto que ordenó su apertura, término que puede ser prorrogado hasta por otros tres (3) meses más, por el Comité de Prácticas Comerciales.

Así pues, el término de noventa (90) días señalado en el artículo 18, siempre se ubicará en el período de la investigación por " dumping" o subvención; por tanto, de acuerdo a la ley preexistente

De lo antes expuesto se infiere que no existe fundamento para afirmar que el artículo 18, numerales 1 y 2 del decreto, por permitir imponer derechos antidumping definitivos a las importaciones masivas despachadas para consumo noventa días antes de la fecha de imposición de los derechos provisionales vulnere el artículo 363 de la Constitución.

Evidentemente, si bien la disposición constitucional contenida con el inciso 2o. del artículo 363 prohíbe terminantemente que las leyes tributarias se apliquen con retroactividad, este efecto se produce cuando la ley debe ser aplicada a situaciones configuradas en época anterior a su expedición, lo cual surge de manera clara e inequívoca en impuestos de período como los de Renta, Ventas e Industria y Comercio, por el contrario, en casos como el del impuesto de aduanas que se genera en las importaciones, no sucede lo anterior, porque el hecho gravado del mismo se concreta en el momento en que los bienes importados se someten a los trámites legales que concluyen con el levante de la mercancía, y el impuesto a pagar es el que surge de la aplicación de la ley vigente en ese instante.

Por tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar

4. Tercer Cargo:

Sostiene el actor, que el artículo 16 del Decreto 150 de 1993, viola el artículo 224 de la Constitución Política al poner en aplicación tácitamente el " Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT" , así como al

extender la aplicación de los derechos provisionales al dumping, cuando el mencionado Acuerdo se refiere sólo a estos derechos en el caso de subsidios.

Por su parte, la demandada afirma que el decreto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional, para desarrollar la ley marco de comercio exterior Ley 7a de 1991", siendo " irrelevante para este debate el hecho de que los Acuerdos hayan sido o no aprobados por el Congreso", toda vez que las normas acusadas derivan del mandato imperativo contenido en el artículo 10o. de esta ley. La mención en los considerandos a que nuestro país se ha adherido al GATT es sólo " una forma de reconocimiento legal a la intención del Gobierno de adecuar su legislación e instituciones jurídicas a las tendencias internacionales sobre la materia".

Al respecto observa la Sala, que la norma acusada no transgrede la norma constitucional invocada, toda vez que ella reglamenta el artículo 10o. de la ley marco de comercio exterior (Ley 7a. de 1991), la cual facultó al Gobierno Nacional para regular la protección de la producción nacional, contra las prácticas desleales y restrictivas al comercio internacional, estableciendo los requisitos, procedimientos y factores para determinar la imposición de gravámenes o derechos provisionales o definitivos.

En consecuencia, el Gobierno Nacional no puso en aplicación provisional dicho Acuerdo, que como quedó probado en el curso del proceso, no ha sido sometido a aprobación del Congreso Nacional, a pesar de que se aceptó el 7 de mayo de 1990 y entró en vigor el 6 de junio de ese mismo año, como obra a fl. 17 del c.p. del exp. sino que desarrolla los lineamientos generales señalados en el artículo 10o. de la Ley 7a de 1991.

En efecto, la Ley 7a de 1991 se expidió por el Congreso de la República de conformidad con la atribución conferida por el artículo 76 numeral 22 de la Constitución de 1986 -que corresponde hoy al artículo 150 numeral 19, literal b) de la Constitución Política de 1991- que disponía: " Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones: 22) Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:...regular...el comercio exterior..." Así, los artículos 1o, 2o y 10o de la citada ley establecen:

> " ARTICULO 1o. Las disposiciones aplicables al Comercio exterior se dictarán por el Gobierno Nacional conforme a las previsiones del numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional en armonía con lo dispuesto en el numeral 22 de su artículo 76 **y con sujeción a las normas generales de la presente ley...**"

"ARTICULO 2o. Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios:

5. Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, **en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional**".

"ARTICULO 10o. El Gobierno Nacional amparará la producción nacional contra las prácticas desleales y restrictivas de comercio internacional. Para tal efecto regulará la protección de la producción nacional contra esas prácticas y señalará los organismos y procedimientos para hacer aplicables las disposiciones que expida sobre la materia".

"En tales disposiciones el Gobierno Nacional fijará los requisitos, procedimientos y factores para determinar la imposición de gravámenes **o derechos provisionales o definitivos que, con el fin de prevenir y contrarrestar dichas prácticas**, podrá imponer la autoridad competente". Subraya fuera del texto.

En este orden de ideas, es claro que el Decreto 150 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República, en virtud de la facultad para reglamentar la ley marco de Comercio Exterior, que como en la Constitución Política anterior, la vigente se la otorga en el artículo 189 numeral 25, para regular el comercio exterior. Así, con fundamento en la atribución conferida en el artículo 10o. de la Ley 7a de 1991, conocida como ley marco de comercio exterior, el Gobierno Nacional reguló de manera exhaustiva los principios, criterios y políticas generales enunciados en él, previendo como lo dispone la norma acusada, la imposición de derechos provisionales, sin que por ello se viole el artículo 224 de la Constitución Política.

Esta Corporación, con ocasión de la demanda de nulidad del Decreto 2444 de 1990, por medio del cual se regularon las disposiciones sobre derechos antidumping y compensatorios, expresó:

"Ahora bien, **el decreto acusado fue dictado en desarrollo de la Ley 48 de 1983,** que en su artículo 9o. previene que el Gobierno Nacional expedirá los preceptos en virtud de los cuales el Estado **ampare la producción nacional y evite los perjuicios que se deriven de las prácticas desleales del comercio exterior, señalando los organismos competentes y los procedimientos para hacer aplicables dichos preceptos**. Esta es precisamente la temática a que se contrae el Decreto 2444 de 1990 **que crea un mecanismo para prevenir o**

corregir las prácticas desleales al comercio exterior de dumping y subvenciones, dado que ellas permiten que los productos importados entren al país a precios anormalmente bajos, los cuales distorsionan la competencia dentro del mercado nacional, produciendo perjuicios a la producción". Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera- Sentencia del 28 de mayo de 1991.- Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez- (Resaltado fuera del texto).

De otra parte, el actor indica la violación del artículo 1o. de la Ley 49 de 1981 (Anexo 1, notas y disposiciones suplementarias al artículo VI, párrafo 2 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), al disponer la norma acusada la imposición de derechos provisionales, cuando éste solo permite a las partes contratantes, exigir una garantía razonable " fianza o depósito en efectivo) por el pago de derechos antidumping o derechos compensatorios.

Al respecto, la Sala señala, que si bien es cierto que el Gobierno Nacional invoca como origen de sus facultades, principalmente el artículo 10o. de la Ley 7a de 1991, también hace referencia a la Ley 49 de 1981, pero con la intención de regular algunos aspectos contenidos en ella, como el de " adecuar la legislación nacional a los cambios del comercio internacional con el fin de contrarrestar los perjuicios a la producción nacional derivados de " dumping" o de subvención, mediante la imposición de derechos " antidumping" o " compensatorios", tal como se desprende del considerando 4o. del Decreto 150 de 1993, sin que por esta razón, la norma acusada deje de ser el resultado del ejercicio del poder reglamentario ampliado del Presidente de la República para regular el comercio exterior del país, que le permite para el caso, imponer provisionalmente derechos, garantizados ya sea en efectivo o subsidiariamente, como lo dispone la norma, mediante el otorgamiento de una garantía constituida ante la autoridad competente.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en la sentencia en comento así:

" En dicha reglamentación, por ejemplo, se previene **que los derechos antidumping o compensatorios pueden revestir las modalidades de derechos provisionales,** los cuales serán establecidos por el INCOMEX (hoy Ministerio de Comercio Exterior), o derechos definitivos, los cuales serán impuestos por el Ministerio de Desarrollo Económico, cuando se haya comprobado la existencia en la práctica, del perjuicio o amenaza del perjuicio a una producción en Colombia y la relación de causalidad entre ambos (artículo 23 y 28).

El Decreto 2444 de 1990 **fue expedido en ejercicio de la facultad que tiene el Presidente de la República para reglamentar las leyes".**

"Este decreto se limitó a reglamentar aspectos contenidos en la Ley 49 de 1981 mediante la cual el Congreso Nacional aprobó el Protocolo de Adhesión de Colombia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, en cuyo artículo VI se refiere y regula la facultad de establecer los derechos antidumping y los derechos compensatorios".

...

"Igualmente, el decreto acusado fue expedido en desarrollo de la Ley 48 de 1983. " Por el cual se expiden normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular aspectos del comercio exterior colombiano..." Subrayas de la Sala-.

Observa la Sala, por último, que con posterioridad a la Ley 49 de 1981, aprobatoria del " Protocolo de Adhesión de Colombia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -GATT" , mediante la Ley 32 de 1985, se aprobó la " Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" , la cual en su Sección 3: Interpretación de los tratados, Artículo 31, Regla General de interpretación, dispone:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, **el contexto comprenderá** además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de las celebración del tratado.

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda norma pertinente del derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. -Subraya de la Sala-

De acuerdo con lo dispuesto en el literal g) del artículo 2o. de la Convención " se entiende por " parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor" :

Por el texto claro y preciso de las normas transcritas, a juicio de la Sala, como el Estado es parte del Acuerdo General sobre ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO, al aplicar en el Decreto 150 de 1993, el Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII, no hizo nada distinto que interpretar el tratado en su contexto, para lo cual, como lo dispone la precitada norma de la Convención de Viena, debe tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

Como corolario de lo expuesto, el cargo formulado por el demandante no prospera.

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

Copíese, notifíquese y comuníquese. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano (salvamento de voto) Presidente de la Sección, *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas Secretario.

SUSTRACCION DE MATERIA. SENTENCIA INHIBITORIA. Procedencia. **NORMA DEROGADA. ACCION DE NULIDAD** - Objeto (Salvamento de Voto).

Como quiera que las normas del Decreto 150 de 1993 sobre las cuales recae esta sentencia fueron derogadas expresamente por el artículo 49 del Decreto 299 de 1955 el cual dijo: "El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto 150 de 1993", en aplicación del criterio que ha mantenido sobre la sustracción de materia salvo el voto para lo cual transcribo a continuación los fundamentos que para ello expresa en oportunidad reciente: "... El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946 y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Esta jurisprudencia tiene una aplicación sencilla: el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre estos dos factores no inciden en la definición de la litis, de ahí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL
Doctor Guillermo Chahín Lizcano

Ref: Expediente No.4834 Actor: Hugo Palacios Mejía. C/La Nación. Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva

Como quiera que las normas del Decreto 150 de 1993 sobre las cuales recae esta sentencia fueron derogadas expresamente por el artículo 49 del Decreto 299 de 1955 el cual dijo: "El presente Decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto 150 de 1993", en aplicación del criterio que he mantenido sobre la sustracción de materia salvo el voto para lo cual transcribo a continuación los fundamentos que para ello expresé en oportunidad reciente:

"Deseo manifestar que, la razón para no compartir la decisión de la Sala radica en que estimo que ha debido dársele a ella el tratamiento que resulta de la aplicación de la teoría de la sustracción de materia que la Sala Plena del Consejo de Estado prohijó durante mucho tiempo. Así, en apoyo de mi posición, me basta transcribir a continuación una de las muchas providencias en las cuales se sostiene la no necesidad de emitir pronunciamiento con respecto a normas que han sido derogadas o que han dejado de regir o produjeron la totalidad de sus efectos:

"El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación".

"Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla; el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la litis. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pro-

nunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto". (Sentencia de 11 de julio de 1962, Consejero Ponente, Doctor Carlos Gustavo Arrieta. Expediente No.929, Anales del Consejo de Estado, pág. 232)".

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano

EXENCION MUNICIPAL. ACTIVIDAD NO SUJETA. PRODUCCION PRIMARIA. PRODUCCION DE ACEITE VEGETAL. ARTICULO DE PRIMERA NECESIDAD

En materia tributaria, los beneficios son de carácter restrictivo, no caben interpretaciones laxas para forzar la viabilidad de una exención que indiscutiblemente, fue suprimida por la Ley 29 de 1963 la cual suprimió las prohibiciones de imponer gravámenes a la producción de artículos alimenticios de primera necesidad y a los establecimientos destinados a la producción de los mismos, y que mantuvo, la relacionada con el tránsito de esos artículos, así como la prohibición de gravar la producción primaria, agrícola y ganadera; dentro de la cual cabría la prohibición de gravar artículos alimenticios de primera necesidad pero, a los obtenidos en la etapa de producción primaria, que no sería el caso de la producción de aceites vegetales para uso humano, puesto que estos se obtienen dentro de un proceso industrial. Es decir que las exenciones existentes hasta cuando entró en vigencia la Ley 29 de 1963, quedaron modificadas, subsistiendo únicamente las contempladas en el artículo 3o. de esta normatividad. Por consiguiente como la exención que consagra la Ley 29 de 1963, no rige para los establecimientos dedicados a la producción industrial de aceites para consumo humano, ni para los artículos de primera necesidad, cuyo concepto no encaja en la "producción primaria" y tampoco en el concepto de "tránsito de productos alimenticios".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva*

Referencia: Expediente Nro. 5605. Actor: Aceites del Caribe S.A. Apelación sentencia del 19 de enero de 1984 -Tribunal Administrativo - Atlántico. Impuestos: Industria y Comercio. Fallo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Catorce del Tribunal Administrativo del Atlántico contra la sentencia de enero 19 de 1994, por la cual este Tribunal desestimó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por la sociedad ACEITES DEL CARIBE S.A. contra los actos administrativos a través de los cuales el Municipio de Barranquilla le determinó el impuesto de industria y comercio correspondiente al período comprendido entre julio de 1979 y julio de 1980.

ANTECEDENTES

Según Resolución No. 12761 de marzo 14 de 1984, el Municipio de Barranquilla, gravó mediante aforo a la sociedad ACEITES DEL CARIBE S.A. con el impuesto de industria y comercio, por cuanto desde la expedición del Acuerdo 001 de 1977, los establecimientos dedicados a la producción de grasas y aceites, eran sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio. Por tanto, le determinó un aforo mensual de $110.883.oo de acuerdo con el arancel establecido en el Acuerdo 010 de 1973, y una sanción de 50% del impuesto determinado, en la suma de $55.441.50 mensual.

Contra la resolución anterior, la sociedad recurrió en reposición y en subsidio apelación, alegando que no estaba obligada a pagar el impuesto de industria y comercio por ser el objeto de la misma, la producción de aceites, alimento de primera necesidad sobre la cual existía la prohibición de la Ley 29 de 1963; de igual modo objetó la sanción impuesta por cuanto no conocía el Acuerdo citado.

El recurso de reposición fue resuelto en la Resolución No. 12761 Bis, de agosto 11 de 1986, que confirmó la resolución recurrida y concedió el recurso de apelación, éste a su vez fue resuelto en la Resolución del 4 de septiembre de 1987, que confirmó la apelada.

LA DEMANDA:

El apoderado de la sociedad actora consideró violados los artículos 1o. de la Ley 20 de 1946, 1o. del Decreto 597 de 1947, 3o. de la Ley 29 de 1963, 2o. del Decreto 84 de 1984, 6o. del Acuerdo 39 de 1970, 5o. del Acuerdo Municipal 012 de 1974 y 11 del Acuerdo Municipal 004 Bis de 1983.

En el concepto de violación explicó que por ser la sociedad Aceites del Caribe S.A. un establecimiento industrial dedicado exclusivamente a la producción de aceites vegetales para el consumo humano, artículos alimenticios de primera ne-

cesidad, no estaba obligada a presentar declaración de industria y comercio por la vigencia fiscal de julio de 1979 a junio de 1980, puesto que tal actividad industrial de producción de alimentos no podía ser gravada con tal impuesto, según expresa prohibición del artículo 1o. de la Ley 20 de 1946 y artículo 1o. del Decreto 5941 de 1947.

Que, por lo anterior, no incurrió su representada en omisión de la presentación de la declaración del impuesto de industria y comercio, sino que se trata de una diferencia de criterio legal entre la sociedad y la Secretaría de Impuestos Municipales, de manera que si incurrió en un error relativo a la interpretación del derecho aplicable, ello estaba justificado, puesto que el mismo era propiciado por los mismos textos legales y no por su culpa.

Que es distinto, el régimen legal aplicable a los años de 1984 y subsiguientes, para los cuales existe un texto legal expreso, el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, que permite imponer el gravamen de industria y comercio a las fábricas de productos alimenticios. Mientras que para los años anteriores a la Ley 14, no existía obligación de presentar declaración de industria y comercio para las fábricas de aceites vegetales comestibles.

Por otra parte, advirtió, que la sociedad Aceites del Caribe S.A. cumplió el requisito de presentar ante la Cámara de Comercio de Barranquilla, el formulario del registro público de comercio, el cual hace las veces de declaración del impuesto de industria y comercio para las entidades exentas, tales como los establecimientos dedicados a la producción de alimentos de primera necesidad.

LA PARTE OPOSITORA:

El Municipio de Barranquilla se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, manifestando que el impuesto determinado recae sobre el establecimiento industrial Aceites del Caribe S.A. y no sobre su producción, en cuanto que por el hecho de existir y expender sus productos en el territorio de Barranquilla con *animus lucrandi*, se adecua a la preceptiva del Acuerdo 004 Bis de 1963, de una parte, y de otra, al contenido del artículo 3o. del Acuerdo 001 de 1977 que reza así: "Los establecimientos destinados a la transformación de grasas, pastas alimenticias y jabones, pagarán impuesto de industria y comercio de acuerdo con la tabla o arancel establecidos en el Municipio o que se establezcan en el futuro".

De otra parte, la pretendida diferencia de criterios entre el contribuyente y la administración municipal respecto de la causación del tributo argüida por el actor para evitar el cumplimiento de la sanción impuesta en las resoluciones impugnadas

por no presentar la correspondiente declaración del impuesto de industria y comercio, no tiene aplicación por partir de la premisa constituida por la ignorancia o torcida visión de los textos legales, la Ley 29 de 1963, Decreto 84 de 1964, Ley 97 de 1913, Ley 84 de 1915, Acuerdos del Concejo de Barranquilla Nos. 004 Bis de 1963, 001 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico apoyado en sentencia de mayo 15 de 1992, proferida por esa Corporación dentro del proceso no. 4834, iniciado por la misma sociedad actora, correspondiente al período comprendido entre enero a junio de 1977, negó las súplicas de la demanda. Consideró que la Ley 29 de 1963, eliminó las exenciones o exoneraciones que no se hicieran por los mismos municipios, y, en cuanto a las establecidas con anterioridad por la Nación, al disponer que subsistieran las prohibiciones de las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, "...sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios" limitó la exención a la producción primaria y al tránsito de productos alimenticios.

Sobre el alcance de las prohibiciones que mantuvo la Ley 29 de 1963, reprodujo sentencia del Consejo de Estado, del 24 de mayo de 1983, proferida dentro del proceso 10.906 iniciado por la sociedad Molinos Doria Ltda, con ponencia del Consejero Dr. Bernardo Ortiz Amaya, que desestimó la pretensión tendiente a desvirtuar la sanción, por cuanto ésta "...se impone al contribuyente por no declarar, que es de carácter objetivo y sobreviene como consecuencia de no cumplir con la obligación tributaria de declarar. Por consiguiente no está sujeta a las apreciaciones subjetivos del contribuyente en cuanto a si está obligado o no al pago del respectivo gravamen. "Además advirtió el *a-quo* que el supuesto fáctico que le sirve de sustento no se encontraba acreditado en autos".

LA APELACION:

El Procurador Catorce del Tribunal Administrativo del Atlántico apela la sentencia del Tribunal y solicita a la Corporación revocarla, toda vez que para él, el Tribunal incurrió en error semántico al extraer el significado del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, pues la expresión "no podrán ser materia de exención" no está en presente sino en futuro, lo que significa que lo que pretende el legislador es que "...no se den nuevas exenciones sobre viejos impuestos. Pero no busca que dejen de regir las exenciones ya establecidas: No toca lo vigente".

De lo anterior deduce que como el texto del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, es "ambiguo" debe resolverse a favor del contribuyente, aceptando que esta disposición no eliminó la exención de impuesto de industria y comercio para los productos de primera necesidad existentes antes de ella, sean o no de producción primaria.

Observa que si el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, "pretende únicamente impedir que se concedan nuevas exenciones a los viejos impuestos fijados a los artículos comerciales e industriales de primera necesidad, no tenía por qué especificar que subsistiría la prohibición de gravar la producción primaria agrícola, ya que tal producción queda incluida en los artículos de primera necesidad (...) lo que implica que otros artículos de primera necesidad no quedaron cobijados por la exención de gravámenes".

Las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, establecieron gravámenes a la industria y comercio en forma "general". Las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, así como el Decreto Reglamentario 0594 de 1947, también fueron específicos en exencionar los productos de primera necesidad, y "no todos" los productos industriales y comerciales. Esta exención, aclara que se estructuró como una prohibición de establecer los citados gravámenes "en el futuro" para los artículos de primera necesidad existentes entonces y para los que llegaran a existir en el futuro. Las normas exonerantes fueron genéricas. La Ley 29, en su artículo 3o. dispuso que "los rubros de bienes de primera necesidad que apareciesen en el mercado comercial o industrialmente, luego de su entrada en vigencia, no quedarían cobijados por las exenciones fijadas en las citadas Leyes de 1904, 1946 y 1947; pero no afectó los específicos artículos de primera necesidad que ya venían exentos de impuestos de industria y comercio en virtud de dichas leyes".

En resumen, dice que los bienes de primera necesidad y de producción primaria, agrícola o ganadera quedan exentos, "ya sean los de rubros existentes antes de la Ley 29 de 1963 o ya sean de rubros de aparición posterior a ella" y que de los restantes bienes de primera necesidad permanecen exentos de impuestos los que ya lo estaban antes de la Ley 29 de 1963, pero los nuevos que aparecen a partir de tal ley que no sean de producción primaria son susceptibles de ser gravados con el impuesto de industria y comercio.

Concluye que el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, no eliminó la exención del impuesto de industria y comercio respecto de los rubros de primera necesidad existentes antes de ella, sean de producción primaria o no, sino que suprimió la exención para los nuevos rubros posteriores a ella, y que como los aceites comestibles pertenecen al grupo de los bienes de primera necesidad de producción industrial anterior a la expedición de la Ley 29 de 1963, no era procedente gravar con

dicho impuesto a la sociedad demandante por el período comprendido entre julio de 1979 y junio de 1980.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, estima que la sentencia del Tribunal en cuanto denegó las súplicas de la demanda, debe ser confirmada.

Considera que en el supuesto de que estuviera vigente la prohibición que consagra el artículo 1o de la Ley 20 de 1946, está circunstancia no determina que la sociedad no sea sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio y que por lo mismo no está obligada a presentar las declaraciones que señalan los acuerdos municipales, porque tal norma no reglamenta dicho impuesto sino que se refiere a toda clase de gravámenes y a la prohibición de que estos sean aplicados a la producción y tránsito de artículos alimenticios.

Por otra parte, anota que el impuesto de industria y comercio no recae sobre artículos alimenticios o de cualquier otra clase, o sobre bienes o productos, sino en la actualidad, sobre actividades industriales, comerciales y de servicios (Ley 14 de 1983) y antes de ésta, sobre "establecimientos" en los que se ejercieran actividades industriales y comerciales (artículo 1o. literal f) de la Ley 97 de 1913, que estableció por primera vez este gravamen y que denominó "impuesto de patentes".

Que de acuerdo con lo anterior, la sociedad actora, que para el caso se rige por las normas anteriores a la Ley 14 de 1983, puesto que los actos acusados corresponden al período julio de 1979-junio de 1980, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, el cual recae sobre el establecimiento comercial en el cual aquella realiza actividades industriales.

Pone de manifiesto que la tesis acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 24 de mayo de 1983, y que cita el Tribunal, ha sido expuesta por esa agencia del Ministerio Público, según la cual la Ley 29 de 1963 "suprimió las prohibiciones de imponer gravámenes a la producción de artículos alimenticios de primera necesidad y a los establecimientos destinados a la producción de los mismos, mantuvo la relacionada con el tránsito de esos artículos y consagró una nueva, o sea la de gravar la producción primaria, agrícola y ganadera" y que tal ley, "simplemente prohíbe gravar los artículos alimenticios de primera necesidad, pero obtenidos en la etapa de producción primaria".

Concluye que si el Municipio de Barranquilla gravó la producción de los artículos alimenticios que procesa la sociedad, tal decisión, estaría de acuerdo con las previsiones de la Ley 29 de 1963, y que si a estas alturas del proceso, se alega que la ley estableció una nueva prohibición "la de gravar artículos alimenticios de primera necesidad obtenidos en la etapa de producción primaria" precisa que la actora no ha discutido este aspecto, y además no existen pruebas en el expediente que demuestren que los artículos que produce la sociedad corresponden a la producción primaria y que sobre éstos recayó el gravamen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del Procurador Catorce del Tribunal Administrativo del Atlántico se concreta en el hecho de que para él, no es procedente gravar con el impuesto de industria y comercio a la sociedad Aceites del Caribe S.A. por el período comprendido entre julio de 1979 y junio de 1980, por cuanto el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, a su juicio, no eliminó la prohibición de imponer gravámenes a los artículos alimenticios de primera necesidad, entre los que se encuentra el aceite vegetal (Oleocosta y Oleocali) que produce la mencionada sociedad en su establecimiento industrial.

La Sala no está de acuerdo con la interpretación que al respecto plantea el apelante, puesto que en materia tributaria, los beneficios son de carácter restrictivo, no caben interpretaciones laxas como las que formula el Procurador Catorce Delegado del Tribunal Administrativo del Atlántico, para forzar la viabilidad de una exención que, indiscutiblemente fue suprimida por la Ley 29 de 1963.

Es criterio definido no sólo por la jurisprudencia de la Sección Cuarta, sino también por la Jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, que la Ley 29 de 1963 suprimió las prohibiciones de imponer gravámenes a la producción de artículos alimenticios de primera necesidad y a los establecimientos destinados a la producción de los mismos, y que mantuvo, la relacionada con el tránsito de esos artículos, así como la prohibición de gravar la producción primaria, agrícola y ganadera; dentro de la cual cabría la prohibición de gravar artículos alimenticios de primera necesidad, pero, a los obtenidos en la etapa de producción primaria, que no sería el caso de la producción de aceites vegetales para uso humano, puesto que éstos se obtienen dentro de un proceso industrial. (Sentencia del 24 de mayo/83, expediente 10.906, Consejero de Estado Dr. Bernardo Ortiz Amaya).

El artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, textualmente dice lo siguiente:

"Los impuestos de industria y comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podrán ser materia de exención o

exoneración por ninguna entidad distinta de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá, **pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios".**

Es de meridiana claridad que la disposición anterior, de una parte, autorizó a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, a gravar con el impuesto de industria y comercio, los hechos imponibles establecidos en las Leyes 97 de 1913, 84 de 1915, y de otra, determinó de manera concreta, las exenciones que subsistían, limitándolas sólo a "la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios". Lo que significa que las exenciones existentes hasta cuando entró en vigencia la Ley 29 de 1963, quedaron modificadas, subsistiendo únicamente las contempladas en el artículo 3o. de esta normatividad.

Está probado en el proceso que la sociedad actora, produce aceites vegetales para el consumo humano (Oleocosta y Oleocali) y que dicho proceso es eminentemente industrial, según la visita que le practicó el Municipio de Barranquilla, y además, reconocido en la demanda, pues en ella como primer hecho se indica: "La sociedad Aceites del Caribe S.A, es un establecimiento industrial que se dedica exclusivamente a la producción de aceites vegetales comestibles, para la mesa y la cocina (Oleocosta y Oleocali)..."

Por consiguiente, como la exención que consagra la Ley 29 de 1963, no rige para los establecimientos dedicados a la producción industrial de aceites para consumo humano, ni para los artículos de primera necesidad, cuyo concepto no encaja en la "producción primaria" y tampoco en el concepto de "tránsito de productos alimenticios", la sentencia del Tribunal merece confirmarse como lo solicita el Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase. 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 Sección; *Jaime Abella Zárate, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos,*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA NO PRESENTADA. BASE GRAVABLE. CORRECCION DE DECLARACION TRIBUTARIA. PROYECTO DE DECLARACION

La cuestión atinente a si debía entenderse cumplido el supuesto de hecho del artículo 580 letra c) del Estatuto Tributario, invocado por la Administración, para dar por no presentada la declaración tributaria, se demostró claramente la ostensible ilegalidad de tal conclusión, pues siendo el código de la actividad económica y el valor del impuesto "factores necesarios" registrados en dicha declaración, suficientes para "identificar" la "base gravable" que los funcionarios impositivos habían echado de menos, la misma debía tenerse por "corregible" y no por "no presentada", concediéndose plena eficacia al proyecto de corrección de la declaración presentado entonces por la actora.

PROYECTO DE CORRECCION DE DECLARACION - Firmeza. **ADMINISTRACION TRIBUTARIA** - Negligencia.

La circunstancia de que la Administración, negligentemente, hubiera dejado de transcurrir, no uno, sino dos lapsos para estudiar los proyectos de corrección de las declaraciones de los períodos discutidos que se habían sometido a su consideración, a saber, cuando se presentaron estos el 14 de marzo de 1991, y cuando se libraron los emplazamientos para corregir, implicaba que consentía tales proyectos en su integridad, como bien lo sostiene la parte demandante, pues, el artículo 589 ib. es suficientemente explícito, en el sentido de que, anexado el proyecto de corrección, "la Administración debe practicar la liquidación de corrección, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la solicitud; si no se pronuncia dentro de este término, el proyecto de corrección sustituirá la declaración inicial...". Si "los valores declarados por concepto de bases, impuestos y

saldos" contenidos en los proyectos de corrección, no fueron discutidos por la Administración, esto ocurrió, casualmente por las actuaciones contradictoras e ilegales de aquella, cuyas consecuencias obviamente no podían hacer recaer en la contribuyente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Santa Fe de Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación 5961. Apelación sentencia de 25 de Agosto de 1994 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Impuestos sobre las ventas de los bimestres 4° y 6° de 1989 y 1°, 3°, 4° y 5° de 1990. Actor: Caja de Compensacion Familiar de la Industria y Comercio de Palmira, Comindustria. Fallo

Las Partes, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE LA INDUSTRIA Y COMERCIO DE PALMIRA, COMINDUSTRIA, la actora, y el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la demandada, apelan de la sentencia de primer grado, de 25 de Agosto de 1994, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en los contenciosos de restablecimiento fiscal acumulados, referentes al impuesto sobre las ventas de los bimestres 4° y 6° de 1989 y 1°, 3°, 4° y 5° de 1990, promovidos contra las resoluciones # 013, #015, #016, #018 y #020 de 8 de Abril de 1991, y #059, #057, #048, #050, #051 y #052 de 23 de Abril de 1992, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos Nacionales del Valle del Cauca.

Sobre los recursos, cumplido el trámite propio de la instancia procede a resolver la Sala.

ANTECEDENTES

Mediante las primeras de las citadas resoluciones, las de 8 de Abril de 1991, se denegó la solicitud de corrección de las declaraciones correspondientes a los bimestres antes señalados, argumentándose que las declaraciones iniciales se debían tener como no presentadas, ya que no contenían, "los factores necesarios para identificar las bases gravables", de conformidad con el literal c) del artículo 580 del Estatuto Tributario, actuación confirmada por las restantes resoluciones, en surtimiento del recurso existente.

LAS DEMANDAS

Afirman que se realizó por la Administración, con oficio de 27 de Febrero de 1991, visita persuasiva, en el curso de la cual los comisionados sugirieron la corrección de las declaraciones de que se habla, en vista de algunas inconsistencias en éstas, a lo que se había accedido el 14 de Marzo subsiguiente, mediante correcciones que no variaban el saldo a favor original, pero que, posteriormente, fueron rechazadas por los actos acusados de 8 de Abril de 1991, con el pretexto de tener por no presentadas las declaraciones iniciales; el 10 de Abril siguiente, con oficio, se invitó a la responsable a corregir las declaraciones en cuestión, con sanción por extemporaneidad; y el 20 de Mayo, se libró emplazamiento para corregir, también con sanción, procediendo la contribuyente a ello, el 5 de Junio, con sanción por corrección, produciéndose, por la Administración, el 26 de Febrero de 1992, oficio persuasivo, según el cual, las declaraciones de corrección de 5 de Junio de 1991, debían liquidar, además, sanción por extemporaneidad, por ser las mismas, "las declaraciones iniciales"; finalmente, el 23 de Abril de 1992 se fallaron adversamente los recursos gubernativos, en el mismo sentido de las resoluciones recurridas, de tenerse por no presentadas las declaraciones iniciales, y el 1° de Julio siguiente, se produjo otro emplazamiento para corregir.

Indican violados los artículos 2, 4, 6, 29, 83, 288 y 363 de la Constitución; 574, 575, 579, 580 literal c), 589, 600, 601, 602, 683, 742 y 933 del Estatuto Tributario; 2, 3, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo; y 17, parágrafo, 60, parágrafo y 61 del Decreto 1643 de 1991; también, la instrucción DIM #02 de 1990.

Explican, que las declaraciones iniciales de los períodos en controversia, satisfacían el contenido y demás requisitos previstos en el artículo 602 del Estatuto Tributario, pues, aunque se había omitido registrar en ellas el monto de los "ingresos por operaciones gravadas", la Administración conocía tanto el valor del impuesto generado por éstas, como la tarifa, que era del 10%, pudiéndose establecer fácilmente los ingresos en cuestión (multiplicando la tarifa por el impuesto), sin que de "un error mecanográfico o (de) una deficiente discriminación de factores" fuera razonable deducir el incumplimiento de la obligación de declarar, debiendo, en cambio, haberse admitido las declaraciones de corrección presentadas, tratándose simplemente de haberse suministrado cifras "incorrectas", susceptibles de enmienda, de acuerdo con el criterio de la instrucción DIM #02 de 9 de Enero de 1990 y lo dispuesto por los artículos 580 y 589 del Estatuto Tributario, que era un derecho de la responsable, vulnerado por los actos acusados por extralimitación de funciones y desconocimiento del derecho de defensa, del debido proceso y de la

justicia y equidad, más cuando originalmente, la propia Administración había indicado el sometimiento al procedimiento de la corrección que después desestimó, ignorándose los principios de oficiosidad y eficacia de los procedimientos y las normas en materia de pruebas y motivación de las decisiones.

La actuación de la Administración fue "confusa" y "contradictoria", pues el emplazamiento para corregir, de 20 de Mayo de 1991, implicaba el reconocimiento de que las declaraciones iniciales sí habían sido presentadas y eran susceptibles de corrección, frente a la tesis contraria de tener que declarar, por no entenderse presentadas las declaraciones iniciales, pudiendo la contribuyente afectada por tales decisiones escoger el procedimiento que le fuera más favorable, en el caso, el de las correcciones.

LA SENTENCIA

Encuentra dada la contradicción advertida por la demandante en los actos de la Administración, por el hecho de que, por una parte, se rechazaran las correcciones pedidas, teniendo por no presentadas las declaraciones que se intentaba corregir, y por otra, se expidieran emplazamientos para corregir dichas declaraciones iniciales, lo que implicaba admitir que éstas sí se habían presentado, contradicción que daría lugar a que se anularan los actos impugnados, "ya que por su error (el de la entidad demandada), la contribuyente presentó corrección a la declaración tributaria, entendiéndose por presentada su declaración inicial..."; sobre el particular, se transcriben apartes de la sentencia de 10 de Septiembre de 1993, de la misma Sección del Tribunal.

Concluye con el reconocimiento del "proyecto de corrección presentado a la declaración privada (sic) de los respectivos períodos fiscales", pero niega la petición, "en el sentido de confirmar los valores declarados por concepto de bases, impuestos y saldos contenidos en el referido proyecto de corrección, por cuanto en los actos acusados no se controvierten determinaciones de valores por dichos conceptos..."

RECURSOS DE LA DEMANDADA

Sostiene, que el Tribunal no analizó si los actos acusados se conformaban, o no, a las normas invocadas por la Administración, limitándose a consideraciones de otra índole, "tal como ser contradictoria la actuación de la entidad demandada".

Igualmente, que los emplazamientos para corregir y los oficios persuasivos, se produjeron, "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 los actos administrativos expedidos para cada caso, que la declaración de ventas se tenía por no presentada y bajo esta actuación se cumplieron las resoluciones anteriores".

En su alegato de conclusión, reproduce apartes de la sentencia de la Sala, de 15 de Abril de 1994, dictada en el proceso #5293 con ponencia de la señora Consejera Consuelo Sarria Olcos, expresando no compartir sus términos, ni los de la sentencia apelada, por cuanto sus planteamientos, habrían omitido analizar la conformidad, o no, de la actuación acusada "con lo preceptuado por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo", esto es, si tal actuación se ajustaba, o no, a derecho. Por otro aspecto, insiste en que las informalidades de las declaraciones iniciales en discusión, no eran saneables mediante los razonamientos que pretende la demanda y que se habrían acogido en la sentencia antes citada; y aunque admite que la Administración no estudió los proyectos de corrección de las declaraciones de los períodos controvertidos, dice que se obró así porque, precisamente, dichas declaraciones se habían tenido por no presentadas.

RECURSO DE LA ACTORA

Se contrae al desconocimiento, en la sentencia "de que los valores contenidos en los proyectos de corrección, son correctos".

Repite argumentos fundamentales de la demanda, en particular, el referente al "derecho a corregir la declaración" basado en el artículo 589 del Estatuto Tributario, concluyendo que transcurrido el término de seis meses, previsto por el precepto, para que la Administración se pronunciare sobre los proyectos de corrección de las declaraciones en cuestión, éstas "entendidas como un todo comprensivo de formas y valores", se debían tener como definitivos, pues se supondría que la Administración convalidaba y aceptaba aquellos aspectos que, debiendo ser objeto de su análisis, no fueron glosados, reconociéndose tácitamente su validez, así no se hubiera referido a los mismos.

En su alegato de conclusión, la demandante remite al escrito de su recurso contencioso.

LA SALA CONSIDERA

1. En la sentencia de 15 de Abril de 1994 citada por la demandada en su alegato de conclusión que dirimió, en caso análogo entre las mismas partes, la cuestión atinente a si debía entenderse cumplido el supuesto de hecho del artículo 580, letra c) del Estatuto Tributario, invocado por la Administración, para dar por no presentada la declaración tributaria, se demostró claramente la ostensible ilegalidad de tal conclusión, pues, siendo el código de la actividad económica y el valor del impuesto, "factores necesarios", registrados en dicha declaración, suficientes para "identificar" la "base gravable" que los funcionarios impositivos habían echado de menos, la misma debía tenerse por "corregible" y no por "no presentada", concediéndose plena eficacia al proyecto de corrección de la declaración presentado entonces por la actora. Como en el presente asunto, la situación suscitada por los actos acusados no difiere de la antes descrita, necesariamente procede idéntica decisión, declarándose la nulidad de los actos acusados por flagrante violación, entre otros, del precepto antes citado y de los artículos 589, sobre "correcciones que no varíen el valor a pagar, o que lo disminuyen, o aumenten el saldo a favor", y 602 referente al "contenido de la declaración bimestral de ventas", todos del Estatuto Tributario, punto en el que la sentencia merece ser confirmada.

2. La circunstancia de que la Administración, negligentemente, hubiera dejado transcurrir, no uno, sino dos lapsos para estudiar los proyectos de corrección de las declaraciones de los períodos discutidos que se habían sometido a su consideración, a saber, cuando se presentaron éstos el 14 de marzo de 1991, y cuando se libraron los emplazamientos para corregir, implicaba que consentía tales proyectos en su integridad, como bien lo sostiene la parte demandante, pues el artículo 589 ib. es suficientemente explícito, en el sentido de que, anexado el proyecto de corrección, "la Administración debe practicar la liquidación de corrección, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la solicitud; si no se pronuncia dentro de este término, el proyecto de corrección sustituirá la declaración inicial...".

Si "los valores declarados por concepto de bases, impuestos y saldos", contenidos en los proyectos de corrección, no fueron discutidos por la Administración, según lo aduce el Tribunal, esto ocurrió, casualmente, por las actuaciones contradictorias e ilegales de aquella, cuyas consecuencias, obviamente, no se podían hacer recaer en la contribuyente, aspecto en el que la sentencia es desacertada y debe revocarse.

Finalmente, no es cierto, ni constituye justificación de sus actos, que la Administración pueda producir emplazamientos y oficios persuasivos "de carácter

general", en contravía de situaciones jurídicas individuales ya consolidadas mediante actuaciones precedentes, porque ello es atentatorio de la certeza jurídica a que tiene derecho todo contribuyente o responsable, por principio constitucional. Tampoco lo es, que las normas legales y las situaciones concretas que derivan de su correcta o incorrecta aplicación, no sean susceptibles de interpretación mediante los "razonamientos" que censura la abogada de la parte demandada, porque sin dichos "razonamientos", la ley carecería de efecto práctico y las situaciones particulares perderían todo significado.

Así las cosas, el recurso de la entidad demandada no puede prosperar, como sí el interpuesto por la demandante.

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:

Revócase la sentencia apelada, pero solo en cuanto niega la petición de que se confirmen "los valores declarados por concepto de bases, impuestos y saldos, contenidos en (los) referidos proyectos de corrección".

En su lugar, declárase que los referenciados proyectos de corrección, presentados el 14 de Marzo de 1991, sustituyeron, para cualquier efecto legal, las respectivas declaraciones iniciales, sin que se causara sanción por corrección, aunque sin perjuicio de la facultad de revisión oficiosa.

La Doctora MIRYAM HERLINDA RONCANCIO TELLEZ tiene personería para actuar en la parte demandada.

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

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.

SECCION QUINTA

JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. EDILES - Inhabilidades. **SANCION PENAL. SUSPENSION PROVISIONAL**

La Ley 136 de junio 2 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización de los municipios, en su artículo 124 estableció el régimen de inhabilidades para los miembros de las Juntas Administradoras. El numeral 1 de la disposición, inhabilita a quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección en los casos de delitos culposos o políticos. El elegido fue condenado a la pena de seis meses de arresto por el delito de inasistencia familiar y por estar la condena enmarcada dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, que es el término establecido en la norma, es indudable que sin necesidad de recurrir a análisis jurídico alguno, aparece clara la transgresión debiendo por lo tanto suspenderse provisionalmente en sus efectos, el acto transgresor.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., enero doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 1189 Actor : Ministerio Público Electoral Unica Instancia -Nombramiento-

En su calidad de Agente del Ministerio Público, el ciudadano Marco Marín Vélez en escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, demanda la nulidad del acta de escrutinio de fecha noviembre 3 de 1994, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual se declaró la elección del señor FERNANDO DE JESUS FERNANDEZ HENAO, como miembro de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas de Pereira, para el período 1995-1997.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita el actor en el mismo texto de la demanda, la suspensión provisional del acto de elección impugnado, "ya que el artículo 124 numeral 1 de la Ley 136 de 1994 es claro al disponer que no podrán ser elegidos miembros de Juntas Administradoras Locales, quienes hubieren sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de diez años anteriores a la elección".

Aduce como prueba de la sanción penal, copia de la sentencia de primera instancia, proferida el 8 de junio de 1992 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pereira según la cual el señor Fernández Henao fue condenado a pagar seis meses de arresto, por el delito de inasistencia alimentaria. Igualmente la constancia de encontrarse debidamente ejecutoriada.

El expediente llegó por competencia, en virtud de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A., que le otorga su conocimiento a esta Corporación, cuando no exista regla especial que determine aquella.

Avocando entonces el conocimiento se procede inicialmente a resolver la petición de suspensión provisional, ya que la demanda por reunir los presupuestos legales, deberá ser admitida.

CONSIDERACIONES

En efecto, la Ley 136 de junio 2 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización de los municipios, en su artículo 124 estableció el régimen de inhabilidades para los miembros de las Juntas Administradoras. El numeral 1 de la disposición, inhabilita a quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.

El artículo 152 del C.C.A., prescribe que si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Es evidente que en el evento *sub-exámine*, de la confronta-ción directa entre el acto acusado mediante la cual la Comisión Escrutadora Municipal de Pereira, declaró electo al ciudadano FERNANDO HERNANDEZ HENAO como miembro de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas de Pereira para el período

1995-1997, y el artículo 124 numeral 1 de la Ley 136 de 1994, se aprecia *prima facie* y de manera manifiesta, la violación de este precepto. El ostensible quebrantamiento de la norma, lo demuestra la sentencia ejecutoriada que en fotocopia auténtica se adujo con la solicitud. Esta providencia tiene fecha de junio 8 de 1992 y quedó en firme el 19 del mismo mes y año. Al haber sido dictada por funcionario público en ejercicio del cargo, esto es la Juez 5 Municipal de Pereira, tiene la calidad de documento público conforme a lo dispuesto por el art. 251 inciso 3 del C. de P.C. Establece esta prueba que el elegido Fernández Henao, fue condenado a la pena de seis meses de arresto por el delito de inasistencia familiar y por estar la condena enmarcada dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, que es el término establecido en la norma, es indudable que sin necesidad de recurrir a análisis jurídico alguno, aparece clara la transgresión debiendo por lo tanto suspenderse provisionalmente en sus efectos, el acto transgresor. Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Primero : Admítese la demanda. En consecuencia se dispone: a.-) Notificar esta providencia por edicto que se fijará durante cinco (5) días en la Secretaria de la Sección. b.-) Notifíquese personalmente al Ministerio Público. c.-) Fíjese en lista por el término de tres (3) días, una vez cumplido el término de notificación, con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y pedir pruebas.

Segundo : Decrétase la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Comuníquese la decisión al Presidente de la Junta Administradora Local Comuna Tribunas de Pereira para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miren de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño, Ausente con excusa legal.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE ENCARGADO. FILIACION POLITICA. PRESUNCION DE LEGALIDAD. CARGA DE LA PRUEBA

La disposición pretensamente transgredida lleva implícita una presunción legal, que admite prueba en contrario (art. 176 inc. 2o. del C.P.C.). Su análisis indica que la carga procesal, compete al actor, pues ataca el acto administrativo con el argumento de que "...el nominador ocasional no observó las disposiciones que lo obligan a designar un alcalde encargado perteneciente al mismo movimiento o filiación política del elegido..." Correspondería entonces, acreditar de manera fehaciente, a cuál movimiento y partido político pertenecen o están afiliados tanto el alcalde encargado como quien fue objeto de relevo, y la diferencia de esa adscripción.

ALCALDE ENCARGADO - Inhabilidades. **PENSIONADO. NULIDAD ELECTORAL** - Causales. **PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. ANALOGIA** - Improcedencia.

La razón alegada como causal no está prevista en norma alguna constitucional o legal, como causal de nulidad de nombramiento de alcalde. Esas inhabilidades son, exclusivamente, las previstas en precepto jurídico vigente, en razón de su carácter restrictivo. No es, entonces, procedente deducirlas por interpretación o extensión, analógicas. Las normas que regulan el nombramiento acusado no prevén, como causal de inhabilidad o impedimento, la condición alegada. Del estudio de la Ley 78 de 1986 y su modificatoria, la Ley 49 de 1986 y su modificataria, la Ley 49 de 1987, vigentes al tiempo de la designación de la demandada en el cargo de Alcalde de Flandes, es dable concluirlo así, razón bastante para que la acusación no pueda prosperar.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia : Expediente No. 1173 actor : Luis Angel Martínez Sendoya

Por apelación que interpuso la parte actora, conoce la Sala de la sentencia proferida el 6 de septiembre del pasado año por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual negó la declaratoria de nulidad del Decreto No. 389 de 30 de marzo pasado que profirió el Gobernador de dicho Departamento para designar a María Orocia Castañeda Flórez como alcalde encargada del municipio de Flandes. Satisfecha la ritualidad propia a la segunda instancia y no encontrando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que a derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes:

HECHOS:

El ciudadano Luis Angel Martínez Sandoya demandó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se designó alcalde encargada para el municipio de Flandes a María Orocia Castañeda Flórez, en reemplazo de Ramiro Alfonso Quimbayo Monje.

La razón de la demanda se hace consistir, primero, en que el nominador no cumplió con las normas que lo obligan a designar un alcalde encargado "perteneciente al mismo movimiento y filiación política del elegido" y, segundo, porque la persona nombrada ostenta la condición de jubilada a cargo del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo cual no podía reintegrarse al servicio público ante la incompatibilidad existentes entre pensión y sueldo, dado que la pensión es irrenunciable.

Invoca como normas violadas el artículo 19 de la Ley 78 de 1986 en armonía con "los artículos 4o.- *in fine* - y 301 - 1 que obligan a todos los nacionales y - particularmente- a los gobernadores, a cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y demás disposiciones administratiivas de orden superior". Igualmente los artículos 48, 53 y 128 de la Carta Fundamental en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y la Ley 100 de 1993, artículo 3 y 11 (penúltimo inciso).

LA SENTENCIA MOTIVO DEL RECURSO:

El *a-quo* negó las pretensiones de la demanda con el argumento de que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades para ser elegido o designado alcalde deben estar señaladas de manera expresa en la Constitución o la ley; y respecto a la situación que se plantea con respecto de la Ley 4a. de 1992 en su artículo 19 frente al artículo 128 de la Constitución Nacional reclama un correctivo distinto a la nulidad electoral.- Se agrega en la providencia apelada que el *status* de pensionado no constituye causal de inhabilidad para ser elegido o designado alcalde. Dice el fallo que corresponde al accionante "Probar plenamente que el alcalde nombrado no pertenecía a la asociación partidista del que se iba a reemplazar" y en el presente caso tal presupuesto no se dió; en consecuencia, "hay que aceptar que la nombrada sí pertenecía al movimiento o filiación política de la primera autoridad elegida popularmente en dicho municipio..." (fl. 62-65).-

EL RECURSO DE APELACION:

Inconforme el actor con la decisión tomada interpuso recurso de apelación, en él da por reproducidos a título de sustentación, los argumentos que expuso en la demanda (fl. 66).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso solicita la confirmación de la sentencia recurrida, en razón a que el actor no desvirtuó "la presunción de legalidad que ampara el acto acusado" de una parte y, de otra, siendo irrenunciable el derecho a la pensión si se puede renunciar a las mesadas "originadas en ella, cuando se accede a otro cargo público, pues lo que está prohibido es percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público." (fl.. 77 a 84).-

CONSIDERACIONES:

Las pretensiones de la demanda se encaminan a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el decreto mediante el cual el gobernador del Tolima designó alcalde encargado del municipio de Flandes a María Orocia Castañeda Flórez, en reemplazo de quien fuera elegido por voto popular y suspendido por causa penal.

El fundamento de ellas se hace consistir, primero, en el hecho de que el gobernador no observó lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 78 de 1986, que obli-

ga a designar alcalde encargado a persona "perteneciente al mismo movimiento y filiación política del elegido"; y, segundo, por la concurrencia en la alcaldesa encargada de una incompatibilidad, porque siendo pensionada del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles de Colombia, derecho que es irrenunciable, no puede percibir sueldo por el ejercicio del cargo para el que se le ha designado, ante la expresa prohibición constitucional (art. 48, 53, 128) y legal (art. 19 de la Ley 4 de 1992 y Ley 100 de 1993, art. 3 y 11 penúltimo inciso).-

EXAMEN DE LOS CARGOS:

1) Violación del art. 19 de la Ley 78 de 1986, al designar el Gobernador del Tolima a la señora María Orocia Castañeda como alcalde encargada de Flandes.-

Preceptúa la citada disposición:

"El Presidente de la República y los gobernadores, intendentes o comisarios designarán alcaldes del mismo movimiento y filiación política del titular en los casos de faltas absolutas o temporales"

"Si las faltas fueren temporales, salvo la suspensión, el alcalde encargará del despacho a uno de sus secretarios o al secretario. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o de la alcaldía asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de los secretarios".

De la lectura del acto acusado, contenido en el Decreto No. 389 del 30 de marzo de 1994, se colige que lo sustentó en normas específicas, por cuanto para suspender al alcalde elegido popularmente se atendió a las causales prescritas en el art. 18 de la ley en cita y, a su vez, para designar su reemplazo se siguió lo dispuesto en el art. 19 *ibídem*.

La disposición pretensamente transgredida lleva implícita una presunción legal, que admite prueba en contrario (art. 176 inc. 2o. del C.P.C.). Su análisis indica que la carga procesal, compete al actor, pues ataca el acto administrativo con el argumento de que "... el nominador ocasional no observó las disposiciones que lo obligan a designar un alcalde encargado perteneciente al mismo movimiento o filiación política del elegido ...".

Correspondía, entonces acreditar de manera fehaciente, a cuál movimiento y partido político pertenecen o están afiliados tanto el alcalde encargado como quien fue objeto del relevo, y la diferencia de esa adscripción.

Las pruebas aportadas por el actor permiten, por el contrario, presumir que María Orocia Castañeda Flórez hace parte, mientras no se demuestre lo contrario, de la causa política del alcalde reemplazado. Es lo que se desprende del oficio suscrito por Ramiro Alfonso Quimbayo Monje, alcalde popular suspendido, en el que sugiere al Gobernador del Departamento con otro nombre más, el de María Orocia Castañeda Flórez para que se la designe en su reemplazo, sugerencia acogida por el mandatario departamental (fl. 2, 12, 13).

En conclusión, por falta de la prueba de los supuestos fácticos invocados para sustentar la pretensión por el aspecto dicho, el cargo no prospera.

2) La designación de María Orocia Castañeda Flórez es inconstitucional e ilegal por encontrarse jubilada a cargo del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Al respecto se afirma que ella no podía vincularse con el servicio público "... por la incompatibilidad entre pensión y sueldo, dado que la pensión es irrenunciable".

Pero la razón alegada como causal no está prevista en norma alguna, constitucional o legal, como causal de nulidad de nombramiento de alcalde. Esas inhabilidades son, exclusivamente, las previstas en precepto jurídico vigente, en razón de su carácter restrictivo. No es, entonces, procedente deducirlas por interpretación o extensión analógica.

En el caso *sub-exámine* las normas que regulan el nombramiento acusado no prevén, como causal de inhabilidad o impedimento, la condición alegada.- Del estudio de la Ley 78 de 1986 y su modificatoria, la Ley 49 de 1987, vigentes al tiempo de la designación de la precitada María Orocia Castañeda en el cargo de Alcalde de Flandes, es dable concluirlo así, razón bastante para que la acusación no pueda prosperar.

La Sala ya se pronunció en caso similar con ponencia de quien conduce esta segunda instancia, en el expediente No. E- 0277 actor, Luis Eduardo Martínez Sendoya, sentencia del 19 de diciembre de 1989, donde entre otras cosas, dijo.

> "Y, en segundo lugar, no es dable admitir la configuración de causal de inhabilidad para ser elegido o nombrado alcalde, por tener el derecho y goce de pensión de jubilación, por cuanto la Ley 78 de 1986, que desarrolló parcialmente el Acto Legislativo No. 1 de 1986 sobre la elección popular de alcaldes, y la Ley 49 de 1987, que la modifica y adiciona, constituyen régimen especial para la elección de dicho funcionario. En efecto, allí se establecen las condiciones o requisitos de elegibilidad, las causales de inhabilidad, las incompatabilidades, las causales de vacancia, las de destitución o suspensión,

prohibiciones, etc., además de lo concerniente a fecha de elección, período, funciones, normas electorales, competencia para conocer de las demandas de nulidad de esas elecciones y término de caducidad de la acción.- En todos esos aspectos, salvo lo dispuesto en leyes posteriores, es necesario acogerse a las previsiones de esos estatutos.- Y con mayor razón tratándose de causales de inhabilidad, que por su carácter restrictivo son siempre taxativas, debiendo estar expresamente determinadas en la norma, como que implican limitaciones al ejercicio del derecho a ser elegido alcalde.- Por ende, no estando expresamente determinada en el régimen de la elección de alcalde, como causal de inhabilidad, la prohibición de reintegrarse al servicio oficial de quien goce de pensión de jubilación no cabe incluir o tener esa situación como tal, por criterio meramente analógico o por remisión de normas."

Cabe concluir, por ende, que si María Orocia Castañeda Flórez percibe doble asignación (como alcalde y jubilada), lo cual tampoco está demostrado en el proceso, el correctivo por la transgresión del artículo 19 de la Ley 4a. de 1992 no sería la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento sino la aplicación de lo estatuido en el artículo 10 de la Ley 49 de 1987, esto, es, adelantar investigación disciplinaria de conformidad con la Ley 13 de 1984.

En esas circunstancias, como lo solicita la colaboradora del Ministerio Público, la sentencia apelada debe ser confirmada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia recurrida, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima del 6 de septiembre el presente año, que negó la nulidad del nombramiento de María Orocia Castañeda Flórez como alcalde del Municipio de Flandes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Esta providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión de hoy 19 de enero de 1995.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia de diciembre 19 de 1989, Exp. E-0277, Ponente: Dr. *Amado Gutiérrez Velásquez,* actor: Luis Eduardo Martínez Sendoya.

INSCRIPCION DE CANDIDATURA. ACTO DE TRAMITE. ACTO PREPARATORIO

El Consejo de Estado ha señalado que la inscripción de candidaturas para cargos de elección popular constituye una actuación previa, preparatoria dentro del marco del proceso electoral que tiene por objeto el desarrollo y culminación del mismo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sala Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., Enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 1185. Actor: Hernando de Jesús Vallejo Toro

De plano, conforme está previsto en el artículo 232 del C.C.A, resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto calendado a 19 de octubre de 1994, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, el señor Hernando de Jesús Vallejo Toro en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de la inscripción del doctor Luis Alirio Duque como candidato a la alcaldía del municipio de Cisneros, Antioquia, para las elecciones del 30 de octubre de 1994, con fundamento en que el susodicho ciudadano celebró contrato de prestación de servicios profesionales en el mes de diciembre de 1993 con el mencionado municipio, encontrándose inhabilitado al momento de la inscripción como candidato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 95, 5o. de la Ley 136 de 1994.

En escrito aparte solicitó la suspención provisional del acto de inscripción acusado.

LA PROVIDENCIA APELADA Y SU FUNDAMENTO

El Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda y, en consecuencia, se declaró inhibido para pronunciarse respecto de la solicitud de suspención provisional, señalando en esencia que la diligencia de inscripción de una candidatura no es un acto administrativo impugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Adujo jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

EL RECURSO

El apoderado del demandante manifiesta que el propósito del legislador al establecer las inhabilidades fue el de evitar que se inscribieran como candidatos a corporaciones o cargos personas inescrupulosas, consagrando el principio de la capacidad electoral, a fin de que accedan a tales cargos personas intachables y la elección traduzca la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos con respecto a los candidatos inscritos conforme a la ley.

Expresa que no obstante existir el criterio según el cual, el acto de inscripción es de trámite y no es objeto de la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cierto es que la Ley 85 de 1981, en su artículo 36, "...faculta al respectivo TRIBUNAL ADMINISTRATIVO PARA ANULAR TALES ACTOS, de quienes se compruebe plenamente que no reúnen las calidades exigidas o están inhabilitados para ser elegidos conforme a la Constitución Nacional y a la ley..." (Fl. 64).

Agrega que resulta aún más claro que el acto de inscripción de una candidatura es anulable en forma directa por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, puesto que casos como el presente encuadran dentro de los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral, cuyo conocimiento está asignado a la Sección Quinta de Consejo de Estado mediante el Acuerdo No. 39 de 1990 sobre repartimiento de los negocios asignados a la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Señala la Ley 85 de 1981 "...le dió carácter de acto administrativo puro y simple, desligable del proceso electoral, al acto de inscripción de una candidatura

para un cargo de elección popular y en tal virtud, le dejó a los ciudadanos la capacidad de impugnarlos o impugnarlos en forma directa, sin esperar que se desarrollo (sic) el proceso electoral en forma completa ya que a este último (sic) también es susceptible de la acción pública de Nulidad y sin perjuicio de la contemplada en el artículo 36 de la ley ya en cita". (Fl. 65).

Resalta que al Juzgador no se le ha otorgado facultad para cambiar el sentido de la ley que siendo clara no admite reparos en su aplicación. Que cuando media una circunstancia inhabilitante también la elección queda viciada de nulidad y para dejarla sin efecto es necesario el ejercicio oportuno de la acción electoral, distinta de la que establece el artículo 36 de la Ley 85 de 1981 para la cual se contempló un término de caducidad de cinco días contados a partir de la fecha de la inscripción del candidato, inhabilitado, término que, según dice, "...ha de entenderse desde el momento en que el ciudadano que va a ejercitar la acción pública ha tenido conocimiento de la inhabilidad". (Fl. 67).

Por todo lo anterior solicita que se revoque la providencia impugnada y en su lugar se admita la demanda.

CONSIDERACIONES

Comparte la Sala íntegramente las razones del *a-quo* expresadas en la providencia mediante la cual inadmitió la demanda, por cuanto como allí se señala no todos los actos administrativos pueden ser materia de impugnación dado que existe restricción respecto de aquellos que no producen efectos definitivos.

Con fundamento en ese criterio el Consejo de Estado ha señalado que la inscripción de candidaturas para cargos de elección popular constituye una actuación previa, preparatoria dentro del marco del proceso electoral que tiene por objeto el desarrollo y culminación del mismo.

Al respecto, en auto de fecha 26 de septiembre de 1991, expediente No. 0573, Actor Pedro Cadena Molina con ponencia del H. Consejero Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía la Sala expresó lo siguiente:

> "...Siendo un acto preparatorio, no definitivo ni definitorio, ha dicho esta corporación que no es demandable separadamente, en forma anticipada a la declaración de elección, sea cual fuere el vicio de ilegalidad que se le endilgue.

Este criterio que la Sala reitera, tiene su fundamento legal; el artículo 229 del C.C.A. que al referirse a la individualización del acto acusado, dispone: " Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos."

En aplicación de esta disposición la Sala en auto del 21 de mayo de 1986, en el electoral No. 021, precisó:

" Es pues el actó final y no uno previo o intermedio el que debe impugnarse y de ahí que no pueda interpretarse la nulidad de tales actos administrativos electorales, en forma autónoma sino impugnando directamente la nulidad de la declaratoria de elección, aunque los vicios de nulidad se prediquen de tales actos previos o de trámite electoral".

Estas breves consideraciones son suficientes para confirmar el auto apelado.

En cuanto al artículo 36 de la Ley 85 de 1981 que invoca el apelante es improcedente, por cuanto tal disposición fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia No. 58 de agosto 10 de 1982, con ponencia del H. Magistrado Doctor Ricardo Medina Moyano, expediente No. 956, actores Mario Latorre Rueda y Nemesio Camacho R.

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

RESUELVE

1o.- Confírmase el auto de fecha octubre 19 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, inadmisoria de la demanda.

2o.- En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez Presidente, Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario

Exp. No. 1185 Actor Hernando de Jesús Vallejo Toro

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera el auto de 26 de septiembre de 1991, Exp. 0573, Ponente; Dr. *Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* actor: Pedro Cadena Molina.

ICBF - Ley Orgánica. **JUNTA DIRECTIVA** - Presidente. **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**- Facultades. **PRIMERA DAMA DE LA NACION**

La Ley 79 de 1979 mediante la cual se reorganizó el I.C.B.F. dispone en su artículo 25: " La Junta Directiva será presidida por la persona que el presidente designe ", así quedó en vigencia esta disposición después de haber sido recortada en parte el pronunciamiento de inexequibilidad. Por su contenido se desprende con toda claridad, que el Presidente de la República tiene la facultad discrecional de nombrar y remover a la persona que debe presidir la Junta Directiva del I.C.B.F., incluso a la Primera Dama de la Nación, quien como quedó visto no se halla inhabilitada para ese ejercicio y además, de acuerdo a su hoja de vida tiene formación, experiencia, méritos, calidades y aptitudes para cumplirlo con probidad y eficiencia.

PRIMERA DAMA DE LA NACION - Designación. **ICBF. ESTABLECIMIENTO PUBLICO - JUNTA DIRECTIVA. EMPLEADO PUBLICO**- Inexistencia. **MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO** - Régimen Aplicable

Indica el actor que al expedirse por el Presidente de la República con intervención del Ministerio de Salud, el Decreto No. 2059 de agosto 30 de 1994, se violó flagrantemente el anterior canon constitucional, puesto que el señor Presidente de la República mediante el citado acto, designó a sus esposa como Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F), siendo que, por ser el primer mandatario un servidor público, de acuerdo al supuesto jurídico de la norma, el nombramiento no podrá recaer en la Primera Dama de la Nación. Este cargo que es básico de la demanda, en sentir de la Sala carece de fundamento legal. Se basa en un concepto equivocado del actor, al entender que el *status* jurídico de quienes ejercen funciones públicas como miembros de las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, es de empleados de es-

te mismo carácter, cuando a la luz de la ley y la jurisprudencia, está definido que los miembros de esas entidades por el hecho de ejercer tales funciones no adquieren esa calidad. Siendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), un establecimiento público del nivel nacional, creado en virtud del artículo 50 de la Ley 75 de 1968, a los miembros de su Junta Directiva, específicamente a su presidente, no puede, en contravía de los textos legales atribuírsele arbitrariamente la condición de empleado público, para así colocarlo como sujeto destinatario de las prohibiciones contenidas en el art. 126 de la Carta, norma que expresamente las establece para nombramientos de personas comprometidas bajo la calificación de empleados, mas no respecto a aquellas que en su calidad de particulares, eventualmente cumplen funciones administrativas conforme a la facultad conferida por el art. 210 de la Constitución Nacional. Para la Sala resulta evidente, que por el supuesto de hecho alegado y examinado, el artículo 126 de la Carta no resulta quebrantado por el acto administrativo impugnado y por tanto el cargo es impróspero, siendo conveniente agregar, así no esté contemplado en la demanda -pero sí lo recuerda el interviniente a folio 44 que la Corte Constitucional en sentencia C-089A de marzo 3 de 1994, Sala Plena, al resolver sobre la naturaleza jurídica del Despacho de la Primera Dama de la Nación, frente a la Constitución de 1991, afirma que aquella no ostenta el carácter de " servidor público"-.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., enero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Referencia: Expediente No. 1168. Actor: Gregorio Rodríguez Vásquez Electoral Unica Instancia.

Procede la Sala a decidir mediante pronunciamiento de fondo, las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La acción y sus fundamentos

El ciudadano Gregorio Rodríguez Vásquez obrando en su propio nombre y en el ejercicio de la acción pública especial electoral, demandó ante esta Corporación,

la nulidad del D. 2059 de 1994 por medio del cual el Dr. Ernesto Samper Pizano en su calidad de Presidente de la República, nombró a la señora Jacquin Strouss de Samper, su esposa, como Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.).

Argumenta el accionante que por ser un servidor público, el Dr. Samper Pizano al proferir el acto administrativo impugnado, violó flagrantemente el artículo 126 de la Constitución Nacional, norma que prohíbe a tales funcionarios nombrar como empleados a personas con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente o vinculados por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Textualmente señala: " El artículo 189 *ibídem* califica al Presidente de la República como " suprema autoridad administrativa ". De esta manera, no cabe ninguna duda de que el primer mandatario es servidor público y, como tal, debe ejercer funciones obedeciendo en forma prevalente, la Constitución. Si el artículo 126 de esta obra, perentoriamente prohíbe a los servidores públicos nombrar a sus cónyuges, viola la Carta quien como el Dr. Samper, dicta un decreto para designar en un empleo público a su señora esposa...quien no entra a desempeñar el cargo luego de haber agotado un procedimiento de carrera administrativa que le diera ingreso a ella por concurso".

Además del artículo anterior citado, el actor considera que con la expedición del D. 2059 de 1994, tanto el señor Presidente de la República, como el Ministro de Salud, violaron las siguientes disposiciones constitucionales:

Artículo 1. Que califica a Colombia como país Republicano; art. 4 al establecer que la Constitución es la norma suprema; art. 2 que garantiza los derechos constitucionales y ordena proteger a todas las personas como una obligación a cargo del Estado; art. 5 porque con el nombramiento, se discriminó al designarse a una persona por ser esposa de un empleado público, y no por razón diferente; art. 13 " pues es claro que el nombramiento rompe la igualdad, tema fundamental de la actual Constitución. Otra persona con igual o mayor mérito que la designada, hubiera podido llegar a ese cargo público, pero se cerró tal oportunidad para dársela a señora del Presidente"; art. 40, numeral 7, dado que todos los ciudadanos tienen derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; art. 53 que establece igualdad de oportunidades para los trabajadores y el art. 209 cuando señala que la función pública (administrativa como en el I.C.B.F.) se ejerza en condiciones de igualdad.

Señala el demandante que la Corte Constitucional, por sentencia No. C-537/93, en el proceso D-293 de noviembre 18 de 1993, aprobada mediante acta No. 68, declaró inexequible el siguiente segmento del artículo 58 de la Ley 75 de 1968: " La Presidencia del Instituto será ejercitada por la esposa del Presidente de la República o, en su defecto de ésta, por la persona que el Presidente de la República designe libremente. -El cargo de Presidente del Instituto será *ad- honorem*. El Presidente tendrá las siguientes funciones: 1.- Presidir la Junta Directiva del Instituto..." Igualmente, el aparte del artículo 25 de la Ley 7 de 1979 que dice: "...el cónyuge del Presidente de la República o en su defecto por..."

Aduce que en la misma sentencia la Corte sostiene que el cargo de Presidente de la Junta Directiva del I.C.B.F., no implica empleo público en cabeza del nombrado y posesionado; criterio con el que discrepa por las razones que se copian textualmente:

El Decreto 2400 de 1968, en su artículo 2, define: " se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo, previa comprobación del lleno de los requisitos exigidos para su desempeño.

Artículo 3.- Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos se dividen en: de libre nombramiento y remoción y el de carrera.

Pues bien -agrega- la Presidencia de la Junta Directiva del I.C.B.F., tiene un conjunto de funciones: obviamente, de acuerdo con el artículo 24, hacer parte de tal junta, presidiéndola. De acuerdo con el parágrafo 2 de tal artículo, tendrá un período de 2 años, puesto que no forma parte de la junta en razón de otro empleo público. La Junta, con el Director del I.C.B.F., es órgano rector de tal instituto. Así, la junta toma decisiones administrativas.

Desde el punto de vista penal, artículo 63 del Código Penal, no cabe duda de que el empleo de Presidente de la Junta Directiva del I.C.B.F., es empleado oficial.

Sea de ello lo que fuere -concluye- es lo cierto que la Corte Constitucional, con base en los artículos 13 y 40 de la Carta, halló que el legislador violó la Constitución al establecer norma discriminatoria que daba a la esposa del Presidente de la República la Presidencia de la Junta Directiva del I.C.B.F..."

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro del término de fijación en lista, la señora STROUSS de SAMPER mediante apoderado legalmente constituido en escrito que obra a folios 28 y s.s., responde los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad alegados en la demanda, asumiendo su defensa con apoyo en los razonamientos que la Sala resume así:

Alega el mentado apoderado que el decreto acusado, no es violatorio del artículo 126 de la Carta, por cuanto su representada, no tiene la condición de empleado. Además debe tenerse en cuenta que la prohibición contenida en la norma es de carácter restrictivo, pues alude exclusivamente a la imposibilidad de nombrar como empleados a determinadas personas y no puede extenderse, desde luego, a la designación de miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, en razón de que estos no tienen la condición de empleados públicos. Afirmación que respalda con jurisprudencia de esta Corporación, según la cual las inhabilidades electorales no comprenden a ciertas personas que ejercen funciones públicas.

Respecto a la violación del principio de igualdad contenido en los artículos 5 y 13 de la Constitución Nacional, responde el apoderado que en ejercicio de la función administrativa regulada por el art. 209 de la Constitución no le es dable a la administración expedir actos administrativos que impliquen violación del mencionado principio. Y agrega: " Pero interpretando el verdadero espíritu del artículo 13 de la Constitución Nacional debe entenderse como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que lo que se prohíbe no es propiamente la desigualdad sino el tratamiento discriminatorio que no tenga una fundamentación o justificación lógica y razonable, lo que desde luego no ocurre en el caso que nos ocupa".

El artículo 25 de la Ley 7 de 1979, después de proferida la sentencia C-537 de 1993 por la Corte Constitucional, que así: " La Junta Directiva (se refiere a la del I.C.B.F.) será presidida por la persona que el presidente designe"; que bien puede ser la esposa del Presidente de la República, quien por el solo hecho, de ser la primera dama de la Nación, no obstenta la calidad de servidor público, y por esta razón como cualquier particular puede desempeñar funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, en virtud de lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Nacional.

Recuerda el apoderado que si bien es cierto, la Corte Constitucional declaró inexequible - no "exequible - la frase... el cónyuge del Presidente de la República o en su defecto por... del artículo 25 de la Ley 7 de 1979, lo hizo por considerar que tal texto, así consagrado, excluía a los demás miembros de la comunidad nacional, lo que no quiere decir que no pueda serlo, puesta la primera dama de la

Nación en plano de igualdad con los demás miembros de tal comunidad nacional o sea, comparada su calificación profesional, ocupacional o académica de la cual pueda deducir su aptitud e idoneidad requeridas para desempeñarse en la función pública designada".

Excepciones.- Propuso contra las pretensiones del actor la que denomina: " El Decreto 2059 de 30 de agosto de 1994 es constitucional y legal". La funda en todos y cada uno de los argumentos que constituyen la respuesta a los hechos de la demanda.

INTERVENCION ADHESIVA

Interviene en el proceso como parte impugnante el secretario Jurídico del Departamento Jurídico de la Presidencia de la República, quien en escrito visible a folios 40 y s.s., formula oposición a la demanda.

Refiriéndose a los hechos los califica como consideraciones personales del demandante.

Afirma que el señor Presidente de la República y su Ministro de Salud, se ajustaron estrictamente a lo consagrado en la Constitución Política y la ley, cuando expidieron el Decreto 2059 de agosto 30 de 1994.

Propone la excepción de constitucionalidad y legalidad del citado decreto o cualquier otra que fuese su denominación, bajo la consideración de que los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, como lo es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no son empleados o funcionarios públicos, pues así lo establece el artículo 18 del D. 3130 de 1968, lo reitera el art. 5 del D. 128 de 1976 y lo confirma la jurisprudencia de esta Corporación, cuyos apartes pertinentes transcriben a partir del folio 42.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el impugnante llega a la conclusión de que los miembros de la Junta Directiva del I.C.B.F., al no tener la calidad de empleados públicos, son particulares; naturaleza jurídica que para efectos laborales ostenta la primera dama de la Nación.

" Así lo establece la Corte Constitucional en la sentencia que resolvió la naturaleza jurídica del Despacho de la primera dama cuando afirmó que " La primera dama de la Nación no ostenta el carácter de servidor público, y por lo

tanto, solamente puede desempeñar las atribuciones públicas que la ley específicamente le confiera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 210 de la Carta, que faculta a los particulares para cumplir determinadas funciones administrativas".

Por tanto, de la mano del silogismo, la Primera Dama de la Nación puede ser integrante de hasta dos(2) Juntas Directivas de establecimientos públicos.

Y agrega: Pensar lo contrario violaría el principio de igualdad material, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, ya que habría una discriminación no razonable entre los colombianos para efectos laborales, así: todas las personas particulares del país pueden ser miembros de las Juntas Directivas de establecimientos públicos, menos el particular que ocupa el cargo de Primera Dama, y tal razonamiento sería discriminatorio y no ajustado a la C.P."

Luego de otras apreciaciones, el interviniente señala que no sería de recibo afirmar que el término "empleados" utilizado en el artículo 126 de la Carta, es aplicable tanto a empleados públicos como a otro tipo de personas que de una u otra manera colaboran con el Estado en el cumplimiento de sus fines.

ALEGATOS DE LAS PARTES

A folio 63 se observa escrito presentado en tiempo por el apoderado de la demandada, en el cual hace un resumen de los diferentes aspectos contemplados en el libelo de contestación a la demanda, reiterando en el ordinal 1) que, en el plano de igualdad con los demás miembros de la comunidad nacional, la señora esposa del Presidente de la República, reúne por sobrados méritos aparte de los que conlleva por autonomía su investidura, la formación, experiencia, méritos, calidades y aptitudes requeridos para el desempeño de la función pública para la que fue designada.

El interviniente adhesivo por su parte, en el memorial visto a folios 50 y s.s., al analizar los cargos, se refiere a las disposiciones constitucionales indicadas en la demanda, para señalar, con fundamento en las razones que en cada caso expone y que serán motivo de estudio más adelante, la inexistencia de su violación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante esta Corporación, al emitir concepto de fondo, advierte que la locución "empleado público" no está definida de manera precisa ni en la Constitución Política ni en la ley.

Empero de lo anterior, precisa que no todas las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, "pueden considerarse, para los efectos de la ley, como empleado público, pues siendo esta la norma general, ha establecido el legislador varias excepciones a la misma, siendo una de ellas la consagrada en relación con las personas a quienes el Gobierno o las Corporaciones Públicas confieren su representación en las Juntas Directivas de los establecimientos Públicos, las que por ese solo hecho NO TIENEN EL CARACTER DE FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Sin lugar a dudas -observa- incurre en error el actor, al hacer sinónimos los términos empleado público y función pública, situación esta que la Honorable Corte Constitucional recalcó en su fallo C- 537/93 del 18 de noviembre de 1993".

Después de transcribir el segmento del fallo aludido, la distinguida colaboradora del Ministerio Público, sobre este punto hace el siguiente planteamiento: Siendo ello así y en el entendido de que la disposición del artículo 126 de la Carta establece un régimen de prohibiciones, el que por su naturaleza impone una interpretación restrictiva, y por otra parte, que la señora esposa del Presidente de la República, no adquiere la condición de empleada por razón de la designación de que fuera objeto como Presidenta de la Junta Directa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no se puede predicar del acto acusado, la violación de la norma superior".

Seguidamente y frente a cada una de las normas que se consideran quebrantadas por el actor, expone las razones para desestimar esa presunta violación, concluyendo que las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar, y deben despacharse desfavorablemente.

CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe observar la Sala, que respecto a la excepción de constitucionalidad y legalidad alejada tanto por el apoderado de la demandada, como por la parte adhesiva, no se hará pronunciamiento específico en este fallo, pues los hechos en que se fundamenta, corresponden a la materia objeto del examen de fondo. Examen al que seguidamente se procede.

Prescribe el artículo 126 de la Constitución Nacional: " Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero Civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán

designar personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación".

Indica el actor que al expedirse por el Presidente de la República con intervención del Ministerio de Salud, el Decreto número 2059 de agosto 30 de 1994, se violó flagrantemente el anterior canon constitucional, puesto que el señor Presidente de la República mediante el citado acto, designó a sus esposa como Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), siendo que, por ser el primer mandatario un servidor público y el cargo proveído un empleo público, de acuerdo al supuesto jurídico de la norma, el nombramiento no podrá recaer en la primera Dama de la Nación.

Este cargo que es el básico de la demanda, es sentir de la Sala carece de fundamento legal. Se basa en un concepto equivocado del actor, al entender que el *status* jurídico de quienes ejercen funciones públicas como miembros de las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, es el de empleados de este mismo carácter, cuando a la luz de la ley y la jurisprudencia, está definido que los miembros de estas entidades por el hecho de ejercer tales funciones no adquieren esa calidad.

Es el sentido y alcance del artículo 18 del D. 3131 de 1968, al establecer que: " Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad lo mismo que sus incompatibilidades, se regirán por las leyes de las materia y por las normas del respectivo organismo".

De igual contenido jurídico aunque expresado en otros términos, es el parágrafo 2 del artículo 3 del D. 2400 de 1968 que al respecto dice:

" Parágrafo 2. Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confiera su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de las juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades".

Y abundando en disposiciones sobre el tema que se viene tratando, el artículo 15 del D. 128 de 1976, recalca con suficiente claridad que esta norma de carácter penal, es aplicable solamente a quienes ejercen funciones públicas en su condición

de miembros de las Juntas o Consejos, que no son empleados públicos, pues a quienes tengan esta calidad se aplicarán las disposiciones penales respectivas.

La jurisprudencia de la Corporación, acertadamente citada por el apoderado de la demanda y por la parte adhesiva, contenida en la sentencia del 3 de diciembre de 1982, proceso No. 872 Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Joaquín Vanin Tello. Actor: Jaime Rodelo Núñez, se ajusta a las directrices legales, y ella, sentadas las premisas generales, concluye que los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos no son empleados o funcionarios públicos y por tanto, no están sometidos al estatuto del empleo público; "no le son aplicables las normas sobre acceso al empleo público, ascenso, retiro y sanciones, ni el régimen de deberes, de derechos, como las relativas a salarios y prestaciones sociales, de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades a que están sujetos los funcionarios públicos, de conformidad con la Constitución Nacional, el Código de Régimen Político y Municipal y diversas disposiciones legales y reglamentarias como las contenidas en los Decretos 2400 de 1968, 3074, 3118 y 3135 del mismo año, 1042 y 1045 de 1978, 1848 de 1969 y 1950 de 1973 ".

Por todo lo anterior, siendo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) un establecimiento público del nivel nacional, creado en virtud del artículo 50 de la Ley 75 de 1968, a los miembros de su Junta Directiva, específicamente a su presidente, no puede, en contravía de los textos legales atribuirse arbitrariamente la condición de empleado público, para así colocarlo como sujeto destinatario de las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Carta, norma que expresamente las establece para nombramientos de personas comprendidas bajo la calificación de empleados, más no respecto a aquellas que en su calidad de particulares, eventualmente cumplen funciones administrativas conforme a la facultad conferida por el artículo 210 de la Constitución Nacional.

Los argumentos esgrimidos por el actor para alegar el *status* de empleado de la señora Jacquin Strouss de Samper, como Presidenta de la Junta Directiva del I.C.B.F., son en absoluto desfasados. Los sustenta en una errónea interpretación de los artículos 2 y 3 del Decreto 2400 de 1968, al no tener en cuenta que el sentido de esta última disposición es clara al señalar en su parágrafo 2 antes transcrito, que los miembros de las Juntas Directivas de entes como el del caso *sub-júdice*, no tienen el carácter de funcionarios públicos y que ante tan precisa y expresiva manifestación normativa, no cabe criterio distinto al de su aplicación.

Consecuente con los anteriores predicamentos, para la Sala resulta evidente, que por el supuesto de hecho alegado y examinado, el artículo 126 de la Carta no

resulta quebrantado por el acto administrativo impugnado y por tanto el cargo es impróspero, siendo conveniente agregar, así no esté contemplado en la demanda - pero si lo recuerda el interviniente a folio 44- que la Corte Constitucional en sentencia C-089A de marzo 3 de 1994, Sala Plena, al resolver sobre la naturaleza jurídica del Despacho de la Primera Dama de la Nación, frente a la Constitución de 1991, afirma que aquella no ostenta el carácter de " servidor público".

VIOLACION DE OTROS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

Además del artículo 126 ya confrontado, invoca el demandante varias disposiciones de rango constitucional, afirmando que igualmente fueron violadas por el D. 2059 de 1994. De su examen resulta: Artículo 2: El actor solo enuncia uno de los supuestos de esta norma consagratoria de los fines esenciales del Estado, pero no indica en qué forma ella fue afectada por el acto de nombramiento acusado, ni cuál la desprotección de las personas como obligación a cargo del Estado, o sea, que no se explica el concepto de violación que permita la confrontación y consecuente deducción del quebranto.

Artículo 5: Ha sido también vulnerado, afirma el actor, " porque con el nombramiento hecho y aquí demandado, se discriminó, al nombrar a una persona por ser esposa de un empleado público y no por razones diferentes ".

Como bien lo afirma la distinguida colaboradora del Ministerio Público a folio 77, el contenido del acto impugnado no se ha motivado en esta situación, ni existe prueba en el proceso indicativa de que esta fue la razón que determinó tal designación. Para la Sala, la explicación del concepto de violación es una personal y subjetiva consideración que no encaja dentro del enunciado de la norma superior, o como acertadamente lo plantea el Asesor Jurídico de la Presidencia (fl. 59), "no se aprecia cómo se puede vulnerar tal canon constitucional cuando no existe ningún nexo, ni causal ni remoto, que de lo uno conduzca a lo otro. En la norma "simplemente se consagra la primacía de los derechos de las personas y de la familia, la cual es ajena al tema *subjúdice* ".

Artículo 13. Esta disposición constitucional consagra el derecho fundamental a la igualdad, que al decir del accionante, fue quebrantado por el acto de nombramiento, porque " otra persona, con igual o mayor mérito que la designada, hubiera podido llegar a ese cargo público; pero se cerró tal oportunidad para dársela a la señora esposa del presidente".

Como quiera que el argumento acusatorio tiende a demostrar que el D. 2059 de 1994 es discriminatorio porque establece un privilegio en favor de la señora

Jacquin Strouss de Samper, que a juicio del actor por ser la esposa del Presidente de la República ejerce actualmente la Presidencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Sala examinará el cargo partiendo del antecedente legal, que daba por derecho propio esa asignación, a la cónyuge del expresado mandatario.

En efecto ese privilegio estaba consagrado en el artículo 58 de la Ley 75 de 1968 y reiterado en el artículo 25 de la Ley 7 de 1979, pero estas normas fueron declaradas parcialmente inexequibles por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-537 de noviembre 18 de 1993, al considerar la alta Corporación que transgredían el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta.

Pero, si bien el privilegio legal desapareció por virtud del control constitucional, esa circunstancia no debe interpretarse en el sentido de que la esposa del Presidente, quedó excluida del ejercicio de la función Pública examinada. No, ella como persona conserva el derecho político de acceso a esa actividad administrativa, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la Junta Directiva del I.C.B.F., o cualquier miembro de la comunidad nacional.

Las razones que adujo la Corte para restaurar en favor de éstos el derecho a la igualdad que consideró conculcado, consisten en la consagración de ese privilegio a quien ostenta el estado civil de casada con el Presidente de la República discriminando a quienes han optado por otras modalidades de relación; aspecto que en nada se refiere al marginamiento de la esposa del Presidente de la función pública. Por el contrario, señala la Corporación que en este sentido no debe entenderse el pronunciamiento por ser ello imposible ya que el rol que le corresponde desempeñar, por necesidad la obliga a tener figuración como resultado de las funciones que, al lado del Presidente de la República debe cumplir al encarnar simbólicamente la unidad nacional.

Debe tenerse en cuenta, además que la Ley 79 de 1979 mediante la cual se reorganizó el I.C.B.F., dispone en su artículo 25: " La Junta Directiva será presidida por la persona que el Presidente designe", así quedó en vigencia esta disposición después de haber sido recortada en parte por el pronunciamiento de inexequibilidad.

De su contenido se desprende con toda claridad, que el Presidente de la República tiene la facultad discrecional de nombrar y remover a la **persona** que debe presidir la Junta Directiva del citado establecimiento público, incluso a la Primera Dama de la Nación, quien como quedó visto no se halla inhabilitada para ese ejercicio y además, de acuerdo a su hoja de vida (fls. 22 y S.S.) tiene la formación, experiencia, méritos calidades y aptitudes para cumplirlo con probidad y eficiencia.

Artículo 40. Consagra esta norma el derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas. Se alega su violación bajo los mismos argumentos del cargo anterior, por ello, la Sala hace válidas las consideraciones allí hechas para concluir que ni el artículo 13 ni el 40 de la C.N., fueron transgredidos como lo argumenta el actor.

" Bien por el contrario, de aceptarse el argumento... se estaría vulnerando el derecho político de la Primera Dama, que es una ciudadana de la República, para participar en la conformación del poder político. Por esta vía la demanda padecería una especie de " muerte política ", planteamineto acertado del interviniente (fl 61) que la Sala no duda en compartir.

Artículo 53 y 209. El primero corresponde a un mandato al Congreso para que al expedir el estatuto del trabajo, se tenga en cuenta entre los principios, el de "igualdad de oportunidad para los trabajadores ". Que no resulta quebrantado como se pretende, dada la facultad discrecional del Presidente de la República para designar a quien debe presidir la Junta Directiva del I.C.B.F., y además, estar demostrado que la persona designada reúne los méritos suficientes para el cargo.

Valgan también los argumentos de la Sala al examinar los artículos 13 y 40 para desestimar el cargo de violación de este precepto.

Sentada la premisa general de que ninguna de las disposiciones constitucionales citadas en la demanda, resulta quebrantada por el acto administrativo demandado, deviene lógico que en su expedición se acató la norma de normas, por tanto, la pretensa violación del precepto contenido en le artículo 4 de la Carta es infundada.

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

FALLA

Primero: Niéganse las pretensiones de la demanda.

Segundo: En firme la decisión archívese el expediente.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez Presidente, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo. Secretario

Expediente: 1168 Actor: Gregorio Rodrigo Vásquez

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia de 3 de diciembre de 1982, Exp. 872, Ponente: Dr. *Joaquín Vanín Tello.*

JURISDICCION COACTIVA. EXCEPCIONES

El artículo 509 num. 2 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que cuando el título ejecutivo consiste en sentencia, laudo de condena y otra providencia que conlleve ejecución sólo podrán alegarse las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción basada en hechos posteriores a las respectivas providencias, la de nulidad en los casos previstos en los numerales 7 y 9 del artículo 140 y la de pérdida de la cosa debida.

ACTO ADMINISTRATIVO. NOTIFICACION. TITULO EJECUTIVO - Ejecutividad. TITULO EJECUTIVO - Ejecutoriedad. TITULO EJECUTIVO - Firmeza

La aludida resolución una vez notificada personalmente al apoderado del interesado y no siendo procedentes más recursos, agotó la vía gubernativa adquiriendo firmeza de conformidad con el numeral 2) del artículo 62 del C.C.A., así como el carácter ejecutivo y ejecutorio, que la hace suficiente por sí misma para que la administración adelante los actos necesarios tendientes a su cumplimiento, según lo previsto en los artículos 63 y 64 del C.C.A.

ACTO ADMINISTRATIVO. TITULO EJECUTIVO - Exigibilidad PRESCRIPCION. TITULO EJECUTIVO - Ejecutoria

Siendo eficaces los actos administrativos que conforman el título en el *sub-lite*, los cuales contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible, prestan mérito ejecutivo. En tratándose de títulos ejecutivos contenidos en actos administrativos, ha dicho la Sala, repetidamente, que esos sólo se hacen exigibles a partir de su ejecutoria, que es cuando co-

mienza a correr el término de prescripción de 5 años de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva, de conformidad con el numeral 3) del citado artículo 66 del C.C.A., plazo con el que cuenta la Administración para realizar los actos tendientes a obtener el cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0451. Actor: Superintendencia de Cambios C/. Jaime Michelsen Uribe

Agotado el trámite de ley, decide la Sala el incidente de excepciones de mérito propuesto por el apoderado del doctor Jaime Michelsen Uribe contra el auto de mandamiento de pago proferido el 3 de julio de 1990 por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

ANTECEDENTES

La Resolución No 01195 de fecha 13 de diciembre de 1989 por medio de la cual la Superintendencia de Control de Cambios impuso al doctor Jaime Michelsen Uribe una multa en cuantía de $982.610.400 por violación a los artículos 4 y 10 del Decreto Ley 444 de 1967; y la Resolución 0233 de 22 de marzo de 1990 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior confirmándola en todas sus partes, constituyen el título ejecutivo con base en el cual el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago el 3 de julio de 1990 a favor del Tesoro Nacional y en contra del doctor Michelsen Uribe, por la suma indicada y costas que se causaren (Fl. 131 cuaderno 1).

El mandamiento de pago fue notificado personalmente al apoderado del ejecutado el 24 de septiembre de 1990 (Fl. 12 cuaderno 2). En firme esta providencia, propuso en la oportunidad legal, mediante escrito presentado el 18 de mayo de 1992 las siguientes excepciones de mérito:

a) Caducidad de la acción, señalando al efecto que la investigación en contra de su mandante fue abierta el 13 de diciembre de 1985 y según la Ley 33 de 1975 prescribió el 13 de diciembre de 1989.

Que la Superintendencia de Control de Cambios sancionó con la millonaria multa al doctor Michelsen Uribe mediante acto expedido el 13 de diciembre de 1989 el cual le fue notificado en legal forma el 23 de enero de 1990, por lo que "...no alcanzó a producir los efectos necesarios para que la caducidad o prescipción fuera interrumpida.

Que en tal circunstancia el acto no alcanzó a producir los efectos vinculatorios que se pretendían por haberse notificado fuera del término que perentoriamente fija la Ley 33 de 1975".

b) Ineficacia del acto administrativo y por lo tanto carencia del título ejecutivo, que fundamenta en que éste no fue debidamente notificado a su mandante incumpliéndose lo impuesto en los artículos 44 y siguientes del C.C.A., no teniendo la virtualidad para obligar.

Que contra la Resolución de 13 de diciembre de 1989 se interpuso en su oportunidad recurso de reposición que "aparentemente" fue desatado por la Resolución No 0233 de 22 de marzo de 1990, la cual nunca fue notificada en legal forma al doctor Michelsen ni a su apoderado de la época, el doctor Alfonso Botero Isaza.

c) Violación del Derecho de Defensa, por cuanto el funcionario que desató el recurso de reposición a espaldas del doctor Michelsen y de su apoderado, efectuó unas diligencias que de todas maneras resultan nulas y sirvieron para sustentar un mandamiento de pago que no llenaba los requisitos legales.

d) Violación al debido proceso, porque el procedimiento empleado no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 1746 de 1991 según el cual, "el acto de pruebas se notificará mediante fijación en estado en la Superintendencia de Cambios por un término de tres (3) días dentro del cual el interesado puede interponer recurso de reposición contra el acto que las deniegue total o parcialmente..."

Como la Resolución No. 0233 dispuso denegar las pruebas solicitadas por el apoderado del señor Michelsen, la notificación debió hacerse en la forma señalada en la citada disposición, pero como no se hizo así, su mandante no tuvo oportunidad de interponer el recurso de ley.

e) Prescripción de la acción, alegando que ha transcurrido el término que la ley señala para que su mandante pueda ser sancionado.

f) Nulidad de todo lo actuado, al violarse todas las disposiciones y darle un término distinto a un recurso de reposición efectuando diligencias "... con miras a completar lo que le falta a un acto administrativo para ser título ejecutivo".

Por su parte, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público descorrió el traslado de las excepciones propuestas llegando a la conclusión que carecen de fundamento legal, y solicitó que se declaren no probadas.

También el representante judicial del doctor Michelsen Uribe presentó memorial dentro del término del traslado.

CONSIDERACIONES

Dispone el artículo 252 del C.C.A., modificado por el artículo 63 del Decreto 2304 de 1989 que, en la tramitación de apelaciones e incidentes de excepciones en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva son aplicables las disposiciones relativas al juicio ejecutivo del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 509 numeral 2. del Código de Procedimiento Civil preceptúa que cuando el título ejecutivo consista en sentencia, laudo de condena u otra providencia que conlleve ejecución sólo podrán alegarse las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción basadas en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad en los casos previstos en los numerales 7 y 9 del artículo 140 y la de pérdida de la cosa debida.

Al examinar las excepciones de caducidad de la acción, ineficacia del acto administrativo y por lo tanto carencia de título ejecutivo, violación del derecho de defensa, violación al debido proceso, prescripción de la acción y nulidad de todo lo actuado, propuestas en el *sub-lite* por el apoderado del doctor Michelsen Uribe, encuentra la Sala lo siguiente:

1) En cuanto a las de caducidad de la acción, violación del derecho de defensa, violación del debido proceso y nulidad de todo lo actuado, no encajan dentro de las taxativamente enunciadas en el mencionado artículo 509 del Código de Procedimiento Civil. Además, los hechos en los cuales se fundamentan, unos se refieren a circunstancias acaecidas con antelación al 13 de diciembre de 1989 fecha en que se expidió por la Superintendencia de Control de Cambios la Resolución No. 01195 que junto con la Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990 sirven de título ejecutivo en este proceso, y otros están encaminados a atacar la validez de la actuación en la etapa gubernativa, lo cual puede intentarse a través de las acciones

contenciosas consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., no siendo pertinente su discusión en el proceso ejecutivo por jurisprudencia coactiva.

En consecuencia de lo dicho, las excepciones propuestas por el ejecutado, de caducidad de la acción, violación del derecho de defensa, violación al debido proceso y nulidad de todo lo actuado, son improcedentes.

2) En relación con la excepción de ineficacia del acto administrativo, que tiene como propósito cuestionar la exigibilidad de la obligación, puesto que se alega que la Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990 nunca fue notificada en legal forma al ejecutado ni a su apoderado en ese entonces, el doctor Alonso Botero Isaza, no obstante que no está comprendida dentro de las enunciadas en el artículo 509, numeral 2 del C DE P.C., la analiza la Sala como quiera que debe quedar claro que el título presenta mérito ejecutivo. Al respecto hace las siguientes precisiones:

Contrariamente a lo que afirma el representante judicial del demandado, la notificación de la citada resolución se cumplió de conformidad con el artículo 44 del C.C.A.,

En efecto, obra en autos que en la época de los hechos el apoderado general del ahora demandado era el doctor Pablo Michelsen Niño a quien se le notificó personalmente el 16 de enero de 1990 la Resolución No. 01195 de 13 de diciembre de 1989, mediante la cual la Superintendencia de Control de Cambios le impuso al doctor Jaime Michelsen Uribe la multa cuyo cobro se persigue en el *sub-lite* (Fl. 11 cuaderno 1).

Dicho acto fue recurrido en reposición por el mismo apoderado, siendo resuelto el recurso mediante Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990 (Fls 14 a 60 cuaderno 1).

En cuanto a la notificación de la citada Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990, que ha sido tema alegado en el *sub-lite* por la parte demandada en anteriores oportunidades procesales, reitera la Sala los argumentos pertinentes, consignados en el auto de fecha 25 de julio de 1992, en los siguientes términos:

> "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 del acto administrativo. A falta de la notificación personal, dispone el artículo 45 *ibídem* 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 No. 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 Gálves 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. 44 46. 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 00233 del 22 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 ofician 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 sentido de que se cumplió a cabalidad el propósi-

to del artículo 44 del C.C.A., de notificar personalmente al apoderado del interesado la decisión que puso fin a la vía gubernativa".

Por manera que en el presente caso, la aludida Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990, una vez notificada personalmente al apoderado del interesado y no siendo procedentes más recursos, agotó la vía gubernativa adquiriendo firmeza de conformidad con el numeral 2) del artículo 62 del C.C.A., así como carácter ejecutivo y ejecutorio, que la hace suficiente por sí misma para que la administración adelante los actos necesarios tendientes a su cumplimiento, según lo previsto en los artículos 63 y 64 del C.C.A..

Siendo eficaces los actos administrativos que conforman el título en el *sublite*, los cuales contienen una obligación clara, expresa y actualmente exigible, prestan mérito ejecutivo, por lo que resultan inconsistentes los argumentos del apoderado y, en consecuencia, como la excepción propuesta no ha sido probada se rechazará.

3) Respecto a la excepción de prescripción que cabe oponerla en esta clase de procesos conforme a lo establecido en el artículo 509 numeral 2. del Código de Procedimiento Civil, el señor apoderado del ejecutado se limitó a señalar en su escrito que "la acción se encuentra prescrita toda vez que ha transcurrido el término señalado en la ley para que mi mandante pueda ser accionado."

Observa la Sala que los hechos que constituyen la excepción tuvieron ocurrencia antes de expedirse el título ejecutivo, la Resolución No. 01195 de diciembre 13 de 1989 por medio de la cual la Superintendencia de Control de Cambios impuso multa al doctor Jaime Michelsen Uribe, y la Resolución No. 0233 de 22 de marzo de 1990 confirmatoria de la anterior, puesto que se refieren a la extinción del derecho de la Administración por el transcurso del término previsto en la ley para sancionar al susodicho ciudadano, lo cual es suficiente para desestimar esos hechos como argumento de la excepción propuesta, puesto que solo puede alegarse siempre que se base en circunstancias posteriores a la respectiva providencia que conlleve ejecución, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, si por la alegada prescripción de la acción el doctor Michelsen Uribe no podía se sancionado con la multa impuesta mediante la citada Resolución No. 01195 de diciembre 13 de 1989, es asunto que debió debatir en la vía gubernativa a través del recurso procedente y no en este proceso de ejecución, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil.

Se anota, además, que el artículo 66 del C.C.A., consagra la obligatoriedad de los actos administrativos mientras no sean anulados o suspendidos por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, ni hayan perdido su fuerza ejecutoria por las causales taxactivas allí señaladas.

En tratándose de títulos ejecutivos contenidos en actos administrativos, ha dicho la Sala, repetidamente, que estos sólo se hacen exigibles a partir de su ejecutoria, que es cuando comienza a correr el término de prescripción de 5 años de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva, de conformidad con el numeral 3) del citado artículo 66 del C.C.A., plazo con que cuenta la Administración para realizar los actos tendientes a obtener el cumplimiento de la obligación contenido en el título ejecutivo, que en el *sub-lite* comenzó a correr a partir del día siguiente al 23 de marzo de 1990, y desde esa fecha hasta cuando se notificó el auto de mandamiento de pago al apoderado del deudor el 24 de septiembre de 1990 (Fl. 12 cuaderno 12), solo habían transcurrido seis (6) meses.

En consecuencia, por las razones anotadas la excepción de prescripción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA

PRIMERO.- Recházanse por improcedentes las excepciones de caducidad de la acción, violación del derecho de defensa, violación al debido proceso, y nulidad de todo lo actuado, propuestas por el apoderado del ejecutado.

SEGUNDO.- Declárase no probadas las excepciones de ineficacia del acto administrativo y por lo tanto carencia de título ejecutivo y la de prescripción de la acción, propuestas por la misma parte.

TERCERO.- Ordénase seguir adelante la ejecución.

CUARTO.- En firme esta providencia, vuelva el expediente a su oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, descutida y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de Febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren de la Lombana Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Garrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de notificación de acto definitivo se reitera la sentencia del 25 de julio de 1992.

ALCALDE - Inhabilidades. **DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO. PECULADO. SANCION PENAL. SERVIDOR PUBLICO** - Desempeño

La Sala observa plena concordancia del texto legal con el constitucional, por lo que conforme al art. 95-11 de la Ley 136 de 1994 queda inhabilitado para ser elegido o designado alcalde, sin condición temporal alguna, el servidor público que haya sido condenado por delitos contra el Patrimonio del Estado. Esta previsión legal es, por cierto bien distinta en sus efectos temporales a la del numeral 1o. del mismo art. 95 de la Ley 136 de 1994, que establece condiciones en cuanto a la naturaleza del delito y de la responsabilidad penal, la cuantía de la pena y el tiempo de la condena para la determinación de la inhabilidad, aunque la hace extensiva a toda persona y no solo a los servidores públicos, es decir, que no se refiere a los delitos denominados propios en cuanto al sujeto de la infracción, por lo que no se pueden asimilar o equiparar esas normas como lo pretende el apelante. Ahora bien: en el caso de autos la copia de la sentencia ejecutoriada por la que se condenó al Sr. Luis Alberto Rodríguez Vargas como autor responsable de delitos de peculado, en el caso juzgado contra el patrimonio del municipio de Mogotes es prueba suficiente de la inhabilidad alegada y, por ende, de la violación flagrante, con el acto declaratorio de la elección de aquel como alcalde de la municipalidad citada, del texto invocado como infringido.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez*

Referencia: Expediente No. 1231. Actor: Sergio Augusto Guerra Castellanos

Al no acoger la Sala el proyecto de auto presentado por la H. Consejera ponente, Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff por correspoderme en orden alfabético elaborar el que debe sustituirlo procedo a hacerlo en los siguientes términos:

De plano, como lo ordena el Art. 155 del C.C.A, procede la Sala a resolver el recurso de Apelación instaurado contra el auto de fecha 13 de diciembre de 1994, proferido por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, pero solo en cuanto en el punto segundo de su parte resolutiva ordenó la suspensión del acto Administrativo contenido en el formulario E-26-AG de la Registraduría Nacional del Estado Civil fechado a 30 de octubre de 1994, por el cual se declaró elegido alcalde de Mogotes (Santander) al señor LUIS ALBERTO RODRIGUEZ VARGAS.

En el presente caso la parte actora solicitó la aplicación de medida por considerar que, conforme a las pruebas allegadas, el señor RODRIGUEZ VARGAS se encuentra inhabilitado para ser elegido Alcalde de Mogotes por estar incurso en la causal 11 del Art. 95 de la Ley 136 de 1994.

El Tribunal, por el auto apelado, admitió la demanda y accedió a decretar la suspensión provisional, pues estimó que las pruebas allegadas demostraban la violación exigida por el art. 152 del C.C.A., para la prosperidad de la medida.

En la oportunidad legal el señor LUIS ALBERTO RODRIGUEZ VARGAS por intermedio de apoderado, apeló esa decisión con base en los siguientes argumentos:

La declaratoria de la elección se hizo mediante el documento E-6AG y la suspensión provisional se pide respecto del acto contenido en el formulario E-26AG.

El Tribunal, por su parte, decreta la suspensión del acto contenido en este último documento y no en el solicitado en la demanda.

No se demandó el acta de escrutinios definitivos sino un acto de trámite, contra lo previsto por el art. 135 del C.C.A., como aparece en el Art. 22 del Decreto 2304 de 1989.

El 7 de noviembre de 1994 se solicitó el retiro de la demanda, no obstante lo cual se decretó la suspensión provisional.

No procede la suspensión provisional porque el numeral 1o. del Art. 95 de la Ley 136 de 1994, indica que no puede ser elegido quien haya sido privado de la libertad por dos años y aquí fue por dieciocho meses.

CONSIDERACIONES

Aspectos previos

La Sala observa que en el escrito de apelación se alude a aspectos que tienen relación tanto con la demanda como con la suspensión provisional del Acto acusado. Al respecto debe precisarse que en esta oportunidad se analizarán solo los últimos, por ser los únicos materia del recurso interpuesto no así los primeros.

La medida solicitada

La suspensión provisional aparece regulada en cuanto a procedencia y requisitos por el art. 152 de C.C.A., tal como quedó subrogado por el Art. 31 del Decreto 2304 de 1989, aplicable a los procesos electorales conforme al art. 230 *ibídem*, subrogado por el Art. 66 de la Ley 96 de 1985. La norma reguladora de la medida establece que la petición de suspensión provisional debe hacerse antes de que la demanda sea admitida, en escrito separado o dentro del mismo libelo demandatorio y sustentarse de modo expreso. Si se trata de una acción pública de nulidad agrega la misma disposición, bastará que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, por confrontación directa o mediante documento público allegados con la solicitud.

La petición debe resolverse por la Sala en el mismo auto admisorio de la demanda como lo prevé el art. 233 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó subrogado por el Art. 60 del Decreto 2304 de 1989, el cual es susceptible de apelación si el proceso es de dos instancias y en reposición si el asunto es de única instancia.

De manera general, la Sala debe precisar que para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, tal como lo establece la disposición reguladora que se observa a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos, bien sea que la ostensible violación se manifiesta por la simple comparación de la norma con el acto acusado o por su confrontación con los documentos públicos allegados.-

En cualquiera de los dos casos es indispensable que no haya necesidad de emprender labor alguna de interpretación, porque en tal caso la violación no será la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, resultará improcedente la medida. En otras palabras, el alcance de la disposición debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo.-

En el presente caso, como ya se dijo, manifiesta la parte actora que de las pruebas allegadas se observa, *prima facie*, la violación de las inhabilidades de que trata el numeral 11 del Art. 95 de la Ley 136 de 1994.

Al efecto acompaña los siguientes documentos relacionados con la causal alegada, para efectos de la prosperidad de la medida:

Folio 1: Acta parcial de escrutinio E-26AG.

Folio 2: Solicitud de constancia y aceptación

Formulario E-GAG

Folio 3 y s.s: Copia de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil, calendada a 28 de octubre de 1988 y con constancia de ejecutoria de fecha 16 de noviembre de 1988. (fls. 25 a 27).

Folio 26: Constancia del Juez Segundo Penal del Circuito de San Gil sobre la pena impuesta al señor RODRIGUEZ VARGAS y ejecutoria de la providencia.

La norma que se invoca como infringida a primera vista es el Art. 95-11 de la Ley 136 de 1994, cuyo texto reza:

"No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

"11. El servidor público que haya sido condenado por delito contra el patrimonio del Estado, de acuerdo con el Artículo 122 de la Constitución Política."

Y el art. 122 de la Carta, en su último inciso, es del siguiente tenor:

"...

"Sin perjuicio de las demás acciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas."

La Sala observa plena concordancia del texto legal con el constitucional, por lo que conforme al primero queda inhabilitado para se elegido o designado alcalde,

sin condición temporal alguna, el servidor público que haya sido condenado por delitos contra el Patrimonio del Estado.- Esta previsión legal es, por cierto, bien distinta en sus efectos temporales a la del numeral 1o. del mismo art. 95 de la Ley 136 de 1994, que establece condiciones en cuanto a la naturaleza del delito y de la responsabilidad penal, la cuantía de la pena y el tiempo de la condena para la determinación de la inhabilidad, aunque la hace extensiva a toda persona y no solo a los servidores públicos, es decir, que no se refiere a los delitos denominados propios en cuanto al sujeto de la infracción, por lo que no se pueden asimilar o equiparar esas normas como lo pretende el apelante.

Ahora bien: en el caso de autos la copia de la sentencia ejecutoriada por la que se condenó al Sr. Luis Alberto Rodríguez Vargas como autor responsable de delitos de peculado, en el caso juzgado contra el patrimonio del municipio de Mogotes, es prueba suficiente de la inhabilidad alegada y, por ende, de la violación flagrante, con el acto declaratorio de la elección de aquel como alcalde de la municipalidad citada, del texto invocado como infringido.-

Por lo demás, carece de razón el apelante cuando señala que el acto demandado es el contenido en el formulario E-26 AG, apenas acta parcial del escrutinio de votos para alcalde, cuando se debió demandar directamente el declaratorio de la elección (E-6 AG), por ser aquel apenas un acto de trámite.- Si se observa con cuidado, en el formulario dicho se hizo la declaratoria de la elección, así contenga también el cómputo del escrutinio, lo que no implica yerro alguno en la determinación de lo que se demanda.- Es de anotar, por último, que el Acta contenida en el formulario E-6AG, que señala el recurrente como la demandable, es la de inscripción y aceptación de la candidatura del Sr. Rodríguez Vargas a la alcaldía de Mogotes (fol. 2).-

Lo expuesto basta, para confirmar la suspensión provisional del acto acusado, concordando con lo resulto por el *a-quo*.

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

RESUELVE

Confirmar la suspensión provisional decretada por el H. Tribunal Administrativo de Santander en su Auto de fecha diciembre 13 del año retropróximo, en relación con el acto declaratorio de la elección de alcalde de Mogotes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el Tribunal de origen. Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión del día dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren de la Lombana de M.* salvó el voto, *Luis Eduardo Jaramillo M., Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades. **SERVIDOR PUBLICO. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO. SANCION PENAL. SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia (Salvamento de Voto)

La norma legal invocada (art. 95-11 de la Ley 136 de 1994) se halla referida a la constitucional (Art. 122) y ésta no precisa que la inhabilidad se produzca para quienes han sido condenados en cualquier tiempo, pues su redacción difiere de la utilizada por la misma Constitución en el art. 179, cuando se refiere a la inhabilidad del congresista o si, por establecer la Ley 136 citada la inhabilidad sin señalar un límite temporal, la extendió en la relación con la del numeral primero del mismo artículo que restringió la que establece la Constitución para el congresista a una anterioridad de diez años. En mi concepto los interrogantes planteados no pueden resolverse en esta etapa del proceso porque se requiere de interpretación y, por lo mismo se hace necesario un análisis más profundo que resulta propio de la etapa del fallo. En consecuencia, por las razones vistas no procede decretar la medida solicitada.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Expediente: No. 1231. Actor: Sergio Augusto Guerra Castellanos

Con el mayor respeto me permito apartarme del criterio mayoritario adoptado en la providencia que antecede por las siguientes razones:

La norma que se invoca en el presente caso como infringida a primera vista es el Art. 95-11 de la Ley 136 de 1994, que dice:

"No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

11). El servidor público que haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, de acuerdo con el Artículo 122 de la Constitución Política".

El Art. 122 de la Carta es del siguiente tenor:

"...

"Sin perjuicio de las demás acciones que establezca la Ley, del servidor público que sea condenado por delitos contra el Patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas".

De la anterior transcripción observo que la norma legal invocada (Art. 95-11 de la Ley 136 de 1994) se halla referida a la constitucional (Art. 122) y esta no precisa que la inhabilidad se produzca para quienes han sido condenados en cualquier tiempo, pues su redacción difiere de la utilizada por la misma Constitución en el Art. 179, cuando se refiere a la inhabilidad del congresista o si, por establecer la Ley 136 citada la inhabilidad sin señalar un límite temporal, la extendió en la relación con la del numeral primero del mismo artículo que restringió la que establece la Constitución para el congresista a una anterioridad de diez años.

En mi concepto los interrogantes planteados no pueden resolverse en esta etapa del proceso porque se requiere de interpretación y, por lo mismo se hace necesario un análisis más profundo que resulta propio de la etapa del fallo. En consecuencia, por las razones vistas no procede decretar la medida solicitada.

En estas condiciones considero que la Sala debió denegar la solicitud de suspensión provisional y no acceder a decretarla, como lo hizo.

Por otra parte, estimo que no era del caso analizar en el proveído aspectos relativos a cómo y por qué la demanda se ajusta a la Ley, porque la competencia de la Corporación se restringe al estudio de la procedencia de la suspensión provisional, por cuanto la demanda fue admitida y, por lo mismo, la admisión no era susceptible de ser recurrida.

De los Señores Consejeros,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA. CAUCION - Término. **MEDIDAS CAUTELARES** - Levantamiento

Desde la formulación de la demanda el ejecutado puede ejercitar el derecho a pedir que se señale el monto de una caución con el fin de impedir embargos o secuestros, caución que puede prestar en dinero o mediante la constitución de garantía bancaria o compañía de seguros para que, en caso de que ocurra uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 519 del C. de P.C., sirva para garantizar el pago del crédito y las costas que, lógicamente, debe plasmarse en decisiones judiciales aprobatorias de las respectivas liquidaciones del crédito y las costas. Y en la medida en que tales actos se ejecutoríen, es que comienza a correr, respecto de cada uno, el término de tres (3) días señalados para que se consignen los montos debidos. De manera que el mencionado plazo de tres (3) días no guarda relación con la presentación de la solicitud para impedir que se embarguen o secuestren bienes a cambio del otorgamiento de una caución pues, se repite, tal petición puede hacerla el ejecutado desde que tenga conocimiento de una demanda en su contra. El término a que se refiere el inciso primero del artículo 519 del C. de P. C. es para que el demandado a quien se le fijó caución, o su garante, paguen, según sea el caso, el valor del crédito y las costas que resultaren a su cargo. La posibilidad de pedir que no se embarguen o secuestren bienes y, en su lugar, se fije una caución, depende de que aún no se hayan practicado las medidas preventivas decretadas es decir, que no se hubieren hecho efectivas, porque si lo fueron la cancelación de tales medidas solo procederá si se consigna previamente la cantidad de dinero que el Juez señale, como suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: Expediente No. 0454. Actor: Tesorería Municipal de Ibagué C/Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom).

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto como subsidiario al de reposición por el apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, contra el auto proferido por el Tesorero Municipal de Ibagué el 20 de septiembre de 1994, pero sólo en cuanto resolvió en el numeral primero negar la solicitud de cancelación y levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

ANTECEDENTES

Teniendo como título ejecutivo la Resolución No. 2176 de 23 de septiembre de 1993 por medio de la cual se liquidó un impuesto de industria y comercio y se impuso una sanción de aforo por el valor total de $162.880.243 a cargo de TELECOM Ibagué (fl. 3); la Resolución No. 3022 de 17 de diciembre de 1993, que resolvió el recurso de reposición confirmando la anterior (fl. 9); y la Resolución No. 00042 de 25 de enero de 1994 que decidió el recurso de apelación como subsidiario al de reposición contra la citada Resolución No. 2176 de 23 de septiembre de 1993, confirmándola en cada uno de sus apartes (fl. 17), la Tesorería Municipal de Ibagué libró orden de pago por la vía ejecutiva el 2 de marzo de 1994 en contra de TELECOM por la suma de $53.231.762 por concepto de mora en el pago de industria y comercio por el período del segundo semestre del año 1991 y 1992 más intereses; y por la suma de $103.386.096 como sanción por aforo correspondiente al segundo semestre del año 1991 al año 1992 (Fl. 42).

En proveído calendado a 9 de agosto de 1994, el Tesorero Municipal de Ibagué resolvió proseguir la ejecución contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y decretó el embargo y retención de los depósitos en los Bancos y Corporaciones poseídos por la entidad ejecutada (Fl. 95).

Tal decisión se notificó en el Estado No. 041 del 9 de agosto de 1994 y el término de ejecutoria venció el 12 de los mismos (Fl. 97).

El apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en memorial presentado en la Tesorería Municipal de Ibagué el 13 de septiembre de 1994 solicitó la cancelación y el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y que se hubieren practicado. También pidió que se fijara una caución y que se redujera el embargo y retención únicamente a la cuenta del Banco de Colombia No. 43400125163. (Fl. 117).

El Tesorero Municipal de Ibagué, en auto de fecha 20 de septiembre de 1994, negó "...por improcedente al haberse presentado fuera del término sobre la solicitud efectuada por el Doctor JOSE ALFONSO SANCHEZ ROBAYO apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom donde impetra la cancelación y el levantamiento de las medidas cautelares decretadas o practicadas a cambio de la fijación de una caución" (Fl. 140). Pero accedió a limitar la medida cautelar a lo retenido en el Banco de Colombia, y dispuso oficiar a los demás Bancos y Corporaciones para que se cancele cualquier medida preventiva en contra de la citada Empresa.

En cuanto a la petición denegada adujo, que según el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, la solicitud para que se fije una caución en dinero, o bancaria o de compañía de seguros, debe hacerse dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones o el auto que acepte el desistimiento de las mismas o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución. Y que, en el presente caso, la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución contra Telecom quedó ejecutoriada el 12 de agosto de 1994, en tanto que la solicitud de fijar caución se hizo el 13 de septiembre del mismo año, esto es, por fuera del término.

El señor apoderado de Telecom interpuso oportunamente recurso de reposición y en subsidio apelación contra lo decidido en el numeral primero de la parte resolutiva del anterior proveído que negó la solicitud de cancelación y levantamiento de las medidas cautelares decretadas a cambio de la fijación de una caución, alegando que no comparte las razones expresadas en dicha providencia, por cuanto al momento de elevar su solicitud demostró que el Tribunal Administrativo del Tolima había admitido demanda de nulidad contra los actos administrativos integrantes del título ejecutivo y el artículo 85 de la Ley 6a. de 1992 establece que cuando se hubieren decretado las medidas cautelares y el deudor demuestre que se ha admitido demanda contra el título ejecutivo y esta se encuentre pendiente de fallo, se ordenará levantarlas.

Por tanto, pidió que se acoja favorablemente el recurso evitando perjuicios a la entidad estatal. (Fl. 48).

La Tesorería Municipal de Ibagué, con fecha 10 de octubre de 1994 confirmó el auto de septiembre 20 del mismo año señalando que no es viable la petición porque el artículo 85 de la Ley 6a. de 1992 exige que se demuestre que se ha admitido demanda contra el título ejecutivo y que se encuentre pendiente de fallo por la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual no ha acontecido en el presente

caso, en que se ha admitido la demanda pero aún no han sido evacuados todos los momentos procesales antes de la sentencia.

En el mismo proveído concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

CONSIDERACIONES

La discusión en el *sub-lite* tiene que ver con la decisión del Tesorero Municipal de Ibagué contenida en el numeral primero de la parte resolutiva del auto de fecha 20 de febrero de 1994, en el sentido de negar por extemporánea la solicitud del apoderado de Telecom para que se ordene el levantamiento y cancelación de las medidas cautelares decretadas y, en su lugar, se fije la caución que se considere pertinente.

No comparte la Sala las razones del Tesorero Municipal para denegar la petición del representante judicial, porque la interpretación que hace del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil no está ajustada a las previsiones contenidas en tal disposición.

En efecto, reza el citado artículo 519 del Código de Procedimiento Civil:

"Consignación para impedir o levantar embargos y secuestros.

Desde que se formule demanda ejecutiva el ejecutado podrá pedir que no se le embarguen ni secuestren bienes, para lo cual deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale, para garantizar el pago del crédito y las costas dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, o del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, según fuere el caso.

Si las medidas cautelares ya se hubieren practicado, el demandado podrá solicitar la cancelación y levantamiento de la misma previa consignación de la cantidad de dinero que el juez estime suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas, la cual se considerará embargada para todos los efectos.

..."

Lo que la norma está indicando en su inciso primero es que, desde la formulación de la demanda el ejecutado puede ejercitar el derecho a pedir que se le señale el monto de una caución con el fin de impedir embargos o secuestros, caución

que puede prestar en dinero o mediante la constitución de garantía bancaria o compañía de seguros para que, en caso de que ocurra uno cualquiera de los eventos señalados en el Art. 519 del C. de P.C., sirva para garantizar el pago del crédito y las costas que, lógicamente, debe plasmarse en decisiones judiciales aprobatorias de las respectivas liquidaciones del crédito y las costas. Y en la medida en que tales actos se ejecutoríen, es que comienza a correr, respecto de cada uno, el término de tres (3) días señalados para que se consignen los montos debidos.

Por manera que el mencionado plazo de tres (3) días no guarda relación con la presentación de la solicitud para impedir que se embarguen o secuestren bienes a cambio del otorgamiento de una caución pues, se repite, tal petición puede hacerla el ejecutado desde que tenga conocimiento de una demanda en su contra. El término a que se refiere el inciso primero del artículo 519 del C. de P.C. es para que el demandado a quien se le fijó caución, o su garante, paguen, según sea el caso, el valor del crédito y las costas que resultaren a su cargo.

Siendo lo anterior así, no podía el Tesorero Municipal de Ibagué negar por extemporánea una solicitud que no tiene plazo determinado para su presentación. Aunque es, que según el inciso primero del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, que la posibilidad de pedir que no embarguen o secuestren bienes y, en su lugar, se fije una caución, depende de que aún no se hayan practicado las medidas preventivas decretadas es decir, que no se hubieren hecho efectivas, porque si lo fueron la cancelación de tales medidas solo procederá si se consigna previamente la cantidad de dinero que el juez señale, como suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas, "...la cual se considerará embargada para todos los efectos".

Dentro de estos parámetros corresponde, entonces, examinar la procedencia de la solicitud del señor apoderado de Telecom encaminada a que se ordene el levantamiento y cancelación de las medidas cautelares decretadas y en su lugar se fije la correspondiente caución.

Se tiene, en el presente caso, que mediante proveído de fecha 9 de agosto de 1994 el Tesorero Municipal de Ibagué ordenó proseguir adelante la ejecución y decretó el embargo y retención de los depósitos en los bancos y corporaciones de Ibagué poseídos por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, limitando la medida a la cantidad de $200.000.000.

Consta en el expediente que con fecha 30 de agosto de 1994 el Tesorero Municipal libró sendos oficios a los bancos y corporaciones de Ibagué informándoles sobre el embargo decretado a Telecom.

Tales oficios tienen impreso un sello de recibido en las distintas entidades, unos el 12 de septiembre de 1994 y otros el 13 de los mismos mes y año. (Fls. 98 a 116).

Las respuestas a los mencionados oficios, que obran en el expediente, en su mayoría informan que Telecom no figura como titular de cuenta alguna. Solamente el Banco de Colombia con Oficio de 15 de septiembre de 1994 envió al Tesorero Municipal de Ibagué copia de la consignación efectuada en la misma fecha en el Banco Popular Depósitos Judiciales por valor de $200.000.000 (Fls. 128 a 130), lo cual corrobora el Jefe División Administrativa y el Jefe de Depósitos Judiciales del Banco Popular de Ibagué, quienes en oficio calendado a 19 de septiembre de 1994 informan al Tesorero Municipal que "El día 15 se contabilizó el título No. J1772889 por el valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE. $200.000.000 Mcte, y para el proceso de la Tesorería Municipal contra Empresas (sic) Nacional de Telecomunicaciones (TELECOM) (FL. 147).

Como con anterioridad, esto es, el 13 de septiembre de 1994, el ejecutado había presentado ante la Tesorería Municipal de Ibagué solicitud para que ordenara el levantamiento y cancelación de las medidas cautelares decretadas y se fijara la caución pertinente, habida cuenta que en esa fecha no se había practicado aún la medida cautelar decretada, el despacho ejecutor debió proceder de conformidad, cancelando los embargos y señalando la clase y el monto de la caución, calculado sobre el valor del crédito y las costas, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 47 del Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991 relativo a la aplicación del artículo 519 del Código de Procedimiento Civil en los procesos de ejecución por el cobro de deudas fiscales.

Por las razones anteriores se revocará el numeral primero de la parte resolutiva del auto de fecha 20 de septiembre de 1994 para en su lugar, acceder a la petición formulada por el apoderado de Telecom, ordenando el levantamiento y cancelación de las medidas cautelares, previa fijación por el *a-quo* de la caución que se estime pertinente según lo previsto en el artículo 519 del C. de P.C., lo cual no puede hacer la Sala en razón a que carece de elementos de juicio para ello.

En cuanto a los demás argumentos del impugnante en torno a la aplicación que debe darse en el presente caso al artículo 85 de la Ley 6a. de 1992, y las razones aducidas por el despacho Ejecutor en relación con dicha norma, observa la Sala que tal disposición no es pertinente al proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva que se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil relativas al

proceso ejecutivo singular, sino al procedimiento administrativo de cobro contemplado en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) para asuntos diferentes.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Revócase el auto de fecha 20 de septiembre de 1994, pero sólo en cuanto en su numeral primero negó por extemporánea la petición del apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM. En su lugar, accédase a la solicitud de levantamiento y cancelación de las medidas cautelares dictadas en contra de la mencionada Empresa, previa fijación por el *a-quò* de la caución o garantía que estime pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil.

En firme esta providencia regrese el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Miren de la Lombana Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicación. **CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** - Remisión. **DEMANDA ELECTORAL** - Requisito.

Por disposición del artículo 267 de la codificación contencioso administrativa, las normas del Código de Procedimiento Civil se aplican a los aspectos no contemplados en aquella y como la primera de las preceptivas mencionadas se ocupa, en sus artículos 137 a 139, de los requisitos y anexos que deben llenar y acompañar todas las demandas presentadas ante esta jurisdicción, resulta entonces que, solo podría hablarse de demanda electoral formalmente inepta, cuando en su elaboración se dejan de lado los requisitos formales o se omiten los anexos indicados en las normas citadas.

DEMANDA - Requisitos. **CONCEPTO DE VIOLACION**

Siendo la demanda un texto único debe estudiarse en conjunto, aislar sus partes, pues el *petitum* y la *causa petendi*, se entienden integrados al concepto de violación y debe encontrar respaldo en ellos.

DEMANDA ELECTORAL - Interpretación. **JUEZ** - Deberes. **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

En relación con la mala formulación de los cargos que el demandado atribuye al libelo, cabe precisar que la ley no exige términos ni palabras sacramentales para formalizarlos y si la falta de técnica en su formulación es tal, que no ofrece claridad ni precisión, tampoco es razón para calificar de inepta una demanda, puesto que no solo es facultad sino obligación de los jueces, interpretar dichos escritos en procura de no sacrificar el derecho de las formas.

CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL. REPRESENTANTE A LA CAMARA. CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL. ESCRUTINIO - Exclusión de Votos.

Si la mesa de votación situada en el Departamento del Amazonas recogió votos depositados en favor de un aspirante a la Cámara de representantes por la circunscripción electoral de otro departamento, el del Vaupés, resulta que la decisión del Consejo Nacional Electoral en el sentido de excluir del escrutinio de los votos para Representantes a la Cámara - correspondiente al segundo de los departamentos mencionados - los de la mesa No. 1 de Pacoa, se encuentra ajustada a derecho, en especial al artículo 176 de la Carta Fundamental.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Funciones. **CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL DEL AMAZONAS. CIRCUNSCRIPCION TERRITORAL DEL VAUPES. APOCRIFICIDAD** - Inexistencia

No es cierto como sostiene el actor que el Consejo Nacional Electoral estimó el Corregimiento de Pacoa como perteneciente al Departamento del Amazonas, lo que hizo fue no admitir conforme a las pruebas aportadas, que los votos de la mesa número 1 ubicada en territorio del Amazonas fueran computados en los escrutinios del Vaupés. En dichas condiciones y ante la evidencia probatoria que obra en el expediente, no pude afirmarse que los elementos configurativos de apocrifidad y falsedad se estructuren, pues no existe simulación de la realidad mediante el empleo de artificios y maniobras engañosas o dolosas en detrimento del resultado electoral. Así las cosas, resulta forzoso concluir que tampoco en este evento el actor demostró violación del artículo 233-2 del C.C.A.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta - Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel Viana Patiño*

Referencia: expediente No. 1129. Actor: Jaime García Vargas, Electoral Unica Instancia - Sentencia

Cumplido el trámite previsto en los artículos 232 y siguientes del C.C.A. y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos. (Fls. 155-186 cdo. ppal.).

Por conducto de apoderado, el actor de la referencia demandó la nulidad del Acuerdo No. 06 del 10 de mayo de 1994 expedido por el Consejo Nacional Electoral-concretamente de sus artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o.- por medio del cual, se resuelven los recursos de apelación interpuestos durante los escrutinios generales de las elecciones del 13 de marzo de 1994 en la circunscripción electoral del Vaupés, se declara la elección de Cámara de Representantes y se expiden las respectivas credenciales. Como consecuencia de dicha nulidad solicitó se ordene y proceda a la rectificación de los escrutinios correspondientes, y de conformidad con los resultados se expidan y anulen credenciales de acuerdo a la ley.

Bajo el epígrafe de hechos irregulares, el actor sostiene que en la etapa de escrutinio cumplida en la circunscripción electoral del Vaupés, correspondiente a las elecciones realizadas el 13 de marzo de 1994, concretamente durante los escrutinios generales practicados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, el testigo Jesús María Quevedo Rivas solicitó, violando la ley, el recuento de votos de las mesas o jurados de votación números 1 y 2 del Corregimiento Departamental de Carurú, alegando "inconsistencias" en los totales consignados en cada mesa. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral ordenaron el recuento, según los términos de la Resolución No. 02 del 15 de marzo de 1994.

El mismo testigo reclamó, sin señalar la respectiva causal, "error aritmético en adulteración de una mesa a otra" por pasar dos votos sobrantes de la mesa No. 2 a la mesa No. 1, "infringiendo así en alteración aritmético" de la mesa No. 1 y 2 y finalmente por aparecer dos votos más.

Efectuado el conteo correspondiente en las mesas referidas, los Delegados del Consejo Nacional Electoral "encontraron irregularidades y registraron inconsistencias anotadas en las diferentes actas de escrutinio.....", (numeral 4o. del Acuerdo demandado) por lo cual ordenaron excluir del cómputo de los votos y del escrutinio la mesa No. 1 de Carurú (Resolución No. 3 de los Delegados).

El acuerdo demandado indica que la anterior determinación de los Delegados del Consejo Nacional Electoral se ajustó a derecho y que la existencia de errores aritméticos es notable; sin embargo no los enumera ni demuestra, simplemente los enuncia de manera general, vaga e indeterminada. No se ocupa el mentado acuerdo de la mesa No. 2 de Carurú, excluida del cómputo de votos según la Resolución No. 4 de los Delegados del Consejo Electoral, por cuanto contra ella no se interpuso recurso alguno.

En su condición de testigo, el señor Jesús María Quevedo solicitó, el día 16 de marzo de 1994, la exclusión de la mesa o jurado de votación del corregimiento de Pacoa con fundamento en la causal primera de reclamación del artículo 192 del C.E., por estimar que dicho corregimiento pertenece al Departamento del Amazonas y no al del Vaupés. Mediante Resolución No. 5 del 16 de marzo de 1994, los Delegados del Consejo Nacional Electoral denegaron dicha reclamación teniendo en cuenta que en el listado general de lugares y puestos de votación autorizados en el Departamento del Vaupés se encuentra codificado el referido municipio y que la organización electoral expidió en el formulario E-14 las actas de escrutinio de votación para el Municipio de Pacoa, Departamento del Vaupés, y autorizó el funcionamiento de la mesa No. 1; además de que en la División político-administrativa-electoral del aludido departamento -libro impreso en la Sección de Publicaciones de la Registraduría del Estado Civil- se establece que el Corregimiento de Pacoa corresponde al Departamento del Vaupés.

Dicha decisión fue revocada mediante la Resolución No. 05 del Consejo Nacional Electoral, tomándose como base para tal efecto el oficio No. 4809 del Subdirector de Geografía del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Como consecuencia de tal determinación, fue ordenada la exclusión del cómputo general, de los votos de la mesa o jurado de votación No. 1 de Pacoa, dejándose sin efecto la votación allí emitida el 13 de marzo de 1994.

Por virtud de la exclusión de votos en los Corregimientos de Carurú y Pacoa, el demandante que había obtenido 1174 votos en el Vaupés solo obtuvo, según el Consejo Electoral, 993, resultando favorecido con la credencial de Representante a la Cámara el señor Tomás Caicedo Huerto que alcanzó una votación inferior de 1036 sufragios.

Según el concepto de violación, los votos emitidos en el Corregimiento de Carurú, especialmente los de la mesa o jurado de votación No. 1, fueron válidos y legítimos, como que fueron legalmente emitidos en la urna; luego su exclusión del cómputo general resulta violatoria del sistema de cuociente electoral, definido por el artículo 263 de la C.N. y por lo mismo opera la causal 4a. de nulidad del artículo 223 del C.C.A.

Para el recuento de votos rigen los artículos 164 y 182 del C.E., esto es cuando aparecen tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, ya que la diferencia del 10% en los votos de las listas de un mismo partido o movimiento político no es posible establecerla, porque los candidatos a Senado de la República se eligen en circunscripción nacional y los de la Cámara de Representantes en circunscripciones regionales o departamentales. Pese a lo establecido en los preceptos aludidos, el testigo Quevedo Rivas solamen-

te alegó "inconsistencias", por lo demás, en los escrutinios generales departamentales solo procede el recuento de votos cuando la Comisión Escrutadora Municipal lo hubiese negado, su decisión hubiere sido apelada y los Delegados del Consejo la hallaren fundada (art. 182 inc. terc. C.E.). Por manera que la Resolución No. 2 de los Delegados del Consejo Electoral que ordenó el recuento de votos en las mesas 1 y 2 del Corregimiento Carurú resulta ilegal.

En cuanto hace a las reclamaciones que pueden hacerse ante las comisiones escrutadoras, rige el artículo 192 del C.E. que indica taxativamente cuáles son las que pueden invocarse -siempre por escrito- por parte de los candidatos, sus voceros, apoderados o aún testigos, dentro de las cuales no están las mencionadas por el testigo reclamante.

Los Delegados del Consejo infringieron el artículo 180 del C.E. -inc. seg.-, porque las apelaciones no lo eximían "de la obligación de hacer el cómputo total de votos, el que anotarán en las actas de escrutinio", lo cual significa que no podían excluir, como lo hicieron, los emitidos en la mesa o jurado de votación No. 1 del Corregimiento Departamental de Carurú, entre ellos 63 votos válidos que obtuvo el demandante, error en el que también incurrió el Consejo Nacional Electoral.

Muy delicada le parece la situación del Corregimiento Departamental de Pacoa, creado por Decreto No. 28 del 10 de marzo de 1967, expedido por el Comisario Especial del Vaupés, decreto que aprobó el Gobierno, mediante Resolución No.000403 (sic) del 30 de mayo del mismo año, fijando los límites de los corregimientos de ese departamento; no obstante, el testigo José María Quevedo afirma ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral que si bien tiene conocimiento de providencias "por las cuales se creó un Corregimiento llamado Pacoa, que no corresponde al asentamiento en el que se colocó la mesa de votación"; con base en esa afirmación solicita se excluyan del cómputo general de votos los emitidos válidamente en dicho corregimiento.

Pacoa cuenta con un cupo numérico para las votaciones, allí fue designado un Delegado del Registrador Municipal del Estado Civil quien, en ejercicio de sus funciones, designó jurados de votación para esa localidad, y estos a su vez, efectuaron recuento de votos, elaboraron las actas de escrutinio y las entregaron al respectivo clavero de Mitú. Todo lo anterior demuestra que el jurado estuvo autorizado conforme la ley, y ello es evidente porque funcionó también para las elecciones del 8 de marzo de 1992 cumpliendo así lo establecido en el artículo 9o. de la Ley 84 de 1994.

Considera que el Consejo Nacional Electoral violó de manera notoria, ostensible e incomprensible la norma que autoriza decidir las reclamaciones que le for-

mulen sobre votaciones o escrutinios, -art. 192 C.E.-. Estima que la usurpación de funciones es obvia, pues un oficio del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" no puede tenerse como documento electoral, máxime si de esa manera el Consejo entró a decidir un problema relativo a la división del territorio, que es competencia exclusiva del Congreso -art. 150-4 C.N.-.

Sostiene el actor que al excluir de la operación aritmética para obtener el cuociente electoral en la circunscripción electoral del Vaupés para Cámara de Representantes 184 votos de Pacoa, 147 votos válidos de la mesa o jurado de votación No. 1 del Corregimiento de Carurú, más 76 votos en blanco, el Consejo Nacional Electoral infringió el sistema del cuociente electoral, pues el total de votos válidos fue del 5.144 y no de 4.739, lo cual significa que el verdadero cuociente fue de 2.572 y no, como dice el acuerdo demandado, de 2.369.

En opinión del actor, el acuerdo impugnado es falso o apócrifo en cuanto estima que Pacoa pertenece al Departamento del Amazonas y que la mesa o jurado de votación funcionó en dicho departamento; tal acuerdo es falto de ley y no está conforme a lo prescrito en el artículo 192 del C.E.; es falso o apócrifo porque la base argumental es ilegal y no responde a la verdad y como el Consejo Nacional Electoral incurrió en desviación de poder o usurpación de funciones al decidir y definir una cuestión de límites entre dos departamentos -atribución que solo corresponde al Congreso- una vez más el acuerdo demandado resulta falso o apócrifo, por lo cual rige para él la causal 2a. de nulidad instituida en el artículo 223 del C.C.A.

Finalmente el actor solicita que se considere la causal primera de reclamación del artículo 192 del C.E., que instituyó la eficacia del voto para prevenir maniobras fraudulentas, pues excluir o anular una votación válida y legalmente emitida, podría ser un fraude que consumaría la organización electoral, alterando la legítima expresión de la voluntad popular.

2. Al encontrarla en su forma ajustada a la ley y habiendo sido presentada oportunamente, la demanda fue admitida por auto del 17 de junio de 1994. (Fls. 188-189 cdo.ppl.).

3. Contestación de la demanda. (Fls. 49-83 cdo. #2)

Por conducto de apoderado, el señor Tomás Caicedo Huerto, contestó el libelo, cuyos fundamentos se sintetizan así:

En calidad de testigo electoral, el señor Jesús María Quevedo tenía derecho a solicitar recuento de votos y no por ello violaba la ley (arts. 122-164 C.E.); por su parte, la comisión escrutadora estaba obligada a tramitar la reclamación.

Los Delegados del Consejo Nacional Electoral profirieron las Resoluciones Nos. 3 y 4 del 15 de marzo de 1994, teniendo como base los documentos electorales y las 12 causales de reclamación (art. 192 C.E.) adicionadas a las de revisión (art. 189 C.E.).

La mesa No. 1 de Pacoa quedó ubicada dentro del territorio del Amazonas, motivo que tipifica la causal 1a. del artículo 192 del C.E.

La Resolución No. 5 del 16 de marzo de 1994 fue apelada por el demandado y sustentada ante el Consejo Nacional Electoral.

Considera que la demanda es inepta por las siguientes razones:

1. No contiene acápite de pruebas (art. 75-10 C.P.C.).

2. Mala formulación de los cargos.

3. No individualiza las nulidades, ni precisa los cargos contra el acuerdo demandado.

4. El concepto de violación es vago e impreciso.

En sentir del demandado, no se da la causal 4a. del artículo 223 del C.C.A., porque el acto acusado no violó el sistema del cuociente electoral, pues la elección de Representantes a la Cámara por el Departamento del Vaupés se hizo por residuo, ya que ninguno de los candidatos alcanzó el cuociente necesario.

El jurado de votación del Corregimiento Departamental de Carurú no atendió la petición del testigo electoral, se limitó a trasladarla a la comisión escrutadora departamental, ya que en Carurú no hubo comisiones escrutadoras municipal ni auxiliar, por ser este un corregimiento departamental.

Es legal la Resolución No. 2 de los Delegados del Consejo Nacional Electoral que ordenó el recuento de votos (mesas 1 y 2) en el Corregimiento de Carurú, porque aún cuando no se presentaron tachaduras o enmendaduras se dieron otras causales para que los Delegados procedieran en tal sentido.

Las irregularidades detectadas durante el conteo de sufragios y las inexactitudes registradas en las diferentes actas de las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Carurú, configuran 2 de las 3 causales señaladas en el artículo 189 del C.E.

Carece de fundamento la acusación en el sentido de que los Delegados del Consejo Nacional Electoral infringieron el artículo 180 del C.E. (inc. seg.), porque las apelaciones no los eximían de hacer el cómputo total de votos, pues el acta general de escrutinios departamentales muestra que fueron debidamente escrutadas las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Carurú.

Manifiesta que los datos registrados en las diferentes actas para el caso de Carurú no coincidían entre sí.

Considera lógico que el Corregimiento de Pacoa cuente con todos los aspectos señalados por el demandante ya que en realidad existe; lo que corresponde analizar es el sitio donde funcionó la mesa No. 1; sostiene que algunas de las pruebas aportadas por la realidad, tal es el caso del catálogo de cupos numéricos (Resolución No. 1631 del 10 de octubre de 1961) -que ha sido varias veces modificado- los documentos electorales y la División político-administrativa de Colombia, años 1964 y 1968.

A juicio del demandado, la decisión del Consejo Electoral relacionada con el Corregimiento de Pacoa se ajustó a derecho, tal como demuestran los artículos 176, 309 de la C.N. y la Resolución No. 000463 del 30 de mayo de 1967, por medio de la cual se aprobó el Decreto Comisarial No. 28 del 10 de marzo del mismo año, en el cual se fijaron límites a los corregimientos que hacían parte de la Comisaría Especial (hoy Departamento) del Vaupés, entre ellos el de Pacoa, sin que hasta la fecha se hayan alterado o modificado. De dicha delimitación se concluye que los límites trazados en ningún punto sobrepasan la margen izquierda aguas abajo del Río Apaporis, que es la línea que divide los Departamentos de Amazonas y Vaupés.

Aquí no se puede pregonar que la zona urbana de Pacoa se encuentra en territorio del primero de los departamentos mencionados por fenómeno de accesión debido a desviación del cauce del Río Apaporis, ya que ese fenómeno no se ha presentado, simplemente se debe a la emigración de los habitantes del antiguo Pacoa para el nuevo asentamiento en territorio del Amazonas, que se inició hacia los años 1966-1967. Es de anotar que ya desde el año de 1967 se presentaron colisiones por jurisdicción de competencia, según se observa en los considerandos

del Decreto Comisarial No. 28 del 10 de marzo de 1967 y hasta la fecha, el gobierno no los ha solucionado, como es su deber, según disponen los artículos 4o. de la Ley 2/43 y 150-4 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, resultaría inconstitucional aceptar los votos depositados en una mesa ubicada dentro del territorio que le pertenece al Departamento del Amazonas y pretender hacerlos válidos para elegir Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Vaupés.

Finalmente sostiene, que la decisión del Consejo Nacional Electoral no se tomó con base solo en un oficio del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"; que esa misma Corporación aplicó el artículo 263 de la C.N; que en este caso a estudio se configuró la causal de nulidad señalada en el artículo 223-1 del C.C.A. y que el Acuerdo 06/94 no puede ser apócrifo porque todas sus partes se ajustan a derecho y se expidió y notificó en forma legal.

Dentro del término que para el efecto prevé el artículo 236 del C.C.A., el apoderado del actor presentó alegatos de conclusión, en los que reitera los argumentos de su demanda (fls. 267-281 cdo. ppl.); el apoderado del demandado hizo lo propio, pero extemporáneamente (fls. 283-288 cdo. ppl.), por lo cual la Sala no los tomará en cuenta.

4. El concepto de la Procuraduría. (Fls. 295-307 cdo. ppl.).

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso, solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda argumentando lo siguiente:

Manifestó, en primer lugar, que del estudio del libelo se concluye que no tienen fundamento los defectos formales que se le acusan.

En segundo lugar, se refirió a los hechos aducidos en apoyo a los cargos relacionados con la exclusión de votos del escrutinio general de las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Carurú y de la No. 1 del Corregimiento de Pacoa, señalando que tales hechos no encajan en los supuestos de la causal invocada (art. 223-4 del C.C.A.) y que son motivo de reclamación ante el Consejo Nacional Electoral o sus Delegados (art. 192 C.E.).

De acuerdo con las pruebas allegadas, las reclamaciones formuladas durante los escrutinios encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 164 y 192 del C.E., pues al recontar los votos y resolver el recurso de apelación contra la

Resolución No. 5, se encontraron configuradas causales de reclamación, razón por la cual se excluyeron los votos de las mesas impugnadas; asimismo, encuentra atinada la decisión del Consejo Nacional Electoral al excluir de la votación general la mesa que funcionó en el Corregimiento de Pacoa, ya que no estaba ubicada en la circunscripción electoral del Vaupés, sino en el territorio del Amazonas.

El Consejo Nacional Electoral no se atribuyó funciones que no le competían, tampoco derogó o modificó los límites fijados en el Decreto 28 del 10 de marzo de 1967 pues, como lo expresa el acuerdo acusado, estos límites se mantienen y lo que hizo el oficio 4809 del 13 de abril de 1994 del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" fue aclarar que el sector urbano de ese corregimiento está localizado en el Departamento del Amazonas y el sector rural en el territorio del Vaupés.

En cuanto hace al cargo relacionado con la clasificación de falso que se da al acto impugnado, cita providencia de esta Sala fechada el 27 de octubre de 1994 y concluye que los supuestos fácticos en que tal cargo se apoyó no encajan en los de la nulidad invocada (art. 223-2 C.C.A.).

CONSIDERACIONES

1. Por virtud de lo establecido en los artículos 128-4 y 231 del C.C.A., la Sala es competente para conocer de la nulidad demandada en este proceso.

2. Cuestión previa

El apoderado del demandado considera que el libelo adolece de ineptitud; por las siguientes razones:

1. No contiene acápite de pruebas, tal como lo establece el artículo 75-10 del C.P.C.

2. Mala formulación de los cargos, en lo referente a la violación del sistema del cuociente electoral.

3. No individualiza nulidades; ni precisa los cargos contra el acuerdo demandado, además considera vago e impreciso el concepto de violación del artículo 223-2 del C.C.A.

Ante todo cabe precisar que por disposición del artículo 267 de la codificación contencioso administrativa, las normas del Código de Procedimiento Civil se

aplican a los aspectos no contemplados en aquella y como la primera de las preceptivas mencionadas se ocupa, en sus artículos 137 a 139, de los requisitos y anexos que deben llenar y acompañar todas las demandas presentadas ante esta jurisdicción, resulta entonces que, solo podría hablarse de demanda electoral formalmente inepta, cuando en su elaboración se dejan de lado los requisitos formales o se omiten los anexos indicados en las normas citadas.

Teniendo en cuenta lo expresado antes y en relación con los reparos que la parte demandada hace al libelo, la Sala observa:

El artículo 137 del C.C.A. preceptúa:

".... Contenido de la demanda. **Toda demanda ante la jurisdicción administrativa** deberá dirigirse al Tribunal competente y **contendrá**:

"1. La designación de las partes y de sus representantes.

"2. Lo que se demanda.

"3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamentos de la acción.

"4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

"5. La petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer.

"6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia" (subraya y resalta la Sala).

Analizando el libelo introductorio el actor solicitó se decretaran y tuvieran como pruebas las relacionadas en escrito separado, presentado simultáneamente con la demanda (fls. 180-186 cdo. ppl.), dando así cumplimiento a lo previsto en el numeral 5o. de la norma transcrita.

En cuanto hace al concepto de violación, siendo la demanda un texto único debe estudiarse en conjunto, sin aislar sus partes, pues el *petitum* y la *causa petendi*, se entienden integrados al concepto de violación y debe encontrar respaldo en ellos.

En el caso *sub-júdice* a estudio, el actor señaló las disposiciones que, a su juicio, infringieron el acto acusado, explicando además el sentido de esa infrac-

ción, luego, no es viable sostener que incumplió el requisito señalado en el artículo 137-4 del C.C.A.

En relación con la mala formulación de los cargos que el demandado atribuye al libelo, cabe precisar que la ley no exige términos ni palabras sacramentales para formalizarlos y si la falta de técnica en su formulación es tal, que no ofrece claridad ni precisión, tampoco es razón para calificar de inepta una demanda, puesto que no solo es facultad sino obligación de los jueces, interpretar dichos escritos en procura de no sacrificar el derecho a las formas.

Finalmente hay que anotar que el actor individualizó el acto impugnado, determinando, al iniciar su escrito (fl. 155 cdo. ppl.) y en el aparte intitulado *petitum* (fl. 179-180 cdo. ppl.), afirma que demanda la nulidad del Acuerdo No. 6 de 1994 (mayo 10) expedido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos durante los escrutinios generales de las elecciones del 13 de marzo de 1994 en la circunscripción electoral del Vaupés; se declara la elección de Representantes a la Cámara y se expiden las respectivas credenciales. Con ello dió cumplimiento a lo establecido en el artículo 229 del C.C.A., según el cual: ".... Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá, demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque afecte a estos".

De lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que la demanda no adolece de defecto formal alguno que impida un pronunciamiento de fondo.

3. Caso localidad de carurú

1. Solicitud de recuento de votos.

El demandante considera que la solicitud del testigo Jesús María Quevedo, presentada durante los escrutinios generales de los Delegados del Consejo Nacional Electoral pidiendo recuento de votos en las mesas de votación 1 y 2 del Corregimiento de Carurú, es violatoria de la ley. La violación surge, en opinión del actor, del mandato contenido en los artículos 164 y 182 del C.E., pues, a pesar de que tales normas disponen que el recuento de votos solo procede cuando aparecen tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos y en los resultados de la votación, el testigo alegó "inconsistencias", expresión ambigua que está lejos de sugerir alguno de los motivos señalados en el artículo 164 del C.E.

La norma referida es del siguiente tenor:

"Art. 164. **Las comisiones escrutadoras, a petición** de los candidatos, de sus representantes **o de los testigos** electorales debidamente acreditados, **podrán verificar el recuento de los votos emitidos en una determinada mesa**.....

"**Estas comisiones no podrán negar la solicitud de recuento cuando** en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del 10% o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político. **Tampoco podrá negar la solicitud** cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, **o haya duda, a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos por los jurados de votación**.

"...(Subraya y resalta la Sala).

Tal como puede inferirse de la norma transcrita, de una parte, los testigos electorales están autorizados para solicitar recuento de votos y de otra, no es cierto, como afirma el actor, que el referido recuento "solo procede cuando aparecen tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación....." (fl. 163 cdo. # 1), puesto que ese motivo es tan solo uno de los eventos en los que las comisiones escrutadoras no pueden negar el recuento de sufragios. Asimismo, constituye un imperativo para dichas comisiones realizar el recuento, cuando ellas tengan dudas sobre la exactitud de los cómputos elaborados por los jurados de votación, sin que en tal caso la ley les obligue a expresar la razón de su determinación, tal como aconteció en la Resolución No. 2 del 15 de marzo de 1994 (fl. 72 cdo. ppl).

La segunda de las normas -art. 182 C.E.- que, según el demandante transgredió el testigo electoral, reza en lo pertinente:

"...

"En los escrutinios generales solo procederá el recuento de los votos emitidos en una mesa, **cuando la comisión escrutadora distrital o municipal respectiva se hubiere negado a hacerlo**, su decisión hubiere sido apelada oportunamente y los Delegados del Consejo Nacional Electoral hallaren fundada la apelación" (subraya y resalta la Sala).

El acto administrativo por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral ordenaron el recuento de votos -fl. 72 cdo. ppl.- precisó en su parte considerativa que, a pesar de funcionar como municipio, la localidad de Carurú

"carece de la estructura para efectuar los escrutinios Municipales....." y agregó, "... en estas condiciones la reclamación presentada por el señor QUEVEDO RIVAS debe aceptarse por los Delegados, asumiendo la condición de escrutadores de primera instancia, ya que si así no se hiciera se pretermitiría una instancia, cosa inaceptable en el sistema jurídico".

2. De la reclamación

A folios 73, 74 y 75 del cuaderno principal obran, en copias, sendas reclamaciones que en realidad corresponden al mismo hecho por el que el testigo electoral impugnó las mesas uno (1) y dos (2) de la localidad de Carurú. En efecto, el reclamante alegó que se pasaron "...dos (2) votos sobrantes de la mesa número dos (2) a la mesa número uno (1), y que fueron contabilizados en la mesa número uno (1), infringiendo así en alteración aritmética de las mesas uno y dos". Impugna nuevamente la mesa No. 1 por "...aparecer 2 votos más una vez hecho el conteo general para Cámara y que los cuales (sic) fueron leídos al candidato Alfonso González Vargas y Jaime Gracia Vargas, quedando así adulterado el resultado verificado con los totales de la mesa número uno". Finalmente, solicitó "...la anulación de la mesa Uno y dos para sufragar, por error aritmético en adulteración de una mesa a otra, de acuerdo a lo dispuesto al (sic) Código Electoral artículo 192".

En opinión del demandante, el Consejo Nacional Electoral no debió atender las anteriores reclamaciones por no encajar dentro de las enumeradas en el artículo 192 del C.E.; califica los motivos expresados por el reclamante de "expresiones enigmáticas y confusas que no pueden estimarse, a la luz de la ley, causales de reclamación" (fls. 164 cdo. ppl.).

El artículo 192 mencionado preceptúa:

"... 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, o de los señalados por la autoridad con facultad legal para este fin.

"2a. Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la autoridad con facultad legal para este fin.

"3a. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmadas por menos de tres de éstos.

"4a. Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones.

"5a. Cuando el número de sufragantes de una mesa exceda al número de ciudadanos que podían votar en ella.

"6a. Cuando el número de votantes en una cabecera municipal, un corregimiento, una inspección de policía o un sector rural exceda el total de cédulas aptas para votar en dicha cabecera, corregimiento, inspección de policía o sector rural, según los respectivos censos electorales.

"7a. Cuando los pliegos electorales se hayan recibido extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos.

"8a. Cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente.

"9a. Cuando las listas o candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestado el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la ley para el caso de inscripción o para la modificación, según el caso.

"10a. Cuando en un jurado de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo 151 de este Código.

"11a. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella.

"12a. Cuando con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción aparezca de manera clara e inequívoca que en las actas de escrutinio se incurrió en error al anotar los nombres o apellidos de uno o más candidatos.

"Si las corporaciones escrutadoras encontraren fundadas las reclamaciones deberán ordenar en el mismo acto que las actas o registros efectuados **se excluyan del cómputo de votos y de los escrutinios respectivos**.

"Si las corporaciones escrutadoras encontraren fundadas las reclamaciones con base en las causales 11 y 12 de este artículo, en el mismo acto decretarán también su corrección correspondiente.

"...(Subraya y resalta la Sala).

Las Resoluciones números 3 y 4 del 15 de marzo de 1994 (fls. 80-81 y 83-84 cdo. ppl.), mediante las cuales los Delegados del Consejo Nacional Electoral resolvieron excluir del cómputo de votos y del escrutinio respectivo las mesas números 1 y 2 de Carurú constataron las siguientes inconsistencias que corresponden a algunos de los motivos de reclamación señalados en la norma transcrita:

En la mesa No. 1 (R.3/94), aparecen 394 cédulas inscritas aptas para votar y sufragaron 178 personas, a pesar de ello figuraron 144 votos para Senado (60 válidos y 84 nulos) (art. 192-11 C.E.) y el mismo número para la Cámara, y dentro de estos 43 tarjetones sin la firma de los jurados (art. 192-3 C.E.); la diferencia entre 178 sufragantes registrados como votantes y 144 que efectivamente lo hicieron, 34 votos no fueron encontrados al realizar el recuento.

Aún cuando la Resolución No. 3/94 registra otras irregularidades, las señaladas antes constituyen razones suficientes, en términos del artículo 192 del C.E., para haber dispuesto la exclusión del cómputo y del escrutinio respectivo de los votos depositados en la mesa No. 1 de Carurú.

En la mesa No. 2 de la misma localidad, la Resolución No. 4/94 que ordenó la exclusión de los sufragios depositados en aquella, dejó registrados los siguientes hechos irregulares:

De 26 cédulas aptas inscritas sufragaron 7 personas, pero en el conteo físico figuraron 33 votos válidos para Senado, 26 nulos y uno (1) marcado como inservible, sumando un total de 60 votos; para la Cámara aparecen 55 tarjetones firmados y 5 sin firmar (total 60 votos).

Los Delegados del Consejo Nacional Electoral señalaron que al registrarse solo 7 sufragantes frente a 60 votos depositados y ante la falta de explicación de este exceso concluyeron que "...se incurrió en la causal 5o. y 6o. del Artículo 192 del Código Electoral" y como en el caso de la mesa No. 1 resolvieron excluir del cómputo de votos y del escrutinio los de la mesa No. 2.

El actor sostiene que los Delegados del Consejo Nacional Electoral infringieron el inciso segundo del artículo 180 del C.E., porque las apelaciones no los eximían de hacer el cómputo total de votos, lo cual significaría que no podían excluir, como lo hicieron, los sufragios emitidos en la mesa No. 1 del Corregimiento de Carurú, entre ellos 63 que obtuvo el actor, error en el que dice, también incurrió el Consejo Nacional Electoral.

Desvirtúa la anterior aseveración el contenido del acta general del escrutinio departamental, visible a folios 13 a 30 del cuaderno principal, suscrito por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, pues en su parte pertinente registró:

"...Como resultado del conteo de votos y de la revisión de documentos la Comisión escrutadora general encontró lo siguiente (fl. 15 cdo. ppl.).

"CORREGIMIENTO DEPARTAMENTAL DE CARURU MESA No. 1

"Para Cámara de Representantes se consignaron los siguientes datos F.E- 14.

"...

"CAMARA REPRESENTANTES-VAUPES

No...

"...

"21 JAIME GRACIA VARGAS SESENTA Y TRES VOTOS 63".

Lo que en realidad no hicieron los Delegados del Consejo Nacional Electoral fue declarar la elección y expedir credenciales para Representantes a la Cámara en razón de que existían recursos de apelación que debían ser resueltos por el Consejo Nacional Electoral (fl. 30 cdo. ppl.), conducta que por lo demás encuentra respaldo en la norma que se dice violada, la cual preceptúa:

"**ART. 180. Si se presentare apelación contra las decisiones de los Delegados del Consejo o hubiere desacuerdo entre ellos, estos se abstendrán de hacer la declaratoria de elección y de expedir las credenciales**; en tales casos esta función corresponderá al Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con los resultados que arroje la revisión que practique la Corporación.

..."

(Subraya y resalta la Sala).

4. Caso corregimiento de Pacoa

Con base en lo dispuesto en el artículo 192-1 del C.E., el testigo electoral Jesús María Quevedo presentó reclamación ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral respecto de la mesa de votación del Corregimiento Departamental de Pacoa, fundamentándola en los siguientes hechos (fls. 85-86 cdo. ppl.).

El asentamiento o caserío de Pacoa se encuentra ubicado en el territorio del Departamento del Amazonas, o sea en la margen derecha del Río Apaporis, el que a su vez sirve de límite entre los departamentos de Amazonas y Vaupés.

De manera que la mesa de votación ubicada en ese caserío estuvo fuera del territorio del departamento del Vaupés y por tanto fuera de su circunscripción territorial, violando con esto no solo normas legales sino constitucionales.

El Decreto 28 de 1976, dictado por el Comisario del Vaupés y la Resolución No. 403 (sic) del mismo año, expedida por el Ministro de Gobierno, crearon un Corregimiento denominado Pacoa que no corresponde al asentamiento en el que se colocó la mesa de votación.

Mediante Resolución No. 5 del 16 de marzo de 1994 (fl. 89 cdo. ppl.), los Delegados del Consejo Nacional Electoral, resolvieron denegar la anterior reclamación argumentando que en el listado general y puestos de votación autorizados en el Departamento del Vaupés se encuentra codificado el Municipio de Pacoa con el número 680130000 y que la organización electoral expidió en el formulario E-14 las actas de escrutinio de votación para el Municipio de Pacoa y autorizó allí el funcionamiento de la mesa No. 1; además, en la División Político-administrativa-Electoral del Vaupés se encuentra claramente establecido que el Corregimiento de Pacoa corresponde a dicho Departamento. Por último, adujo el principio de la eficacia del voto.

Habiendo sido apelada (fl. 90 cdo. ppl.), la decisión fue revocada por el Consejo Nacional Electoral, invocando la Resolución No. 000463 del 30 de mayo de 1967, el Decreto 28 de 1967 (marzo 10, el artículo 309 de la Constitución Política y el oficio No. 4809 del 13 de abril de 1994 por medio del cual el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" certificó que el sector urbano del Corregimiento de Pacoa está localizado en jurisdicción del Departamento del Amazonas, sobre la margen derecha del Río Apaporis y el sector rural dentro del territorio del Departamento del Vaupés (fls. 6 y 7 cdo. ppl.).

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que existe un Corregimiento Departamental llamado Pacoa, cuya posición geográfica está situada en las jurisdicciones de los departamentos demarcados por la línea natural que constituye el Río Apaporis, ellos son Vaupés y Amazonas en el primero se localiza el área rural y en el segundo el área urbana del Corregimiento mencionado.

La ubicación del área rural, según manifiesta el Subdirector de Geografía del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" (fls. 219-220 cdo. ppl.), está determinada en el Decreto 1131 del 15 de diciembre de 1910, que crea la Comisión (sic) del Vaupés y le fija límites; en la Ley 2a. del 7 de enero de 1931 que crea la Intendencia del Amazonas, convertida en Comisaría por la Ley 2a. del 5 de febrero de 1943 y en el acto administrativo que las partes mencionan, Resolución No. 000463 del 30 de mayo de 1967 (fls. 39-42 cdo. ppl.), mediante la cual el Ministro de Gobierno aprobó el Decreto No. 28 del mismo año, expedido por el Comisario Especial del Vaupés, que a su vez fijó los límites de los corregimientos de la correspondiente Comisaría.

La anterior aseveración aparece corroborada con la edición 1992 del mapa del Departamento del Vaupés, visible al folio 221 del cuaderno principal.

Ahora bien, si la mesa de votación situada en el Departamento del Amazonas recogió votos depositados en favor de un aspirante a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral de otro Departamento, el del Vaupés, resulta que la decisión del Consejo Nacional Electoral en el sentido de excluir del escrutinio de los votos para Representante a la Cámara -correspondiente al segundo de los departamentos mencionados- los de la mesa No. 1 de Pacoa, se encuentra ajustada a derecho, en especial al artículo 176 de la Carta Fundamental, según el cual:

"...**la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales** y circunscripciones especiales.

"...

"**Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento** y el Distrito Capital de Bogotá **conformará una circunscripción territorial**.

..."

(Subraya y resalta la Sala).

El actor alega que la exclusión de los sufragios depositados en las mesas de votación ubicadas en las localidades de Carurú y Pacoa, que considera válidos,

más de 76 sufragios en blanco para efectos de obtener el cuociente electoral en la circunscripción electoral del Vaupés, infringe el sistema electoral previsto en el artículo 263 de la Carta Fundamental y de consiguiente el artículo 223-4 del C.C.A.

Las disposiciones premencionadas son del siguiente tenor:

De la Constitución Nacional:

"ART. 263. Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer de adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente. (Subraya y resalta la Sala).

Del Código Contencioso Administrativo:

"art. 223. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas 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 leyes de la República.

"...

Las determinaciones de los Delegados y del propio Consejo Nacional Electoral en el sentido de excluir del cómputo de votos y del escrutinio respectivo los sufragios depositados en las mesas 1, 2, de la localidad de Carurú (Resoluciones 3 y 4 del 15 de marzo de 1994) y mesa 1 del Corregimiento de Pacoa (Acuerdo 6/94), no contrarían, según quedó demostrado, los preceptos señalados como violados por el actor, como tampoco infringen las disposiciones constitucional y legal anteriormente transcritas, toda vez que los votos excluidos, no pueden considerarse válidos, pues, en el primer caso, se suprimieron del cómputo y del escrutinio por encontrarse fundadas las reclamaciones presentadas contra las mesas 1 y 2 de Carurú; y en el segundo caso, los votos fueron depositados por ciudadanos pertenecientes a una circunscripción electoral distinta a la del Vaupés, en favor de un

candidato a la Cámara que pertenecía a la circunscripción electoral del Vaupés, para lo cual se había inscrito y postulado.

Habiéndose clarificado y determinado el resultado de la votación, el Consejo Nacional Electoral en cumplimiento del artículo 263 de la C.N. (fl. 8 cdo. ppl.), procedió a dividir el total de votos válidos (4.739) por el número de las curules (2) que le correspondían al Departamento del Vaupés, excluyendo los votos en blanco. Al hacer mención a dicha exclusión, el demandante afirma que fue violado el sistema electoral previsto en la aludida norma constitucional, sin explicar el porqué de tal violación.

En consonancia con lo expuesto y sin que sea necesaria consideración adicional, la Sala concluye que no aparece demostrada la transgresión de los artículos 263 de la C.N. y 223-4 del C.C.A.

5. De la falsedad y apocrificidad del acto impugnado

Dice el actor que el acuerdo demandado es falso o apócrifo en cuanto estima que el corregimiento de Pacoa pertenece al Departamento del Amazonas y en cuanto considera que el jurado de votación funcionó en territorio de dicho departamento. Por tal motivo, afirma, se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 223-2 del C.C.A., que dice:

"... 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".

Tal como observa en su concepto la señora Procuradora Delegada, esta Sala se ha pronunciado en múltiples fallos respecto a la causal mencionada. Entre tales pronunciamientos merece citarse el del 17 de mayo de 1990 en que fue ponente el doctor Jorge Penen Deltieure, exp. No. 0345, actor: Roberto Arrázola Juliao, en el que se expresa:

"Como finalmente el actor aduce que la circunstancia aludida transforma en apócrifa el acta de escrutinio, vale la pena transcribir criterios esbozados por la jurisprudencia y la doctrina sobre el concepto de apocrifidad.

"...

"Apócrifo, que es sinónimo de supuesto, de fingido o de simulado, es el documento que se hace aparecer como auténtico sin serlo. El Consejo de Estado ha definido la apocrifidad en los siguientes términos:

" ' La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimas que son, **implica que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero**, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para montar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción. Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para engañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2o., sanciona con la declaratoria de nulidad.

" ' **No se trata, pues, de la simple falta de algunos requisitos formales** en el registro electoral o en sus antecedentes, **sino la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, y ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real**".

"**Falso, que procede de falsedad, es la alteración o mutación de la verdad hecha con dolo en perjuicio de otro**. La falsedad, que es un delito y que puede ser material o ideológica, presenta diversas modalidades, tales como la formación de un objeto o documento falso (sello, moneda, etc.), la limitación de un objeto o documento existente, o la alteración de uno auténtico.

"**La falsedad**, delito contra la administración pública, es, en términos generales, **la alteración intencional de la verdad**, pues sin el elemento dolo (intención) no hay falsedad, ya que no existe falsedad culposa. Los elementos que integran la falsedad son: a) mutación de la verdad, en sus formas de imitación, alteración, ocultación o suspensión; b) intención criminal, o sea el dolo específico del delito; y c) perjuicio moral o material, real o posible o potencial contra terceras personas y simplemente contra la fe pública.

"Lo falso es delito, mientras que lo apócrifo no es punible. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras que en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay la intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. En ese factor subjetivo, intencional, estriba la gran diferencia, que se comprende mejor en el caso de las firmas de funcionario. Una firma es falsa cuando sin ser de la persona a quien se le atribuya, y por lo tanto, son se auténtica, sin embargo hay la intención de hacerla aparecer como de dicha persona, y para ello es indispensable valerse de la imitación, imitar la firma real de la persona, para hacer creer que es firma auténti-

ca de ella. En cambio, una firma es apócrifa simplemente cuando no fue estampada por la persona a quien se le atribuye, sin que se haya hecho ningún esfuerzo por hacerla aparecer como auténtica de dicha persona, pues ni siquiera se le imitó su firma auténtica. Por eso las firmas o documentos apócrifos son ostensibles, a primera vista se descubre que no fueron elaborados por las personas a quienes se les atribuye, y para descubrirlos no es necesario acudir a la prueba pericial grafológica, que siempre se hace necesaria en los casos de los documentos o firmas falsificados, que tienen mucho parecido con los documentos o firmas auténticos. La imitación en lo escrito, pues, distingue lo falso de lo apócrifo.

"Sin embargo, esta causal de nulidad que estamos comentando se configura en cualquier caso, cuando el registro resulta falso o cuando el registro resulta apócrifo y cuando los elementos que han servido para su formación tienen los mismos vicios.

"Para que prospere esta nulidad, la falsedad o la apocrifidad deben necesariamente afectar el resultado electoral, que es lo que protege la ley. Esta causal segunda hay que entenderla racionalmente interpretada 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. Empero, creemos que no habiendo falsedad ni apocrifidad en el registro o resultado electoral, no se da esta nulidad, a pesar que se compruebe que uno o varios de los documentos que sirvieron para la formación de aquel registro o resultado electoral son falsos o apócrifos, pues en este caso podrían ser elementos falsos o apócrifos, totalmente inocuos para el resultado electoral, que no acarrean nulidad (Tratado de Derecho Electoral Colombiano. José Ignacio Vives Echeverría. Págs. 348 y 349).

"...

"... la noción de falsedad o apocrifidad que habla la ley -lo ha dicho y reiterado el Consejo de Estado- se relaciona con la mutación física o material de los pliegos, con la alteración intelectual de su contenido y con la inexistencia de los documentos que puedan contribuir a la formación de los registros, cuando tales documentos constituyan una garantía eficaz o irreemplazable de la pureza del sufragio (Sentencia del 6 de mayo de 1969).

"Y en fallo de fecha 4 de mayo de 1971 expresó lo que a continuación se transcribe, tomándolo de la sentencia del 7 de noviembre de 1948 (Anales, Tomo CVII, Nos. 483 y 484, pág. 945) que se prohijó:

"La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimos que son, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o engaño para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.

"**Es entonces indispensable que para que prospere una impugnación de esta naturaleza** contra un resultado electoral, que **se muestre plenamente**, y no a base de inferencias o hipótesis, **la existencia concreta y operante de uno de aquellos sistemas de maquinación fraudulenta** ya mencionados. De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las operaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado de la acusación. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En relación con este cargo, no es cierto como sostiene el actor que el Consejo Nacional Electoral estimó el Corregimiento de Pacoa como perteneciente al Departamento del Amazonas, lo que hizo fue no admitir conforme a las pruebas aportadas, que los votos de la mesa número 1 ubicada en territorio del Amazonas fueran computados en los escrutinios del Vaupés.

En dichas condiciones y ante la evidencia probatoria que obra en el expediente, no puede afirmarse que los elementos configurativos de apocrifidad y falsedad se estructuren, pues no existe simulación de la realidad mediante el empleo de artificios y maniobras engañosas o dolosas en detrimento del resultado electoral. Así las cosas, resulta forzoso concluir que tampoco en este evento el actor demostró violación del artículo 223-2 del C.C.A.

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,

FALLA

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente. Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en fecha diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez Presidente, aclara voto, *Miren de la Lombana de Magyaroff,* aclara voto, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* aclara voto, *Miguel Viana Patiño.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Con el mayor respeto me permito aclarar el voto favorable a la providencia que antecede, por las siguientes razones:

En el presente caso se plantean en la demanda cargos que se fundamentan en hechos constituidos de causales de reclamación.

Era suficiente, respecto de los mismos, con verificar si los hechos alegados encuadraban en supuestos que configuren las causales de nulidad que se indican en el libelo.

Sobraba, por lo mismo emprender un análisis de fondo sobre el particular, como lo hizo la Sala en su providencia que motiva mi aclaración y cuya decisión comparto.

De los Señores Magistrados,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Santa Fe de Bogotá, D.C., Marzo seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

NOTA DE RELATORIA: Se reitera sobre apocrifidad en materia electoral, la sentencia del 17 de mayo de 1990, Exp. 0345, Ponente: *Dr. Jorge Penen Deltieure*, Actor: *Roberto Arrazola Juliao*

NULIDAD ELECTORAL - Causales. **RECLAMACION ELECTORAL APOCRIFIDAD. CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL** (Aclaración de Voto).

Como quiera que la Ley 62 de 1988 sustituyó el numeral 6, art. 65 de la Ley 96 de 1985, de tal manera que a partir de su vigencia no son causales de nulidad electoral las de reclamación que prevé el art. 192 del Decreto 2246 de 1986, no era necesario examinar los hechos en los que fundamentó el actor el cargo basado en la existencia de registro falso o apócrifo. Dicha falsedad o apocrifidad se predicó de decisiones de las autoridades administrativas electorales que excluyeron mesas de votación que funcionaron en la circunscripción electoral que escrutaban (la del Vaupés) o por fraude originado en número de sufragios superior al de las cédulas inscritas, exclusiones que hicieron en atención a reclamaciones de testigos electorales que encontraron bien fundadas.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Con el mayor comedimiento aclaro mi voto favorable al fallo de marzo 13 retropróximo, en los siguientes términos:

Como quiera que la Ley 62 de 1989 sustituyó el numeral 6 Art. 65 de la Ley 96 de 1985, de tal manera que a partir de su vigencia no son causales de nulidad electoral las de reclamación que prevé el Art. 192 del Decreto 2246 de 1986, no era necesario examinar los hechos en los que fundamentó el actor el cargo basado en la existencia de registro falso o apócrifo. Dicha falsedad o apocrifidad se predicó de decisiones de las autoridades administrativas electorales que excluyeron mesas de votación que no funcionaron en la circunscripción electoral que escrutaban (la del Vaupés) o por fraude originado en número de sufragios superior al de las cédulas inscritas, exclusiones que hicieron en atención a reclamaciones de testigos electorales que encontraron bien fundadas.

De todos modos, comparto la parte resolutiva del fallo que considero ajustado a derecho.

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo 17 de 1995.

Amado Gutiérrez Velásquez

NOTA DE RELATORIA: El doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía* adhiere su aclaración a la del doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Referencia: Expediente 1129. Electoral Unica Instancia

Consejero Ponente: *Dr. Miguel Viana Patiño*

Actor: *Jaime García Vargas*

Por compartir en su integridad los planteamientos expuestos en la aclaración de voto del H. Consejero Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, me adhiero a ellos.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo 21 de 1995.

INDICE ALFABETICO DE ACTORES

PRIMER TRIMESTRE DE 1995

SEGUNDA PARTE

A

ACEITES DEL CARIBE S.A.	1711
AEROVIAS CONDOR DE COLOMBIA S.A.	1156
AGROPECUARIA BUCARELIA LIMITADA	1265
ALIRIO ANIBAL BERNAL BURGOS	974
ALVARO BECERRA RODRIGUEZ	961
ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.	1337
ASOCIACION NACIONAL DE ANUNCIANTES DE COLOMBIA "Anda"	1281

B

BERNARDO E. PERALTA ORTIZ Y OTROS	1569

C

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE LA INDUSTRIA Y COMERCIO DE PALMIRA, COMINDUSTRIA	1721
CARMEL CLUB CAMPESTRE	1512
CATASTRO MUNICIPAL DE CALI	1248
CLAUDIA VASQUEZ MARAZZANI	1242
COLOMBIAN BAGS LTDA	1316, 1484
COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "Confianza"	1652
CORPORACION JOCKEY CLUB	1383

CORPORACION NACIONAL DE AHORRO Y VIVIENDA "Conavi" 1604
CORPORACION POPULAR DE AHORRO Y VIVIENDA "Corpavi" 1543
COSMETICOS DE CALDAS LTDA 1459
CUEROS COLOMBIANOS LTDA 1614

D

DEPARTAMENTO DEL HUILA 1094
DIMAS LEONEL PUERTO FRANCO 1472

E

EDILBERTO SOTO SANDOVAL 969
EFRAIN IZQUIERDO IZQUIERDO 1001
ELKIN GABRIEL OLIVERIO JOSE CLARET MUSKUS OYOLA 1049
ERNESTO RODRIGUEZ OLIVEROS 1032
ESTHER ELENA MERCADO JARAVA Y OTRA 1346
EUGENIO RODRIGUEZ OCHOA 1018
EXPORTADORA DE CAFE DE LAS COOPERATIVAS DE CAFICULTORES LTDA. **"Expocafé Ltda."** 1554

F

FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES "Fanalca S.A." 1628
FARID ARROYO HERRERA 995
FINANCOL LTDA 1409
FRANCISCO JAVIER MONTOYA 1185

G

GABRIEL CUERO VALLECILLA 1299
GILMA CLEMENCIA SOLANO Y OTRA 1346
GREGORIO RODRIGUEZ VASQUEZ 1745

H

HECTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA 1005
HERNANDO DE JESUS VALLEJO TORO 1739
HERNANDO PINZON AVILA 1323
HUGO PALACIOS MEJIA 1668

I

INDUSTRIAS ALMIRANTE LTDA 1432
INGENIO RIOPAILA S.A 1193
INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI 1112

J

JAIME GARCIA VARGAS 1783
JAVIER CANO GARCIA 1291
JEAN CUERVO CHAVERRA 1063
JESUS VALLEJO MEJIA 1419
JORGE ELIECER BARON ORTIZ 1531
JORGE GARCES ARELLANO Y OTROS 1497
JOSE GONZALO CUERVO JOYA 1025
JOSE JAIME TORRES MORALES 957
JOSE LUIS RIVADENEIRA RAMIREZ 1373
JOSE NELSON CASTAÑO SALAZAR 989

L

LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 1733
LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ Y OTROS 1211

M

MANUEL H. MENDOZA TORRES	1295
MARIA ANTONIA, GARCES ARELLANO Y OTROS	1497
MARIA ARELLANO DE GARCES Y OTROS	1497
MARIA CRISTINA GARCES ARELLANO Y OTROS	1497
MAURICIO ALFREDO PLAZAS VEGA	1310
MIGUEL A. ENCISO PAVA	1569
MINISTERIO PUBLICO	1729
MUNEVAR DOMINGUEZ Y CIA. LTDA	1286

N

NEFTALI ANTONIO SOLANO ALVAREZ	949
NORWICH COLOMBIANA S.A	1620

O

ORLANDO BERNAL MORALES	1015
ORLANDO M. BERDUGO GONZALEZ	1059

P

PABLO JOSE ACUÑA FERGUSSON	1468
PISOS DE ASFALTO Y VINILO DE COLOMBIA "Pavco S.A."	1427

R

RAFAEL A. BARRIOS CH.	1125
RAFAEL CORRALES RAMIREZ	1077
REASEGURADORA HEMISFERICA S.A.	1442
RICARDO CIFUENTES SALAMANCA Y OTROS	1569
RICARDO GARCES ARELLANO Y OTROS	1497

S

SERGIO AUGUSTO GUERRA CASTELLANOS	1767
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS DE PROSOCIAL **"Sintra Prosocial" y otros**	1070
SOCIEDAD JOSE MARIA CHACON BANDERAS E HIJOS LTDA	1636
STELLA CASAS CASTAÑEDA	980
SUPERINTENDENCIA DE CAMBIOS	1759

T

TESORERIA MUNICIPAL DE IBAGUE	1776
TRANSPORTES CENTRO CAR LTDA.	1397
TULIO HERNAN MURILLO LLANTEN	1037

V

VICTOR JULIO TORO AJIACO	1010
VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO	1304
VIRGINIO DURAN RIZO	1176

INDICE TEMATICO

PRIMER TRIMESTRE DE 1995

SEGUNDA PARTE

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO: 1049

ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Improcedencia: 1024

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 974

ACTOS ADMINISTRATIVOS: 974

ACTO DE REMOCION: 1031

ACTO DE REMOCION - Improcedencia: 1076

ACTO DE RETIRO: 1024

ACTO DE TRAMITE: 1024

AJUSTE DE VALOR - Improcedencia: 989

ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de voto): 1045, 1087

ARBITRARIEDAD - Inexistencia: 1031

ASCENSO: 1058

AUDITOR: 968

B

BUEN SERVICIO - Razones: 968

C

CADUCIDAD: 974
CALAMIDAD DOMESTICA: 1049
CARGOS INFUNDADOS - Inexistencia: 968
CARRERA ADMINISTRATIVA: 1058
CARRERA JUDICIAL: 1001
CATEGORIA DEL EMPLEO: 960
COACCION: 960
COMISION: 1058
COMPETENCIA: 957
COMUNICACION: 974
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades: 995
CONCEPTO DE LA VIOLACION: 1015
CONCURSO DE MERITOS: 1001, 1015
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA: 1015
CONTRALOR DEPARTAMENTAL: 1076
CONTRALOR MUNICIPAL: 995
CONTRALOR MUNICIPAL - Elección: 1018
CONTRATO DE TRABAJO: 957
CONVENCION COLECTIVA - Modificación: 1005
CUANTIA: 980

D

DECAIMIENTO DEL ACTO: 1009
DECRETO EJECUTIVO- Improcedencia: 1009
DECRETO LEY - Inexistencia: 1009
DERECHO DE DENUNCIA: 1005
DEROGATORIA EXPRESA: 1070
DESCUENTO - Improcedencia (Aclaración de voto): 1045, 1087
DESVIACION DE PODER - Demostración: 1024
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Excepciones: 988

E

EDAD: 949
EJECUCION: 974
EMPLEADO DE MANEJO: 1069
EMPLEADO DEPARTAMENTAL: 949
EMPLEADO PUBLICO: 1076
EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia (Aclaración de voto): 1045, 1087
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Aceptación: 1058
EMPLEADOS PUBLICOS - Clarificación: 1069
ESCALAFON: 1058
ESCALAFON- Derechos: 1058
ESTABILIDAD: 1058, 1037
EXPERIENCIA JUDICIAL: 1015

F

FACULTAD DISCRECIONAL: 968, 1024
FUERO POR MATERNIDAD: 1062
FUNCIONARIO DE CARRERA: 1037, 1058
FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION: 960
FUNCIONARIO DE PERIODO: 1076
FUNCIONARIO DE PERIODO - Remoción: 995
FUNCIONARIO DEL SENA: 1009

G

GOBIERNO NACIONAL - Facultades: 1024

I

INSUBSISTENCIA: 968
INSUBSISTENCIA - Improcedencia: 1037, 1062

J

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 957
JURISDICCION ORDINARIA: 957

L

LEY POSTERIOR: 1070

LL

LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS: 1024

N

NORMA ESPECIAL DISCIPLINARIA - Vigencia: 1076
NORMA ESPECIAL - Pérdida de vigencia: 1009
NORMA GENERAL - Aplicación: 1009
NORMA NACIONAL - Aplicación 949

P

PENSION DE JUBILACION: 988
PENSION DE JUBILACION - Requisitos: 949, 988
PENSION DE VEJEZ: 957
PENSION GRACIA - Compatibilidad: 988
PERIODO: 995
PERIODO LEGAL: 1018
PERSONAL DOCENTE: 988
PERSONAL DOCENTE DEPARTAMENTAL - Régimen aplicable: 988
PLAN DE RETIRO COMPENSADO: 1037
PLANTA DE PERSONAL: 1069
POLICIA NACIONAL - Oficial: 1024
POTESTAD DISCRECIONAL - Límite: 1031

PRESTACIONES SOCIALES: 988
PRESTACIONES PERIODICAS - Reajuste: 989
PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA: 980
PROCESO DE CARACTER LABORAL: 957
PROCESO DISCIPLINARIO: 960, 968, 1009
PROCESOS DE CARACTER LABORAL: 980
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Atribuciones: 1076
PROMOTORA DE VACACIONES Y RECREACION SOCIAL: 1069
PROSOCIAL: 1069
PROSOCIAL. Estatuto interno: 1069
PROTECCION A LA MATERNIDAD: 1062
PROVIDENCIA DE CONDENA (Aclaración de voto): 1045, 1087
PUBLICACION: 974

R

RAZON DEL SERVICIO - Error: 1031
RECURSO DE APELACION - Delimitación: 1062
REINTEGRO: 954, 980, 1062
REINTEGRO- Improcedencia: 1018
RENUNCIA - Aceptación: 960
REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO - Improcedencia: 1018

S

SENA- Régimen disciplinario: 1009
SENTENCIA - Modificación: 954
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Aplicación: 1037
SERVIDOR PUBLICO: 1031
SOLICITUD DE RETIRO: 1076
SUPREMO COMANDANTE DE LA FUERZA PUBLICA: 1024
SUPRESION DEL CARGO: 974
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia: 1001, 1005, 1015, 1069

T

TARIFA LEGAL - Inexistencia: 1024
TRABAJADOR PARTICULAR: 957

V

VACIO NORMATIVO - Inexistencia: 1001
VEHICULO OFICIAL - Uso indebido: 968

SECCION TERCERA

A

ACCION DE NULIDAD: 1093
ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS - Causa: 1155
ACCION DE NULIDAD ESPECIAL - Trámite: 1241
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia: 1093
ACCION DE REPARACION DIRECTA: 1192
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia: 1155
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia: 1155
ACTO ADMINISTRATIVO: 1155
ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR: 1241
ACTO DE TRAMITE: 1155
ACTO GENERAL: 1093
ACTO JURISDICCIONAL: 1155
ACTO TERRORISTA: 1211
ACTUACION DE LA ADMINISTRACION - Error: 1112
ADJUDICACION DE CONTRATO: 1111, 1112
APROPIACION PRESUPUESTAL - Inexistencia: 1111

C

CADUCIDAD: 1192
CARGA DE LA PRUEBA: 1175, 1265

COMPETENCIA: 1185
CONCORDATO PREVENTIVO: 1156
CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO - Convocatoria: 1155
CONDENA - Actualización: 1125
CONSEJO DE ESTADO - En segunda instancia: 1185
CONTRATISTA: 1112
CONTRATO ESTATAL: 1185
COSTAS - Improcedencia: 1264
CULPA EXCLUSIVA DE LA ADMINISTRACION: 1112
CULPA - Negligencia: 1211

D

DAÑO ANTIJURIDICO: 1124, 1210, 1211
DAS: 1211
DEMANDA - Ineptitud: 1094, 1155
DEMANDA - Requisitos: 1241
DERECHOS DE LOS PARTICULARES: 1112
DIGNIDAD HUMANA - Respeto: 1210
DISCRECIONALIDAD - Improcedencia: 1112
DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL: 1111

E

ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO: 1264
EQUIDAD: 1210
ESTADO SOCIAL DE DERECHO: 1124, 1210
EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO PRIVADO: 1264
EXPLOTACION DE MINAS: 1241
EXPLOTACION ECONOMICA: 1264
EXPLOTACION ECONOMICA DE UN BIEN: 1265

F

FALLA DEL SERVICIO DE LA FUERZA PUBLICA: 1124
FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Cesárea: 1175
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION: 1124
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA: 1175
FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD: 1264

H

HIDROCARBUROS: 1094

I

IMPUESTO DE REGISTRO Y ANOTACION - Recaudo: 1247
IMPUESTO PREDIAL - Beneficiario: 1247
INCAPACIDAD PERMANENTE: 1210
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: 1112
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 1093
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia: 1264
INDEMNIZACION: 1210
INDEMNIZACION A FORFAIT - Compatibilidad: 1209
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: 1209
INTERES GENERAL: 1241
INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI - Presupuesto: 1111
INVALIDACION - Improcedencia: 1112

L

LICENCIA DE EXPLOTACION MINERA: 1241
LICITACION - Descripción: 1112
LICITACION PUBLICA - Propuestas: 1112
LICITANTE: 1112

M

MEDIOS DIRECTOS: 1265
MIEDO: 1209
MEDIOS SUBSIDIARIOS: 1265

N

NULIDAD PROCESAL: 1193

O

OBLIGACION CONTRACTUAL: 1112
OCUPACION PERMANENTE: 1192
OPERATIVO MILITAR: 1124

P

PALACIO DE JUSTICIA - Toma: 1124
PARTICIPACION CIUDADANA: 1241
PERJUICIO: 1112
PERJUICIOS MATERIALES: 1209
PERJUICIOS MORALES: 1210
PLAN GENERAL DE COMPRAS - Omisión: 1111
PLIEGO DE CONDICIONES: 1111
PRESCRIPCION EXTINTIVA: 1192
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 1111
PRESUPUESTO - Carencia: 1210
PRESUPUESTO - Distribución: 1209
PRINCIPIO DE IGUALDAD: 1155
PROCESO EJECUTIVO: 1185
PROCESO REIVINDICATORIO: 1192
PROPUESTA - Falta de Items: 1112

PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE: 1241
PRUEBA DE AFECTACION DEL MEDIO AMBIENTE: 1241
PRUEBA RECAUDADA - Validez: 1193

Q

QUIEBRA - Proceso: 1156

R

REGALIAS - Liquidación: 1094
RESPONSABILIDAD ESTATAL: 1210
RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL: 1211
RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LA LEY: 1155
RESPONSABILIDAD POR LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA: 1155

S

SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA LA ADMINISTRACION: 1210
SENTENCIAS CONDENATORIAS CONTRA LA ADMINISTRACION: 1209
SOBERANIA: 1124
SOCIEDAD COMERCIAL - Disolución: 1156
SOCIEDAD COMERCIAL - Liquidación: 1155
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Funciones: 1155
SUSPENSION PROVISIONAL: 1241

T

TEORIA DE IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO: 1124
TRANSITO DE LEGISLACION: 1192
TRASPASO DE RENTA DEPARTAMENTAL - Improcedencia: 1247
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO: 1185

SECCION CUARTA

A

ACCION DE COBRO - Prescripción 1496
ACCION DE NULIDAD: 1661
ACCION DE NULIDAD - Objeto (Salvamento de Voto): 1708
ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: 1564
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO IMPOSITIVA: 1496
ACTIVIDAD NO SUJETA: 1711
ACTO ADMINISTRATIVO - Firmeza: 1495
ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL: 1661
ACTO CONFIRMATORIO: 1286
ACTO GENERAL DE ENTIDAD PUBLICA - Publicación: 1604
ACUERDOS DE PAGO - Actualización: 1372
ADICION DE INGRESOS - Procedencia: 1408
ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Deberes: 1627
ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Negligencia: 1720
ALEGATOS DE CONCLUSION - Argumentos: 1636
AMNISTIA POR ACTIVOS EN EL EXTERIOR: 1291
APORTES EN SOCIEDADES LIMITADAS - Valor patrimonial: 1529
APORTES PARAFISCALES: 1382, 1510
ARMAS PARA LA DEFENSA NACIONAL: 1418, 1419
ARTICULO DE PRIMERA NECESIDAD: 1711
ASALARIADO: 1344, 1345
AVALUO CATASTRAL: 1567
AVALUO CATASTRAL-Ajuste: 1567
AVALUO CATASTRAL - Determinación: 1566
AUTOAVALUO DE INMUEBLES: 1566, 1568
AUTOAVALUO DE INMUEBLES - Límites: 1567
AUTOAVALUO - Efectos fiscales: 1567
AUTOAVALUO EN IMPUESTO SOBRE LA RENTA: 1567
AUTONOMIA FISCAL TERRITORIAL - Criterios: 1346
AUXILIO EXTRALEGAL: 1382

B

BASE GRAVABLE: 1565, 1720
BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO PREDIAL EN BOGOTA: 1567, 1568
BASE GRAVABLE - Determinación: 1566
BONIFICACION OCASIONAL: 1471
BONIFICACION POR RETIRO: 1382
BONOS DE DESARROLLO SOCIAL Y SEGURIDAD INTERNA - Reintegro: 1299
BONOS DE GUERRA: 1299

C

CAUSACION DEL IMPUESTO PREDIAL: 1565
CAUSACION DEL IVA: 1310
CIRCULAR DE LA SUPERBANCARIA - Ineficacia: 1604
COBRO COACTIVO - Objeto: 1396
COMERCIO INTERNACIONAL: 1662
COMPAÑIA DE SEGUROS: 1441
COMPENSACION DE IMPUESTOS: 1396
COMPETENCIA DESLEAL: 1662
COMPETENCIA FUNCIONAL: 1564
COMPRA DE MERCANCIA - Inexistencia: 1613
CONCEJO DEL DISTRITO CAPITAL: 1323
CONFIDENCIALIDAD DE DOCUMENTO PRIVADO: 1667
CONGRESO: 1565
CONGRESO NACIONAL: 1343
CONSEJO DE ESTADO: 1343, 1564
CONTRATACION ADMINISTRATIVA: 1418
CONTRATO DE MUTUO EN LAS C.A.V.: 1542
CONTROL DE LEGALIDAD: 1343
COPIA AUTENTICA - Inexistencia: 1483
CORRECCION DE DECLARACION DE RENTA: 1291
CORRECCION DE DECLARACION TRIBUTARIA: 1431, 1720
CORTE CONSTITUCIONAL: 1343
COSTO DE VENTAS - Determinación: 1620
CREDITOS A FAVOR DE LAS C.A.V.: 1542

D

DEBIDO PROCESO: 1495
DECLARACION DE IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO: 1566
DECLARACION DE RENTA: 1291
DECLARACION TRIBUTARIA NO PRESENTADA: 1720
DECLARACION TRIBUTARIA - Presentación: 1483
DECRETO CON FUERZA DE LEY: 1343, 1565
DECRETO LEGISLATIVO: 1664
DECRETO REGLAMENTARIO DE LEY MARCO: 1664
DEDUCCION POR DEPRECIACION - Contabilización: 1529
DEDUCCION POR REPARACIONES LOCATIVAS: 1511
DEDUCCION POR SALARIOS: 1383
DEDUCCION POR SALARIOS OCASIONALES - Improcedencia: 1510
DELEGACION DE FUNCIONES: 1565
DEMANDA - Argumentos: 1636
DEMANDA - Contenido: 1510
DEPRECIACION DE ACTIVOS FIJOS - Reglamentación: 1529
DERECHO A LA INTIMIDAD: 1664
DERECHO AL TRABAJO: 1344, 1345
DERECHOS ANTIDUMPING Y COMPENSATORIOS: 1667
DERECHO A PARTICIPAR EN DECISIONES: 1665
DERECHO DE DEFENSA: 1530
DERECHOS DEFINITIVOS ANTIDUMPING: 1666, 1667
DERECHOS PROVISIONALES ANTIDUMPING: 1666, 1667
DEROGATORIA DE LA LEY: 1467
DESCUENTO EN VENTA: 1441
DEUDA TRIBUTARIA - Actualización: 1372
DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR: 1431
DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Comprobación: 1431
DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Investigación previa: 1432
DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Término: 1627
DEVOLUCION EN VENTA: 1441
DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR CON GARANTIA - Término: 1627
DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR POR BONOS DE GUERRA: 1299
DISTRITO CAPITAL - Régimen administrativo y fiscal: 1565

DISTRITO CAPITAL - Régimen político y administrativo: 1322
DOCUMENTO CONFIDENCIAL - Naturaleza: 1665
DOCUMENTO PRIVADO: 1667
DOCUMENTO PRIVADO - Fecha cierta: 1530
DOCUMENTO PUBLICO - Restricciones: 1664
DOCUMENTO SECRETO: 1664
DUMPING: 1662
DUMPING ABIERTO: 1663
DUMPING - Clasificación: 1663
DUMPING - Definición: 1662
DUMPING DEPREDATORIO: 1663
DUMPING DIRECTO: 1663
DUMPING ENCUBIERTO: 1663
DUMPING INDIRECTO: 1663
DUMPING OCASIONAL: 1663
DUMPING PERMANENTE: 1663

E

EMBARGO DE BIENES: 1496
ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO: 1511
ERROR ARITMETICO: 1286
ESPECTACULOS PUBLICOS: 1337
ESPIRITU DE JUSTICIA: 1431
ESTATUTO DEL DISTRITO CAPITAL 1322, 1323, 1343
ESTATUTO PARA EL DISTRITO CAPITAL: 1564
ESTATUTO PARA EL DISTRITO CAPITAL - Naturaleza: 1564, 1565
EXCEPCIONES: 1396
EXCEPCION DE PAGO: 1396
EXENCION MUNICIPAL: 1711

F

FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL GOBIERNO: 1323
FACULTAD IMPOSITIVA: 1344, 1564
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL: 1295

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL: 1323
FACULTAD LEGISLATIVA ESPECIAL: 1322
FACULTAD SANCIONATORIA: 1651
FAVORABILIDAD EN MATERIA PENAL: 1553
FORMULARIO DE DECLARACION - Falsedad: 1483
FORMULARIOS OFICIALES DE DECLARACION - Utilización: 1620

G

GARANTIA PARA DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR - Cobertura: 1627
GOBIERNO: 1322
GRAVAMEN A BIEN PUBLICO: 1304
GRAVAMEN A VIA PUBLICA: 1304

I

IMPORTACION EXCLUIDA: 1419
IMPORTACION MASIVA: 1666, 1667
IMPUESTO A LA INTRODUCCION DE CARNE 1295
IMPUESTO AL USO DEL SUBSUELO 1304
IMPUESTO DE ADUANAS - Causación: 1667
IMPUESTO DE DEGÜELLO DE GANADO MAYOR: 1295
IMPUESTO DE GUERRA 1299
IMPUESTO DESCONTABLE: 1431
IMPUESTO DESCONTABLE- Improcedencia: 1613
IMPUESTOS DE PERIODO: 1667
IMPUESTO DE TIMBRE: 1530
IMPUESTO - Objeto: 1345
IMPUESTO PREDIAL - Evolución normativa: 1565
IMPUESTO PREDIAL - Naturaleza: 1565
IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO: 1566, 1567
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS: 1418, 1419
INDEMNIZACION LABORAL: 1471
INGRESO LABORAL GRAVADO: 1471
INGRESO NETO - Determinación: 1441

INGRESOS - Causación: 1408
INGRESOS DIFERIDOS: 1408
INGRESOS NETOS - Determinación: 1441
INGRESOS PARA TERCEROS: 1315
INGRESOS - Realización: 1408
INSPECCION TRIBUTARIA: 1315
INTERESES DE FINANCIACION: 1408
INTERESES MORATORIOS PARA LA ADMINISTRACION - Cobertura: 1627
INTERVENCION DEL ESTADO: 1667
INVENTARIO PERMANENTE: 1620
INVERSION FORZOSA EN BONOS DE VIVIENDA POPULAR - Determinación: 1543
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA: 1553, 1554, 1667
IRRETROACTIVIDAD TRIBUTARIA: 1372
IVA EN IMPORTACION DE MAQUINARIA: 1310

J

JUEGO DE INVENTARIOS: 1620
JUEZ - Deberes: 1636

L

LEY EN EL TIEMPO: 1471
LEY EN EL TIEMPO - Vigencia: 1553
LEY MARCO - Naturaleza: 1664
LEY SUSTANCIAL: 1553
LIBERTAD ECONOMICA: 1662
LIBRE COMPETENCIA:1662
LIBRO DE CUENTA Y RAZON: 1409
LIBROS DE CONTABILIDAD - Irregularidad: 1409
LIBROS DE CONTABILIDAD-Validez: 1426
LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA: 1431, 1620
LIQUIDACION DE REVISION: 1510
LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza: 1471

M

MANDAMIENTO DE PAGO: 1396, 1495
MATERIAL DE GUERRA: 1418
MEDIOS PROBATORIOS: 1665
MEDIOS PROBATORIOS- Ineficacia: 1613
MERCANCIAS DE CONSIGNACION: 1315
MUNICION PARA LA DEFENSA NACIONAL: 1418, 1419

N

NO PUBLICACION DE CIRCULAR ADMINISTRATIVA - Efectos: 1604
NORMA ANULADA: 1661
NORMA ANULADA (Salvamento de voto): 1708
NORMA DEROGADA:1661
NORMA DEROGADA (Salvamento de voto): 1708

O

OBLIGACIONES EN MONEDA LEGAL - Determinación.: 1542
OBLIGACION TRIBUTARIA - Elementos: 1568

P

PARTICIPACION EN SOCIEDAD LIMITADA - Modificación: 1496
PASIVO - Comprobación: 1530
PASIVOS DE LAS C.A.V.: 1542
PATRIMONIO LIQUIDO - Determinación: 1529
PATRIMONIO NETO: 1529
PERDIDAS FISCALES - Compensación: 1511
PERJUICIO IMPOSITIVO - Inexistencia: 1496
PERJUICIOS - Comprobación: 1496
PERSONA - Deberes: 1343
PLIEGO DE CARGOS - Sustitución: 1530
POLIZA DE GARANTIA: 1337

PRECIO DE EXPORTACION: 1662
PRECIO DE MERCADO INTERNO: 1662
PRESCRIPCION DE DEUDA TRIBUTARIA: 1495
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA: 1564
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades legislativas: 1565
PRIMA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Liquidación: 1651
PRINCIPIO DE BUENA FE: 1495
PRINCIPIO DE CERTEZA: 1568
PRINCIPIO DE CONTRADICCION: 1665
PRINCIPIO DE EQUIDAD: 1344
PRINCIPIO DE EQUIDAD HORIZONTAL: 1346
PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA: 1372
PRINCIPIO DE EQUIDAD VERTICAL: 1346
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD TRIBUTARIA - Inaplicabilidad: 1553, 1554
PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD GENERALMENTE ACEPTADOS: 1426
PRINCIPIO DE IGUALDAD: 1345, 1665
PRINCIPIO DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA: 1665
PRINCIPIO DE INMEDIATEZ DE LA LEY PROCEDIMENTAL: 1553
PRINCIPIO DE JUSTICIA: 1344, 1345
PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 1467, 1568, 1661
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: 1665
PRINCIPIO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL: 1343
PROCESO DE RECEPCION DE DECLARACION TRIBUTARIA - Contenido: 1483
PRODUCCION DE ACEITE VEGETAL: 1711
PRODUCCION PRIMARIA: 1711
PROFESION LIBERAL: 1344, 1345
PROVEEDOR FICTICIO: 1613
PROYECTO DE CORRECCION DE DECLARACION - Firmeza: 1720
PROYECTO DE DECLARACION: 1720
PRUEBA CONTABLE: 1315
PRUEBA DOCUMENTAL - Ineficiencia: 1530
PUNTO NUEVO: 1510

R

REBAJA EN VENTA: 1441
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA: 1467

REGISTRO DE LIBROS DE CONTABILIDAD: 1409
REGISTRO MERCANTIL: 1458
REGISTRO MERCANTIL - Renovación: 1286
RENTA BRUTA EN VENTAS A PLAZOS: 1408
RENTA PRESUNTIVA: 1441
REPRESENTANTE LEGAL - Nombramiento: 1286
REPRESENTANTE LEGAL - Obligaciones: 1458
REQUERIMIENTO ESPECIAL: 1530, 1636
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: 1458
RETENCION EN LA FUENTE: 1396
REVOCATORIA DIRECTA - Objeto: 1495

S

SALARIO: 1382
SALARIO - Inexistencia: 1471
SANCION POR DECLARACION DE PROVEEDOR FICTICIO: 1613
SANCION POR EXTEMPORANEIDAD: 1554
SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS - Procedencia: 1530
SANCION POR LIBROS DE CONTABILIDAD: 1409
SANCION POR LIBROS - Improcedencia: 1426
SANCION POR NO ACREDITAR EL PAGO DE APORTES: 1383
SANCION POR NO DECLARAR: 1483
SANCION POR VALOR DEL AUTOAVALUO - Improcedencia: 1568
SANCION TRIBUTARIA: 1553
SANEAMIENTO FISCAL DE DIVISAS: 1291
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos: 1418
SENTENCIA INHIBITORIA - Improcedencia: 1661
SENTENCIA INHIBITORIA - Procedencia (Salvamento de voto): 1708
SISTEMA DE CAUSACION: 1408
SOCIEDAD COMERCIAL: 1511
SUBVENCION: 1662
SUJETO ACTIVO: 1565
SUJETO PASIVO: 1565
SUJETO PASIVO DE OBLIGACION TRIBUTARIA: 1458
SUPERINTENDENTE BANCARIO: 1651

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia: 1281, 1310
SUSTRACCION DE MATERIA: 1467
SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de voto): 1708

T

TARIFA: 1565
TASA EN GARANTIA DE CUMPLIMIENTO: 1651
TERMINO DE REVISION OFICIOSA: 1458
TERMINO PARA DEVOLVER SALDOS A FAVOR: 1432
TERMINO PARA REVISION: 1471
TITULO EJECUTIVO: 1337
TITULO EJECUTIVO - Firmeza 1495

U

U.P.A.C. - Naturaleza: 1542, 1543
U.P.A.C. - Objeto: 1542

V

VALOR COMERCIAL: 1568
VENTAS A PLAZOS: 1408
VIA GUBERNATIVA: 1396
VIA GUBERNATIVA - Agotamiento: 1511
VIGENCIA DE LA LEY: 1467, 1661

SECCION QUINTA

A

ACTO ADMINISTRATIVO: 1758
ACTO DE TRAMITE: 1739

ACTO PREPARATORIO 1739
ALCALDE ENCARGADO: 1732
ALCALDE ENCARGADO - Inhabilidades: 1732
ALCALDE - Inhabilidades: 1767
ALCALDE - Inhabilidades (Salvamente de voto): 1773
ANALOGIA - Improcedencia: 1732
APOCRIFICIDAD - Inexistencia: 1783

C

CARGA DE LA PRUEBA: 1732
CAUCION - Término: 1775
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL: 1783
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL (Aclaración de Voto): 1808
CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL DEL AMAZONAS: 1783
CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL DEL VAUPES: 1783
CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL: 1783
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Remisión: 1782
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicación: 1782
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Funciones: 1783
CONCEPTO DE VIOLACION: 1782

D

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO: 1767
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO (Salvamento de voto): 1773
DEMANDA ELECTORAL - Interpretación: 1782
DEMANDA ELECTORAL - Requisito: 1782
DEMANDA - Requisitos: 1782

E

EDILES - Inhabilidades: 1729
EMPLEADO PUBLICO- Inexistencia: 1744

INDICE TEMATICO

ESCRUTINIO - Exclusión de Votos: 1783
ESTABLECIMIENTO PUBLICO: 1744
EXCEPCIONES: 1758

F

FILIACION POLITICA: 1732

I

ICBF: 1744
ICBF - Ley Orgánica: 1744
INSCRIPCION DE CANDIDATURA: 1739

J

JUEZ - Deberes: 1782
JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES: 1729
JUNTA DIRECTIVA: 1744
JUNTA DIRECTIVA - Presidente: 1744
JURISDICCION COACTIVA: 1758

M

MEDIDAS CAUTELARES - Levantamiento: 1775
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO - Régimen aplicable: 1744

N

NOTIFICACION: 1758
NULIDAD ELECTORAL - Causales: 1732
NULIDAD ELECTORAL - Causales (Aclaración de voto): 1808

XXX

P

PECULADO: 1767
PENSIONADO: 1732
PRESCRIPCION: 1758
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades: 1744
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 1732
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 1782
PRIMERA DAMA DE LA NACION: 1744
PRIMERA DAMA DE LA NACION - Designación 1744
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD: 1732
PROCESO DE JURISDICCION COACTIVA: 1775

R

RECLAMACION ELECTORAL APOCRIFIDAD (Aclaración de voto): 1808
REPRESENTANTE A LA CAMARA: 1783

S

SANCION PENAL: 1729, 1767
SANCION PENAL (Salvamento de voto): 1773
SERVIDOR PUBLICO (Salvamento de voto): 1773
SERVIDOR PUBLICO - Desempeño: 1767
SUSPENSION PROVISIONAL: 1729
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia (Salvamento de Voto): 1773

T

TITULO EJECUTIVO - Ejecutividad: 1758
TITULO EJECUTIVO - Ejecutoria: 1758
TITULO EJECUTIVO - Ejecutoriedad: 1758
TITULO EJECUTIVO - Exigibilidad: 1758
TITULO EJECUTIVO - Firmeza: 1758

INDICE DE NORMAS DEMANDADAS

PRIMER TRIMESTRE DE 1995

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 2 ARTICULO 22 Y PARAGRAFO UNICO DEL 18 DE MARZO DE 1980, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por el cual se adopta el plan vial para el Distrito Especial de Bogotá y se clasifican sus vías según su capacidad, función y uso.

Sentencia de 26 de enero de 1995

Expediente: 3013

Actor : Jorge Augusto Lozano Delgado

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Anulada 412

ACUERDO 05 DE 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 la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos, se conceden facultades al Alcalde Mayor y se dictan disposiciones relacionadas con la materia.

Auto de 17 de marzo de 1995

Expediente: 3235

Actor : Fernando Marimón Romero

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente 871

ACUERDO 7 LITERAL A) DEL ARTICULO 126 DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1979, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, por el cual se define el plan general de desarrollo integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá.

Sentencia de 26 de enero de 1995

Expediente: 3015

Actor : Luis Alberto Medina Bermúdez

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Anulada. 420

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 007 ARTICULO 1o. DE 5 DE MARZO DE 1993, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, por medio del cual se reglamenta el cobro del impuesto por concepto del uso del subsuelo en las vías públicas y por las excavaciones en las mismas.

Sentencia de 24 de enero de 1995

Expediente: 5865

Actor : Víctor Obdulio Benavides Ladino

Ponente : Dr. Guillermo Chahín Lizcano

Anulada. 1304

ACUERDO 007 APARTE QUE DICE: "DURANTE DIEZ (10) AÑOS", ARTICULO 1o., DE 25 DE JUNIO DE 1992, DECRETO 078 ARTICULO 1o. DEL 27 DE AGOSTO DE 1992, Y RESOLUCION 248 ARTICULO 2o. DEL 4 DE ABRIL DE 1993. Expedidas por el Concejo y Alcaldía Municipal de San Luis (Tolima).

Declaró la nulidad del Acuerdo 007 y del Decreto 078 y se inhibió para la Resolución 248.

Sentencia de 10 de marzo de 1995

Expediente: 5976

Actor : Jairo Bernal Guarnizo

Ponente : Dr. Guillermo Chahín Lizcano

ACUERDO 038 DE 3 DE DICIEMBRE DE 1991, expedido por el Concejo Municipal de Neiva, por el cual se conceden facultades al Alcalde Mayor, para contratar la instalación de un sistema de recepción y transmisión de televisión internacional, vía satélite.
Sentencia de 3 de marzo de 1995
Expediente: 2098
Actor : Elías Alberto Chacón Quintero
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente. 738

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 004 ARTICULOS 1o. A 4o. DE 16 DE MARZO DE 1993, expedido por el Consejo Directivo de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. -Ecosalud-, por medio del cual se regula la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros; y **RESOLUCION 207 ARTICULOS 1o. Y 2o. DE 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1992,** expedida por el presidente de la misma empresa, por la cual se señalan los trámites y requisitos para las apuestas de suerte y azar de los juegos intermedios y menores.
Sentencia de 13 de marzo de 1995
Expediente: 2906
Actor : José James Chávez Muñoz
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigentes. 779

ACUERDO 00032 DE 18 DE OCTUBRE DE 1994, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental -Corponor-, por la cual se dictan normas sobre el ordenamiento y reglamentación para la explotación, transporte, depósito y/o transformación de material de arrastre y depósitos aluviales del río Pamplonita.
Auto de 17 de marzo de 1995
Expediente: 3221
Actor : Ernesto Collazos Serrano
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano
Vigente.

ACUERDO 00034 PROPOSICION FINAL DEL ARTICULO 137 DE 12 DE AGOSTO DE 1991, emanado de la Junta Directiva del antiguo Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -Intra- hoy Dirección General de Tránsito y Transporte Terrestre automotor, por el cual se dictan disposiciones en materia de tránsito terrestre automotor y se deroga el Acuerdo 0035 de 1990.

Auto de 17 de marzo de 1995

Expediente: 3166

Actor : Franklin Liévano Fernández

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

ACUERDOS 34 Y 70 DE 13 DE ABRIL Y 27 DE JUNIO DE 1994, RESPECTIVAMENTE, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por los cuales se dictan las reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de carrera de la rama judicial y se convoca a un concurso de méritos, respectivamente.

Auto de 3 de marzo de 1995

Expediente: 9636

Actor : Luis Fernando Caicedo

Ponente : Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Vigente.

ACUERDO 049 ARTICULO 49 DE 1o. DE FEBRERO DE 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y **DECRETO 758 ARTICULO 1o. DE 11 DE ABRIL DE 1990,** proferido por el Gobierno Nacional.

Anula los literales Ay B del artículo 49 que textualmente dicen: **"a) Entre sí; b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público" de la norma acusada.**

Sentencia de 3 de abril de 1995

Expediente: 5708-5833-5937 (acumulados)

Actor : Luis S. Velásquez Uribe, Erich Guerra Caicedo y Luis Miguel Quiñones Franco

Ponente : Dr. Alvaro Lecompte Luna

ACUERDO 052 DE 19 DE MAYO DE 1994, por el cual se convoca un concurso de méritos, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Auto de 3 de marzo de 1995

Expediente: 10343

Actor : Orlando Bernal Morales

Ponente : Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Vigente.

ACUERDO 052 DE 19 DE MAYO DE 1994, por el se convoca un concurso de méritos, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Auto de 3 de abril de 1995

Expediente: 10504

Actor : Juan Manuel Rodríguez Ochoa

Ponente : Dr. Diego Younes Moreno

Vigente.

ACUERDO 70 DE 27 DE JUNIO DE 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se convoca a un concurso de méritos destinado a la conformación del registro nacional en el cual las salas administrativas de los consejos seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos para la provisión de los mismos.

Auto de 1o. de marzo de 1995

Expediente: 10341

Actor : Orlando Bernal Morales

Ponente : Dr. Diego Younes Moreno

Vigente.

1015

ACUERDO 70 DE 27 DE JUNIO DE 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se convoca a un concurso de méritos destinado a la conformación del registro nacional en el cual las salas administrativas de los consejos seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos para la provisión de los mismos.

Auto de 3 de abril de 1995

Expediente: 10340

Actor : William Ignacio Guerrero

Ponente : Dr. Diego Younes Moreno

Vigente.

ACUERDO 0079 ARTICULO 81 DE 1o. DE OCTUBRE DE 1993, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Cultura "Colcultura", y **DECRETO 1444 DE 23 DE JULIO DE 1993,** expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se integra el Consejo de Monumentos Nacionales.

Sentencia de 3 de febrero de 1995

Expediente: 2939

Actor : Fabio Arnulfo Riveros Medina

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

ACUERDO 147 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión "Inravisión".

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 6021

Actor : Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia "Anda"

Ponente : Dr. Guillermo Chahín Lizcano

Vigente. 1281

ACUERDO 160 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se convoca a un concurso de méritos.

Auto de 24 de febrero de 1995

Expediente: 11066

Actor : Efraín Izquierdo Izquierdo

Ponente : Dr. Alvaro Lecompte Luna

Vigente. 1001

ACUERDO 536 APARTES DEL ARTICULO 26 DE 20 DE MAYO DE 1974, emanado del Consejo Directivo de Seguros Sociales, por el cual se expide el reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad, y **Decreto 770 artículo 1o. de 30 de abril de 1975,** expedido por el Gobierno Nacional, aprobatorio del Acuerdo antes citado.

Declara la nulidad por inconstitucionalidad sobreviniente de la expresión "y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación" contenida en las normas acusadas.

Sentencia de 10 de febrero de 1995

Expediente: 2943

Actor : Defensor del Pueblo

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz 547

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 002 DE 14 DE ENERO DE 1994, expedido por la Alcaldía Municipal de Machetá, por el cual se adopta el presupuesto general de rentas y gastos del municipio en mención, para la vigencia fiscal de 1994 y se adoptan otras disposiciones.

Auto de 2 de febrero de 1995

Expediente : 3192

Actor : Darío Enrique Bejarano Garzón

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Vigente.

DECRETO 105 DE 1994, expedido por la Alcaldía de Villavicencio, mediante el cual se reglamentó parcialmente el Acuerdo 025 de 1994, referente a la supresión de unos usos en el área de influencia de los mercados de San Isidro y Siete de Agosto.

Auto de 24 de febrero de 1995

Expediente: 3211

Actor : Jorge Alberto Matus Cayle y otro

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

DECRETO 388 ARTICULOS 1o., 3o. Y 4o. DE 15 DE JUNIO DE 1993, expedido por el Alcalde Mayor de Barranquilla, por el cual se ordena en el municipio de Barranquilla la explotación y funcionamiento de los juegos electrónicos o de maquinitas.

Auto de febrero de 1995

Expediente: 3198

Actor : Silvia Isabel Reyes Cepeda

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente.

DECRETO 415 ARTICULOS 1o., 3o. Y 4o. DE 11 DE JULIO DE 1994, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., por el cual se dictan normas para la protección de menores.

Auto de 3 de febrero de 1995

Expediente: 3191

Actor : Fernando Alberto García Forero

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigente.

DECRETO 790 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1989, expedido por el Alcalde de Medellín, por medio del cual se prohíbe la fabricación, expendio, empleo, venta y transporte de artículos pirotécnicos.

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 3171

Actor : Maravillas de Colombia S.A.

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Suspendida.

DECRETO 972 DE 20 DE OCTUBRE DE 1992, expedido por la Alcaldía Municipal de Pasto, por medio del cual modifica parcialmente el Decreto 161 de 18 de junio de 1989, por el cual se reglamentó el funcionamiento de juegos del municipio de Pasto.

Sentencia de 10 de marzo de 1995

Expediente: 3105

Actor : Hárold Alberto Martínez López

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente.

DECRETO 1113 DE 21 DE DICIEMBRE DE 1993, expedido por el Alcalde de Pasto, por el cual se calcula el presupuesto de rentas y gastos, recursos de capital, y apropiaciones del municipio de Pasto para la vigencia fiscal del año de 1994.

Sentencia de 6 de febrero de 1995

Expediente: 2991

Actor : Guillermo Romo Insuasty

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Anulada. 503

DECRETO 1346 ARTICULO 4o. DE 8 DE OCTUBRE DE 1991, expedido por la Alcaldía de Cali, por el cual se establece el procedimiento para la aplicación de las sanciones urbanísticas en el municipio de Santiago de Cali.

Auto de 23 de marzo de 1995

Expediente: 3234

Actor : Jorge Antonio Paredes

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETO 0911 ARTICULO 322 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1989, expedido por el Gobernador del departamento de Risaralda, por el cual se reforma el Código de Policía del departamento en mención.

Sentencia de 24 de marzo de 1995

Expediente: 3169

Actor : Jorge Londoño Gómez

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente. 925

DECRETO 3926 ARTICULOS 2o. A 4o. DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobernador del departamento de Antioquia, por medio del cual se hace un encargo y se convoca a elecciones en el municipio de La Pintada.

Confirma la nulidad de los artículos 2o. y 3o. del Decreto y revoca la sentencia en cuanto al artículo 4o. y en su lugar se inhibe de hacer un pronunciamiento de fondo.
Sentencia de 10 de febrero de 1995
Expediente: 2546
Actor : Municipio de Valparaiso
Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

554

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO 106 ARTICULOS 6 Y 7 DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar.
Auto de 9 de marzo de 1995
Expediente: 10850
Actor : Eustorgio Mariano Aguado Montaño y otros
Ponente : Dra. Clara Forero de Castro
Vigente.

DECRETO 150 ARTICULOS 16, 18, 26-11, 35 Y 36 DEL 25 DE ENERO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual, se reguló las disposiciones sobre derechos *antidumping* y compensatorios.
Sentencia de 31 de marzo de 1995
Expediente: 4834
Actor : Hugo Palacios Mejía
Ponente : Dr. Delio Gómez Leyva
Vigente.

1668

DECRETO 439 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones de las entidades públicas en la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi.
Sentencia de 27 de enero de 1995

Expediente: 2826
Actor : Julio A. Roberto Nieto y Enrique José Arboleda Perdomo
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano
Vigente.

DECRETO 439 ARTICULOS 4o., 6o., 7o. Y 9o. DE 23 DE FEBRERO DE 1994 expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones de las entidades públicas de la Corporación de Ahorro y Vivienda Corpavi.
Sentencia de 10 de febrero de 1995
Expediente: 2836
Actor : Graciela González Ribón
Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez
Vigente.

DECRETO 814 ARTICULOS 6o., 7o., 9o. Y 10o. DE 21 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el programa de ventas de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular.
Sentencia de 10 de febrero de 1995
Expediente: 2919
Actor : Luis Alberto Suárez Sanz
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente.

DECRETO 836 DE 27 DE ABRIL DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los procedimientos para la creación y funcionamiento de programas de maestrías.
Auto de 17 de febrero de 1995
Expediente: 3201
Actor : Juan Jesús Francisco Rodríguez Vargas
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente.

DECRETO 1105 ARTICULOS 1o., 4o., Y 5o. DEL 1o. DE JULIO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas.

Decreta la suspensión provisional de los efectos del inciso 1o. del artículo 4o. de la norma acusada.

Auto de 19 de enero de 1995

Expediente: 3165

Actor : José Ignacio Moreno Ospina

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

DECRETO 1105 INCISO 1o. DEL ARTICULO 4 DE 10 DE JULIO DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas.

Auto de 9 de marzo de 1995

Expediente: 3165

Actor : José Ignacio Moreno Ospina

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Suspendida.

DECRETO 1133 ARTICULO 1o. Y 2o. PARCIALMENTE DE 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.

Auto de 3 de abril de 1995

Expediente: 10342

Actor : José Cipriano León Castañeda

Ponente : Dr. Diego Younes Moreno

Vigente.

DECRETO 1221 ARTICULO 12 DEL 8 DE JUNIO DE 1990, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo 60 del 24 de mayo de 1990, emanado de la Junta Directiva del Instituto Colombiano para la Educación Superior -ICFES-, por el cual se determinan los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de derecho.

Auto de 2 de febrero de 1995

Expediente: 3098
Actor : Jaime Enrique Lozano
Ponente : .Dr. Miguel González Rodríguez
Vigente.

DECRETO 1221 ARTICULOS 21 NUMERAL 2o., 22 Y 23 DE 8 DE JUNIO DE 1990, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueba el Acuerdo 60 de 24 de mayo de 1990, emanado de la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-, mediante el cual se determinan los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de derecho.
Sentencia de 16 de febrero de 1995
Expediente: 2918
Actor : Rubén Darío Pérez Mesa
Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Vigente. 578

DECRETO 1421 NUMERAL 3 DEL ARTICULO 12 DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.
Sentencia de 27 de enero de 1995
Expediente: 5021
Actor : Hernando Pinzón Avila
Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate
Vigente. 1323

DECRETO 1421 NUMERAL 4o. DEL ARTICULO 154 DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.
Sentencia de 27 de enero de 1995
Expediente: 5194
Actor : Gilma Clemencia Solano Amado y Esther Elena Mercado Jarava
Ponente : Dra. Consuelo Sarria Olcos
Vigente. 1346

DECRETO 1421 APARTE DEL ARTICULO 2o. QUE DICE: "EN AUSENCIA DE LAS NORMAS ANTERIORES, SE SOMETE A LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES VIGENTES" Y LOS INCISOS PRIMERO A CUARTO DEL ARTICULO 172, DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 3 de febrero de 1995

Expediente: 2589

Actor : Domingo Banda Torregroza

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigente. 444

DECRETO 1421 ARTICULOS 8, 13 PARRAFO SEGUNDO, 18 ORDINALES 5o. Y 6o., 19 A 26, 54, 55 A 58, 118, 130, 135, 136, 143 PARRAFO SEGUNDO, 146, 147, 149 A 151, 154, 157, 161, 172, 176 Y 177 DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 9 de febrero de 1995

Expediente: 2651

Actor : José Cipriano León C.

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Vigente. 525

DECRETO 1421 NUMERAL 8o. DEL ARTICULO 38 DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 10 de febrero de 1995

Expediente: 2690

Actor : Arturo Besada Lombana

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigente. 540

DECRETO 1421 ARTICULO 2o. APARTE "EN AUSENCIA DE LAS NORMAS ANTERIORES, SE SOMETE A LAS

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES VIGENTES PARA LOS MUNICIPIOS", ARTICULO 144 APARTE "... EN TODO AQUELLO QUE NO REGULE EL PRESENTE DECRETO", ARTICULO 150 Y ARTICULO 152 APARTE... "CON SUJECION A LOS REGLAMENTOS QUE EXPIDA EL GOBIERNO NACIONAL" DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 3 de marzo de 1995

Expediente: 2692

Actor : Domingo Banda Torregroza

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano 746

Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 5, 12 NUMERAL 8o., 118 A 124 Y 176 ORDINAL 2o., DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 3 de marzo de 1995

Expediente: 2691

Actor : Néstor Guillermo Franco González

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Vigente. 733

DECRETO 1421 APARTES "...O AJENO..."; "...ASUNTOS..." Y "...POR INTERPUESTA PERSONA..." DEL NUMERAL 1o. DEL ARTICULO 29, MEDIANTE EL CUAL " EL EJECUTIVO ESTABLECIO LAS CONDUCTAS INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL CARGO DE CONCEJAL DEL DISTRITO CAPITAL, O LO QUE ES LO MISMO, EL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES AD-HOC PARA EL CONCEJO DE SANTA FE DE BOGOTA" DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Sentencia de 3 de marzo de 1995

Expediente: 2731

Actor : Domingo Banda Torregroza
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano 756
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULO 69 NUMERAL 6o. Y ARTICULO 12 NUMERAL 6o. DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Auto de 9 de marzo de 1995
Expediente: 3237
Actor : Federación Nacional de Comerciantes
Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez
Vigente.

DECRETO 1421 ARTICULOS 153 A 159 DE 21 DE JULIO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, para expedir el régimen especial para el distrito capital de Santa Fe de Bogotá.

Declara la nulidad del numeral 3o. del artículo 155 del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, expedido por el Presidente de la República, cuyo texto es el siguiente: "cuando la administración establezca que el autoavalúo fue inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial del predio, liquidará el impuesto con base en este valor y se aplicará la sanción por inexactitud que regula el Estatuto Tributario. Para los años 1995 y siguientes el Concejo podrá elevar progresivamente el porcentaje del autoavalúo en relación con el valor comercial del inmueble, sin que pueda exceder del ochenta por ciento. Para efectos de lo previsto en el presente numeral, cuando el contribuyente considere que el valor comercial fijado por la administración no corresponde al de su predio, podrá pedir que a su costa, dicho valor comercial se establezca por perito designado por la lonja de propiedad raíz" deniega las demás pretensiones de las demandas.

Sentencia de 24 de marzo de 1995
Expediente: 5017 (acumulados 5138 y 5486)
Actor : Ricardo Cifuentes Salamanca y Otros
Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate
1569

DECRETO 1471 ARTICULOS 13, LITERAL I) Y 23 INCISO 2o. Y PARAGRAFO DEL 13 DE JULIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se aprueban los estatutos internos de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social "Prosocial".

Auto de 10 de marzo de 1995

Expediente: 10903

Actor : Sindicato Nacional de Trabajadores Oficiales y empleados Públicos de Prosocial "SintraProsocial" y otros

Ponente : Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Vigente. 1070

DECRETO 1625 1o. A 3o., 5o., 6o., 9o., Y 10o. DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 1972, por el cual se dictan normas sobre asociaciones de padres de familia; **DECRETO 466 ARTICULO 1o. DE 18 DE FEBRERO DE 1983,** por el cual se modifica el artículo 1o. del Decreto 1625 de septiembre 6 de 1972; **DECRETO 1068 ARTICULOS 2o. Y 3o. DE 27 DE MAYO DE 1994,** por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1625 de 1972, expedidos por el Gobierno Nacional.

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 3167

Actor : Jorge Enrique Hurtado Calderón y Otros

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigentes.

DECRETO 1695 ARTICULOS 1o., 15, 21, 28, 29, 31, 33, 35 Y 40 DEL 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el servicio comunitario de radiodifusión sonora.

Decreta la suspensión provisional de los efectos del artículo 40 acusado, y deniega la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las demás normas acusadas.

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 3178

Actor : Jorge Enrique Gutiérrez Avila

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

DECRETO 1695 ARTICULOS: 1, 15, 21, 28, 29, 31, 33 Y 35 DE 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el servicio comunitario de radiodifusión sonora.

Auto de 9 de marzo de 1995

Expediente: 3178

Actor : Jorge Enrique Gutiérrez Avila

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Vigente.

DECRETO 1753 ARTICULO 17 NUMERAL 1o. APARTE "EXCEPTO LA IMPORTACION DE LAS SUSTANCIAS, LOS MATERIALES O LOS PRODUCTOS DE QUE TRATA EL NUMERAL 8o. Y LO QUE TRATA EL NUMERAL 12 DEL ARTICULO 52 DE LA LEY 99 DE 1993, ADEMAS DE LA ACTIVIDAD EXPLORATORIA DE LA MINERIA Y DE LOS HIDROCARBUROS" DE 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.

Auto de 10 de febrero de 1995

Expediente: 3094

Actor : Alberto Mantilla Gutiérrez

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Suspendida.

DECRETO 1808 DE AGOSTO 3 DE 1994, que modifica el artículo 2o. del Decreto 1133 de junio 1o. de 1994, expedido por el Gobierno Nacional.

Auto de 3 de febrero de 1995

Expediente: 10505

Actor : Carlos A. Castañeda Castañeda

Ponente : Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Vigente.

DECRETO 1841 ARTICULO 2 DE 3 DE AGOSTO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica el Decreto 696 de 1994.

Sentencia de 24 de febrero de 1995
Expediente: 3054
Actor : Fernando Peláez Arango
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano
Anulada. 668

DECRETO 1842 DE 22 DE JULIO DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Declara probada la excepción de cosa juzgada en relación con la sentencia proferida por esa sección el 30 de octubre de 1992, respecto de la solicitud de nulidad planteada contra el Decreto 1842 de 22 de julio de 1991, bajo los cargos de violación de los artículos 189-11, 367 y 369 de la Constitución Política, deniega las demás súplicas de la demanda.

Sentencia de 27 de febrero de 1995
Expediente: 2837
Actor : Luis Eduardo Botero Hernández
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez 681

DECRETO 2171 DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional.

Levanta la suspensión provisional de los efectos de las expresiones referentes al plazo contenidas en los artículos 114, 141, 142, 145 y 160, ordenada en autos de 13 de mayo de 1993, en el proceso 2344 y de 21 de mayo del mismo año, en el proceso 2368. Deniega las súplicas de las demandas en los procesos acumulados Nos. 2339, 2344, 2368 y 2528.

Sentencia de 24 de marzo de 1995
Expediente: 2339 - 2344 - 2368 - 2528
Actor : Armando Novoa García y Otros
Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz 887

DECRETO 2245 DEL 6 DE OCTUBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fijan las tarifas relativas al registro de proponentes.

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 3161

Actor : José Roberto Sáchica Méndez

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

DECRETO 2423 ARTICULO 5 DE 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.

Auto de 27 de febrero de 1995

Expediente: 3110

Actor : Federación Nacional de Productores de Seguros

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente.

DECRETO 2439 DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen mecanismos de control a las importaciones de algunos productos agropecuarios y **RESOLUCION 00756 ARTICULOS 1o. A 7o. DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1994,** expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por la cual se expide la reglamentación para el otorgamiento de los vistos buenos para la importación de algunos productos agropecuarios y se dictan otras disposiciones.

Auto de 3 de marzo de 1995

Expediente: 3220

Actor : Adriana Polidura Castillo

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigente

DECRETO 2532 ARTICULOS 4o. Y 5o. DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1994, Expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los mecanismos para ejercer la actividad de intermediación aduanera.

Auto de 17 de marzo de 1995
Expediente: 3249
Actor : Humberto Vargas Cárdenas
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano
Vigente.

DECRETO 2532 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se establecen los mecanismos para ejercer la actividad de intermediación aduanera.
Auto de 24 de marzo de 1995
Expediente: 3248
Actor : Humberto Tarazona Mejía
Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Vigente.

DECRETO 2724 APARTE DEL NUMERAL 8o., DEL ARTICULO 8o. DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1993, que se refiere a "...y suscribir acuerdos con ellas y con terceros países sobre la materia", expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica la estructura de la unidad administrativa de la Aeronáutica Civil y se determinan sus funciones.
Decreta la suspensión provisional de los efectos de la expresión "...y con terceros países...", contenida en el numeral 8o. del artículo 8o. del Decreto 2724 de 31 de diciembre de 1993.
Auto de 26 de enero de 1995
Expediente: 3092
Actor : Luis Carlos Sáchica Aponte
Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

DECRETO 2798 LITERAL A) DEL NUMERAL 1 DEL ARTICULO 31 DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994; DECRETO 2806 LITERAL A) DEL ARTICULO 623 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO TRANSCRITO EN EL ARTICULO 3o. DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994, ASI: "LITERAL A) ... DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($293.500.000) ... "Y LA EXPRESION "CUYA

CUANTIA SEA SUPERIOR A VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) DEL ARTICULO 519 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO TRANSCRITO EN EL ARTICULO 2o. DE ESTE DECRETO.

Auto de marzo 17 de 1995

Expediente: 6087

Actor : Fabio Londoño Gutiérrez

Ponente : Dra. Consuelo Sarria Olcos

Vigentes.

DECRETO 2875 APARTE "Y TITULOS" DEL PARAGRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 1o. DE 29 DE DICIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se fijan las tasas para la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial.

Auto de 24 de febrero de 1995

Expediente: 3200

Actor : Jorge E. Vera Vargas y otros

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECRETO REGLAMENTARIO 0117 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.

Auto de 20 de enero de 1995

Expediente: 3179

Actor : Ximena Castellanos Abondano

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 0247 ARTICULOS 11, 13, EN SUS NUMERALES 3o. Y 4o., 20 NUMERAL 11, 22 EN LA FRASE "... LUGAR A LA SUSPENSION HASTA POR

TREINTA (30) DIAS ...", 24 Y 27 DEL 19 DE MAYO DE 1989, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se reglamenta el funcionamiento del sistema de mercados móviles en el distrito especial de Bogotá.

Declaró la nulidad de los artículos 13, en sus numerales 3o. y 4o., 24 y 27 del acto acusado y, modifica la sentencia en el sentido de que la nulidad de la frase contenida en el artículo 22 ibídem se limita: "... a la suspensión hasta por treinta (30) días o ...".

Sentencia de 20 de enero de 1995

Expediente: 1784 374

Actor : Fernando A. Treebilcock B.

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

DECRETO REGLAMENTARIO 692 ARTICULO 48 DE 29 DE MARZO DE 1994, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se reglamentó el inciso 3o. del artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Auto de 24 de febrero de 1995

Expediente: 10582

Actor : Héctor Justino Jaramillo Ulloa

Ponente : Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

Vigente. 1005

DECRETO REGLAMENTARIO 695 NUMERAL 4o. DEL ARTICULO 1o. DE 8 DE MARZO DE 1983, expedido por el Presidente de la República, por el cual se determina el material de guerra o reservado de las fuerzas militares de Policía Nacional.

Con excepción de las expresiones "material blindado ..." declárase que es nulo el numeral 4o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 695 de 8 de marzo de 1983.

Sentencia de 17 de febrero de 1995

Expediente: 5806

Actor : Jesús Vallejo Mejía 1419

Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate

DECRETOS REGLAMENTARIOS: 0768 DE 23 DE ABRIL DE 1993, por el cual se reglamentan los artículos 2o. literal f) del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1989: **818 de 22 de abril de 1994,** por el cual se modifica y adiciona el Decreto antes citado y **1807 de 3 de agosto de 1994,** por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y se dictan otras disposiciones, expedidos por el Gobierno Nacional y contra la **RESOLUCION 00568 DE 2 DE FEBRERO DE 1994**, expedida por el Ministerio de Educación, por el cual se establecen procedimientos para la cumplimiento de sentencias condenatorias a cargo de la Nación.

Auto de 16 de febrero de 1995

Expediente: 3209

Actor : Martha Cristina Carvajal M.

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Vigentes.

DECRETO REGLAMENTARIO 836 INCISOS 6 Y 7 DEL ARTICULO 3o. DE MARZO 26 DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta la Ley 49 de 1990 y se dictan otras disposiciones.

Auto de 24 de enero de 1995

Expediente: 6014

Actor : Javier Cano García

Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate

Vigente. 1291

DECRETO REGLAMENTARIO 841 ULTIMO INCISO DEL ARTICULO 6o., DEL 6 DE MAYO DE 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se adoptan medidas a dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Constitucional.

Sentencia de 24 de enero de 1995

Expediente: 5804

Actor : Gabriel Cuero Vallecilla

Ponente : Dr. Guillermo Chahín Lizcano

Vigente. 1299

DECRETO REGLAMENTARIO 1160 NUMERAL 1o. ARTICULO 6o. EN LOS APARTES "... Y A FALTA DE ESTE ...", "SE ENTIENDE QUE FALTA EL CONYUGE: ... A) POR MUERTE REAL O PRESUNTA, B) POR NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL O ECLESIASTICO, Y C) POR DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL" DE 1989, expedido por el Gobierno Nacional, Reglamentario de la Ley 71 de 1988.

Auto de 30 de marzo de 1995

Expediente: 11223

Actor : Defensor del Pueblo

Ponente : Dra. Dolly Pedraza de Arenas

Vigente.

DECRETO REGLAMENTARIO 1231 ARTICULO 2o. DE 17 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982.

Sentencia de 13 de marzo de 1995

Expediente: 3034

Actor : Raimundo Emiliani Román

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Anulada. 877

DECRETO REGLAMENTARIO 1231 ARTICULOS 1 Y 2 DE 17 DE JUNIO DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 21 de 1982, en cuanto modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

Declara la nulidad de los incisos 1 y 2 del artículo 1o. y del artículo 2o.; y deniega la solicitud de nulidad del inciso 3 del artículo 1o. del Decreto acusado.

Sentencia de 24 de marzo de 1995

Expediente: 3097

Actor : Manuel Santiago Urueta Ayola 917

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

DECRETO REGLAMENTARIO 1480 ARTICULOS 27, 39, 85, 93, 97, 101, 116, 120 Y 131 DEL 13 DE JULIO DE 1994,

expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta el servicio de radiodifusión sonora.

Decreta la suspensión provisional de la expresión "y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", contenida en el artículo 39; y el artículo 131 en su integridad.

Auto de 20 de enero de 1995. Auto de 10 de marzo de 1995 - Mediante el cual se resolvió un recurso de reposición

Expediente: 3177
Actor : Jorge Enrique Gutiérrez Avila
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez 384

DECRETO REGLAMENTARIO 1803 ARTICULO 4o. DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional
Auto de 24 de enero de 1995
Expediente: 5975
Actor : Mauricio Alfredo Plazas Vega
Ponente : Dr. Delio Gómez Leyva
Vigente. 1310

DECRETO REGLAMENTARIO 2433 LITERALES A Y C DEL ARTICULO 2 DE 29 DE OCTUBRE DE 1991, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

Levanta la suspensión provisional de los efectos de los literales a y c del artículo 2 del decreto demandado, que había sido decretada mediante auto del 30 de junio de 1994 y confirmada mediante auto de 5 de septiembre del mismo año

Sentencia de 22 de marzo de 1995
Expediente: 2957
Actor : Jaime Vidal Perdomo
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez 933

DECRETO REGLAMENTARIO 2622 ARTICULOS 1o., 4o., 7o., 8o., 10o., 11, 13, 15, 17 Y 18 DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 1994, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se modifica el Decreto número 1967 de 3 de agosto de 1994 que reglamenta el servicio postal.

Decreta la suspensión provisional de los efectos del artículo 4o. del acto acusado, en cuanto modificó el literal d) del numeral 1o. del artículo 17 del Decreto 1697 de 1994.

Auto de 27 de enero de 1995

Expediente: 3185

Actor : Luis Carlos Sáchica Aponte

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

DECRETO REGLAMENTARIO 2734 artículo 2 en la expresión que dice: "de acuerdo con los precios de liquidación fijados mediante Resolución del Ministerio de Minas y Energía" de 23 de septiembre de 1985, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 10 de 1961 y el Decreto Ley 1246 de 1974

Sentencia de 30 de enero de 1995

Expediente: 5839

Actor : Departamento del Huila

Ponente : Dr. Carlos Betancur Jaramillo

Vigente. 1094

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 025 DE 10 DE AGOSTO DE 1994, expedida por la Asamblea Departamental del Cauca, por la cual se dictan normas en materia rentística.

Auto de 17 de marzo de 1995

Expediente: 3233

Actor : José Antonio Zarta Avila

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

Vigente.

Ordenanza 38 de 1980, Resolución 56 de 3 de abril de 1989 la cual reguló los requisitos para introducir carne al departamento y Ordenanza 3 de 1993 la cual elevó el impuesto de introducción de carnes a $50 el kilo y los artículos 4 y 5 que fijaron nuevos mecanismos de incremento automático del mismo, decreto 710

artículo 2o. de 1971 por el cual se estableció un impuesto de introducción de carne en canal al departamento, del Gobierno Departamental de Bolívar.

Auto de 24 de enero de 1995

Expediente: 6022

Actor : Manuel H. Mendoza Torres

Ponente : Dr. Jaime Abella Zárate

Vigentes. 1295

ORDENANZA 88 DE 3 DE ENERO DE 1989, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, por medio de la cual se conceden unas facultades al Gobernador del Departamento.

Sentencia de 17 de marzo de 1995

Expediente: 3133

Actor : Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

Vigente.

RESOLUCIONES

RESOLUCION R-016 DE 23 DE JULIO DE 1993, expedida por la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual se atribuyen funciones.

Declara la nulidad de las siguientes expresiones contenidas en el acto acusado: a) del literal a. del artículo primero: "... Tribunal Nacional, Consejos Seccionales de la Judicatura, Tribunales Superiores del Distrito, Tribunales Administrativos...". b) del literal b. del artículo primero: "Vicefiscal General de la Nación, ... directores nacional, regionales, seccionales de fiscalías, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Nacional y los Tribunales Superiores del Distrito". c) Del parágrafo del artículo primero: "... funcionarios y ..." . d) Del literal a. del artículo segundo, en su integridad.", e) Del literal b. del artículo segundo: "Jueces de Familia, de Menores y Fiscales delegados ante los jueces de menores y contra..." . f) Del literal

a. del artículo tercero, en su integridad, g) Del literal b) del artículo tercero: "Jueces de primera instancia, de instrucción y ...". h) Del literal c. del artículo tercero, en su integridad. i) Del literal d. del artículo tercero: "... funcionarios y ..." . j) Del literal a. del artículo cuarto, en su integridad. k) Del literal b. del artículo cuarto: "Jueces de primera instancia, de instrucción y ..." . 1) Del literal c. del artículo cuarto, en su integridad, m) Del literal a. del artículo quinto, en su integridad. n) Del literal b. del artículo quinto "Jueces de primera instancia, de instrucción y ..." . o) Del literal c. del artículo quinto, en su integridad.: y deniega las demás súplicas de la demanda.

Sentencia de 17 de febrero de 1995

Expediente: 2614

Actor : José Lenín Strusberg

Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez

588

RESOLUCION 25 ARTICULO 1o. LA FRASE QUE DICE "... POR PARTIDOS O AGRUPACIONES CUYA PERSONERIA JURIDICA HAYA SIDO RECONOCIDA POR EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL..." de 9 de abril de 1986, proferida por el Consejo Nacional Electoral, referente a concesión de espacios de televisión.

Sentencia de 30 de marzo de 1995

expediente: A-056

Actor : Luis Enrique Agudelo Pino

Ponente : Dr. Juan de Dios Montes Hernández

Sala Plena

Anulada

264

RESOLUCION 0071 DE 1o. DE JULIO DE 1992, expedida por el Fiscal General de la Nación, por la cual se reglamenta el Régimen Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación, consagrado en el título VII del Decreto 2699 de 1991

Auto de 3 de abril de 1995

Expediente: 10906

Actor : Jaime Enrique Lozano

Ponente : Dr. Diego Younes Moreno

Vigente.

RESOLUCION 000100 DE 26 DE ENERO DE 1995, expedida por el Ministerio de Salud, por la cual se modifica el artículo 5o. de la resolución 010911 de 25 de noviembre de 1992, por la cual se determinan los requisitos para apertura y traslado de las droguerías o farmacias-droguerías.

Decreta la suspensión provisional de los efectos del artículo 1o. del acto acusado.

Auto de 24 de marzo de 1995

Expediente: 3259

Actor : Asociación Colombiana de Droguistas Detallistas "Asocoldro"

Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz 912

RESOLUCION 000392 DE 3 DE JUNIO DE 1994, expedida por el Veedor del Tesoro, por la cual se impide que los recursos del tesoro se desvíen hacia fines electorales.

Declara la nulidad de los artículos 4 y 5 de la Resolución acusada.

Sentencia de 10 de marzo de 1995

Expediente: 2978

Actor : Silvia Isabel Reyes Cepeda

Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

RESOLUCIONES 000481 DE 14 DE JULIO DE 1994, 000527 Y 000528 DE 28 DE JULIO DEL MISMO AÑO, expedidas por la Veeduría del Tesoro, referentes a la reposición de recursos para las campañas presidenciales.

Sentencia del 23 de febrero de 1995

Expediente: 3049

Actor : Registraduría Nacional del Estado Civil

Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez

Anulada.

RESOLUCION 626 BIS ARTICULO 3o. DE 2 DE JULIO DE 1973, expedida por la dirección del Instituto Colombiano de Cultuta -Colcultura por la cual se reglamentan las actividades de expediciones científicos extranjeras de índole antropológica en Colombia.

Sentencia de 10 de marzo de 1995
Expediente: 3035
Actor : Víctor Velásquez Reyes
Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Anulada 775

RESOLUCIONES 0699 ARTICULO 6o. DE 5 DE AGOSTO DE 1993, Y 1883 ARTICULO 3o. DE 21 DE OCTUBRE DE 1993, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
Auto de 17 de febrero de 1995
Expediente: 5981
Actor : Pablo José Acuña Fergusson
Ponente : Dr. Delio Gómez Leyva 1468
Vigente.

RESOLUCIONES 796 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 1992 Y 0111 DEL 29 DE ENERO DE 1993, expedidas por el Departamento Administrativo de Planeación Distrita, por las cuales se modifica el plan F. 298/400 del terminal interurbano de pasajeros de Santa Fe de Bogotá D.C., y se aprueba el plano modificatorio, y se resuelve un recurso de reposición contra la primera de las resoluciones citadas.
Auto de 27 de enero de 1995
Expediente: 3141
Actor : Sociedad Estación de Servicio el Terminal de Transporte Limitada.
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente. 437

RESOLUCION 0828, ARTICULO 4o. DE 2 DE MARZO DE 1994, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, sobre factores de actualización de las obligaciones tributarias y aduaneras.
Sentencia de 3 de febrero de 1995
Expediente: 5822
Actor : José Luis Rivadeneira Ramírez

Ponente : Dra. Consuelo Sarria Olcos
Vigente. 1373

RESOLUCION 1186 DE 6 DE AGOSTO DE 1970, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y de la Clasificación Nacional de Ocupaciones, elaborada conjuntamente por la División de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio Trabajo y Seguridad Social y la División de Recursos Humanos del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena -, por la cual se adopta la clasificación nacional de ocupaciones
Sentencia de 24 de febrero de 1995
Expediente: 2856
Actor : Asociación de Técnicos Electricistas de Santander "Ates" y otros
Ponente : Dr. Rafael Ernesto Ariza Muñoz
Vigente. 640

RESOLUCION 1559 DE 12 DE MAYO DE 1992, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se declara terminada una oposición y de concede el registro de la marca Alcatraz.
Sentencia de 17 de marzo de 1995
Expediente: 2988
Actor : Sociedad Alimentos Congelados Alcatraz Limitada
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente. 861

RESOLUCION 1866 TERCERA PARTE DE 29 DE DICIEMBRE DE 1993, expedida por la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Publicaciones del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, por el cual se expide el presupuesto ordinario de rentas e ingresos y de inversiones y gastos del Fondo Rotatorio de Publicaciones, adscrito al Departamento Administrativo de Planeación Distrital, para la vigencia fiscal de 1o. de enero a 31 de diciembre de 1994 y se dictan otras disposiciones.
Auto de 17 de marzo de 1995
Expediente: 3255
Actor : Federación Nacional de Comerciantes -Fenalco -

Seccional Bogotá - Cundinamarca
Ponente : Dr. Miguel González Rodríguez
Suspendida.

RESOLUCION 3465 ARTICULOS 1o. Y 2o. DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1992, expedida por la Superintendencia Bancaria, mediante la cual calificó como generadores de conflictos de interés algunas operaciones que afectan recursos de fondos de inversión o de fondos de cesantías, administrados por sociedades fiduciarias y sociedades administradoras de fondos de cesantías.
Sentencia de 6 de febrero de 1995
Expediente: 5277
Actor : Juan Carlos Esguerra Portocarrero
Ponente : Dr. Delio Gómez Leyva
Anulada.

RESOLUCION 5889 NUMERAL 5 DEL ARTICULO 10 DE 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
Sentencia de 24 de marzo de 1995
Expediente: 3062
Actor : Jaime Córdoba Triviño
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano
Anulada.

767

RESOLUCION 8480 ARTICULO 2o. DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1994, por la cual se adopta de Reglamento General para autorizar reajustes de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos educativos privados y estatales de educación formal y no formal; literales a, c numeral 1 ordinales a, b, c, d, e y f, numeral 3, y E del capítulo I, y el capítulo III del Reglamento General para autorizar reajustes de tarifas de matrícula, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos educativos privados y estatales de educación formal y no formal y, de la Resolución 430 de 26 de enero de 1995, por medio de la cual se modificó la Resolución 8480 de 1994, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional.
Auto de 24 de marzo de 1995

Expediente: 3258
Actor : María Cristina Velásquez Galarza
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigentes.

RESOLUCION 100000-070 ARTICULO 22 DEL 13 DE MARZO DE 1991, proferida por la Central Hidroeléctrica de Caldas, por medio de la cual se establece el régimen de suspensiones del servicio eléctrico y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo.

Decreta la nulidad del inciso 1o. del artículo 22 del la Resolución acusada, en cuanto no contempla la oportunidad para que el afectado exprese sus opiniones previamente a la expedición de la Resolución sancionatoria.

Sentencia de 23 de enero de 1995
Expediente: 2869
Actor : Personero Municipal de Manizales
Ponente : Dr. Yesid Rojas Serrano

OTROS ACTOS

CARTA CIRCULAR 82 DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1994, expedida por la Superintendencia Bancaria y relacionada con la inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto nacional.

Auto de 3 de marzo de 1995
Expediente: 3210
Actor : Martha Cristina Carvajal Molina
Ponente : Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Vigente.

COMUNICACION 3133 DE 1o. DE ABRIL DE 1986, proferida por el Registrador Nacional del Estado Civil y dirigida al doctor Luis Enrique Agudelo Pino, candidato presidencial por el Partido Demócrata Cristiano, para el período constitucional 1986-1990, referente a concesión de espacios de televisión.

Sentencia de 30 de marzo de 1995
Expediente: A-056

Actor : Luis Enrique Agudelo Pino
Ponente : Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Sala Plena
Anulada.

MEMORANDO 027385 DE 10 DE FEBRERO DE 1993, por medio del cual se limitó a la profesión de técnicos de electricidad a ".. desempeñar trabajos bajo la dirección y vigilancia de ingenieros electricistas y/o a colaborar en los trabajos de estudio y perfeccionamiento de instalaciones y equipo eléctrico, pero en ningún momento la autorizan a realizar diseños sin la dirección y responsabilidad del ingeniero" y que las empresas del sector para garantizar un servicio confiable y seguros a los usuarios en sus reglamentos internos deben "...establecer con claridad cuándo exigir planos de diseño, memorias de cálculo, dirección e interventoría de proyectos por parte de ingenieros y qué tipo de trabajos se pueden confiar a los técnicos electricistas sin que se requiera del aval de un ingeniero." Expedido por la División de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía; **Oficio 53028028 de 17 de febrero de 1993,** por el cual se transcribe el Memorando anterior, expedido por la jefatura de la División Legal de Energía Eléctrica de la misma entidad; y la **RESOLUCION 3 1626 DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993,** proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se niega la revocatoria directa de los actos descritos.
Sentencia de 17 de marzo de 1995
Expediente: 2667
Actor : Felipe Sepúlveda Oviedo
Ponente : Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Vigente.

841

La Biblioteca Jurídica Diké
realizó la edición de la obra "Anales del Consejo de Estado
primer trimestre de 1995, segunda parte" y terminó su
impresión el día 8 de febrero de 1996